

УДК 341(075.8)
ББК 67.93я73
М43

М43 **Международное частное право : учебник / [Власов Н.В. и др.] ; отв. ред. — Н.И. Марышева ; предисл. Н.И. Марышевой. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юридическая фирма «Контракт» ; Волтерс Клувер, 2010. — 928 с.**

ISBN 978-5-98209-077-5 (Контракт)

ISBN 978-5-466-00540-0 (в пер.) (Волтерс Клувер)

В настоящем учебнике рассматриваются все основные вопросы международного частного права: его предмет и источники, понятие и действие коллизионных норм, правовое положение физических и юридических лиц, а также иностранного государства, вещное право, интеллектуальные права, договорные обязательства, в частности, договоры международной купли-продажи, международного финансового лизинга, факторинга, перевозки, концессионные соглашения, расчетно-кредитные отношения, банковская гарантия, внедоговорные обязательства, а также вопросы наследственного, семейного и трудового права, международного гражданского процесса, включая международный коммерческий арбитраж.

Учебник написан на базе нового законодательства, в частности, раздела VI части третьей, части четвертой Гражданского кодекса РФ; Гражданского процессуального и Арбитражного процессуального кодексов РФ, с учетом новых международных договоров, научной доктрины, практики и современных тенденций развития международного частного права.

Авторы учебника — сотрудники Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, ведущие специалисты в области международного частного права и процесса.

Для студентов, аспирантов, преподавателей и научных работников, занимающихся международным частным правом, а также практических работников и других лиц, участвующих в международных экономических связях.

УДК 341(075.8)
ББК 67.93я73

ISBN 978-5-98209-077-5 (Контракт)
ISBN 978-5-466-00540-0 (Волтерс Клувер)

© Кол. авторов, 2010
© Марышева Н.И.,
предисл., 2010
© Юридическая фирма
«Контракт», 2010
© Волтерс Клувер, 2010

Содержание

<u>Авторский коллектив.....</u>	<u>III</u>
<u>Предисловие.....</u>	<u>V</u>
<u>Указатель сокращений</u>	<u>XVII</u>
Глава 1. Понятие и система	
<u>международного частного права</u>	<u>1</u>
<u>§ 1. Понятие международного частного права</u>	<u>1</u>
<u>§ 2. Состав норм международного</u> <u>частного права. Метод регулирования</u>	<u>5</u>
<u>§ 3. Система международного частного права.</u> <u>Единство исходных начал</u> <u>международного права</u> <u>и международного частного права</u>	<u>11</u>
<u>§ 4. Из истории международного частного права</u>	<u>15</u>
<u>Контрольные вопросы</u>	<u>18</u>
<u>Рекомендуемая литература</u>	<u>18</u>
Глава 2. Источники международного частного права	21
<u>§ 1. Общая характеристика источников</u> <u>международного частного права.</u> <u>Конституция Российской Федерации</u> <u>и международное частное право.....</u>	<u>21</u>
<u>§ 2. Международные договоры.....</u>	<u>25</u>
<u>§ 3. Законодательство</u>	<u>44</u>

§ 4. Обычай.....	58
Контрольные вопросы	65
Рекомендуемая литература	65
Глава 3. Коллизионная норма, ее строение и особенности применения. Виды коллизионных норм.....	67
Контрольные вопросы	79
Рекомендуемая литература.....	79
Глава 4. Взаимность в международном частном праве. Действие коллизионной нормы	81
§ 1. Взаимность	81
§ 2. Квалификация юридических понятий коллизионной нормы.....	84
§ 3. Обратная отсылка и отсылка к закону третьей страны	88
§ 4. Императивные нормы.....	95
§ 5. Оговорка о публичном порядке.....	100
§ 6. Установление содержания иностранного права	107
Контрольные вопросы	111
Рекомендуемая литература	112
Глава 5. Гражданско-правовое положение физических лиц	114
§ 1. Общие вопросы	114
§ 2. Иностранцы граждане и лица без гражданства в Российской Федерации	115
§ 3. Правоспособность и дееспособность.....	133
§ 4. Защита прав и интересов российских граждан, находящихся за рубежом	137
§ 5. Соотечественники.....	141
§ 6. Особенности правового положения переселенцев, беженцев и некоторых других лиц	143

Содержание

§ 7. <u>Механизм контроля в области прав</u> <u>и основных свобод человека.....</u>	151
<u>Контрольные вопросы</u>	155
<u>Рекомендуемая литература</u>	155
<u>Глава 6. Правовое положение юридических лиц</u>	157
§ 1. <u>Национальность и личный статус</u> <u>юридического лица</u>	157
§ 2. <u>Правовой режим деятельности</u> <u>иностранных юридических лиц.....</u>	184
§ 3. <u>Правовой режим деятельности</u> <u>иностранных некоммерческих организаций</u>	199
<u>Контрольные вопросы</u>	205
<u>Рекомендуемая литература</u>	206
<u>Глава 7. Участие государства</u> <u>в гражданско-правовых отношениях,</u> <u>осложненных иностранным элементом.....</u>	207
§ 1. <u>Понятие иммунитета государства</u>	207
§ 2. <u>Законодательство и судебная практика</u> <u>зарубежных стран об иммунитете</u> <u>иностранного государства.....</u>	211
§ 3. <u>Международно-правовые кодификации</u> <u>по вопросам иммунитета государства</u>	218
§ 4. <u>Российское законодательство по вопросам</u> <u>иммунитета иностранного государства.....</u>	232
<u>Контрольные вопросы</u>	239
<u>Рекомендуемая литература</u>	240
<u>Глава 8. Вещное право.....</u>	241
§ 1. <u>Общие вопросы</u>	241
§ 2. <u>Коллизионные вопросы вещных прав</u>	242
§ 3. <u>Защита вещных прав и вопросы</u> <u>иностранных инвестиций</u>	260
§ 4. <u>Национализация частной собственности</u>	269

§ 5. Защита права собственности Российской Федерации за рубежом	276
§ 6. Защита вещных прав на культурные ценности	279
Контрольные вопросы	282
Рекомендуемая литература	283
Глава 9. Интеллектуальные права	284
§ 1. Общие положения.....	284
§ 2. Авторское право	291
§ 3. Права, смежные с авторскими	304
§ 4. Патентное право.....	310
§ 5. Право на товарный знак и знак обслуживания.....	329
§ 6. Право на наименование места происхождения товара	337
Контрольные вопросы	341
Рекомендуемая литература	342
Глава 10. Договорные обязательства.....	343
§ 1. Общие вопросы	343
§ 2. Право, подлежащее применению к договорным отношениям.....	354
§ 3. Право, подлежащее применению к форме сделок	366
§ 4. Коллизионные вопросы договорных обязательств в законодательстве стран СНГ	376
Контрольные вопросы	382
Рекомендуемая литература	382
Глава 11. Договор международной купли-продажи	384
§ 1. Общие положения. Источники правового регулирования	384

§ 2. Заключение и исполнение договора международной купли-продажи.....	410
§ 3. Регулирование международной купи-продажи в странах СНГ.....	435
Контрольные вопросы	439
Рекомендуемая литература	439
Глава 12. Договор международного финансового лизинга.....	441
§ 1. Понятие договора международного финансового лизинга	441
§ 2. Международно-правовое регулирование финансового лизинга	444
§ 3. Законодательство России и других стран СНГ о международном финансовом лизинге.....	455
Контрольные вопросы	461
Рекомендуемая литература	462
Глава 13. Договор международного факторинга.....	463
§ 1. Понятие договора международного факторинга.....	463
§ 2. Международно-правовое регулирование факторинга	465
§ 3. Законодательство России и других стран СНГ о международном факторинге (финансировании под уступку права требования)	475
Контрольные вопросы	477
Рекомендуемая литература	477
Глава 14. Договор международной перевозки.....	479
§ 1. Международные железнодорожные перевозки.....	479
§ 2. Международные автомобильные перевозки.....	484

§ 3. Международные воздушные перевозки	490
§ 4. Международные морские перевозки.....	507
Контрольные вопросы	526
Рекомендуемая литература	526
Глава 15. Международный концессионный договор.....	529
§ 1. Понятие концессионного договора (концессионного соглашения)	529
§ 2. Международная унификация правового регулирования концессионных договоров	532
§ 3. Международные концессионные договоры в практике применения договорных гарантий инвестиций. Вашингтонская конвенция 1965 г.	541
§ 4. Концессионный договор в российском законодательстве	548
§ 5. Концессионный договор и особые экономические зоны	553
Контрольные вопросы	563
Рекомендуемая литература	563
Глава 16. Расчетно-кредитные отношения во внешнеэкономической деятельности	565
§ 1. Общие положения.....	565
§ 2. Международно-правовое регулирование расчетов по аккредитиву.....	567
§ 3. Международно-правовое регулирование расчетов по инкассо	578
§ 4. Международно-правовое регулирование расчетов платежными поручениями (банковский перевод)	585
§ 5. Международно-правовое регулирование расчетов посредством векселей и чеков.....	589

§ 6. <u>Законодательство Российской Федерации</u> <u>и стран СНГ о международных расчетах</u>	603
Контрольные вопросы	609
Рекомендуемая литература	609
<u>Глава 17. Банковская гарантия</u> <u>во внешнеэкономической деятельности</u>	611
§ 1. <u>Понятие международной</u> <u>банковской гарантии</u>	611
§ 2. <u>Международно-правовое регулирование</u> <u>банковской гарантии по требованию</u>	613
§ 3. <u>Законодательство России</u> <u>и других стран СНГ</u> <u>о международной банковской гарантии</u>	622
Контрольные вопросы	624
Рекомендуемая литература	624
<u>Глава 18. Внедоговорные обязательства</u>	625
§ 1. <u>Коллизионные вопросы обязательств</u> <u>вследствие причинения вреда</u> <u>(общие вопросы).</u> <u>Регулирование в зарубежном праве</u>	625
§ 2. <u>Коллизионные вопросы обязательств</u> <u>вследствие причинения вреда</u> <u>в законодательстве Российской Федерации</u>	633
§ 3. <u>Вопросы обязательств вследствие</u> <u>причинения вреда в международных</u> <u>договорах РФ и некоторых других</u> <u>международных договорах</u>	639
§ 4. <u>Иные внедоговорные обязательства</u>	647
Контрольные вопросы	652
Рекомендуемая литература	653
<u>Глава 19. Наследственное право</u>	654
§ 1. <u>Общие проблемы наследования</u> <u>в международном частном праве</u>	654

§ 2. Статут наследования	658
§ 3. Особенности наследования недвижимости	662
§ 4. Наследование по завещанию	665
§ 5. Наследование в международном частном праве государств — участников СНГ	669
Контрольные вопросы	671
Рекомендуемая литература	672
Глава 20. Коллизионное семейное право	673
§ 1. Общие вопросы. Источники регулирования. Развитие российского законодательства в области коллизионного семейного права	673
§ 2. Применение семейного законодательства к отдельным видам семейных отношений с участием иностранных граждан и лиц без гражданства	683
§ 3. Коллизионные вопросы семейного права в законодательстве стран СНГ	722
Контрольные вопросы	726
Рекомендуемая литература	726
<u>Глава 21. Трудовые отношения</u> <u>в международном частном праве</u>	<u>729</u>
§ 1. Общие вопросы	729
§ 2. Законодательство Российской Федерации о трудовой деятельности иностранцев в России и российских граждан за рубежом	731
§ 3. Коллизионные вопросы трудовых отношений	740
§ 4. Международные правовые документы о трудящихся-мигрантах	746
Контрольные вопросы	752
Рекомендуемая литература	753

Глава 22. Международный гражданский процесс	754
§ 1. Общие положения. Источники	754
§ 2. Подсудность дел, осложненных иностранным элементом (международная подсудность)	767
§ 3. Правовое положение иностранных лиц и иностранного государства в гражданском процессе	784
§ 4. Вопросы судопроизводства по делам с участием иностранных лиц	796
§ 5. Судебные поручения	806
§ 6. Признание и исполнение иностранных судебных решений	819
§ 7. Регулирование международного гражданского процесса в странах СНГ	836
Контрольные вопросы	845
Рекомендуемая литература	846
Глава 23. Международный коммерческий арбитраж.....	848
§ 1. Понятие международного коммерческого арбитража, его виды, правовая природа	848
§ 2. Международно-правовое регулирование международного коммерческого арбитража	852
§ 3. Арбитражное соглашение	859
§ 4. Исполнение иностранных арбитражных решений	869
§ 5. Международный коммерческий арбитраж в России	890
Контрольные вопросы	903
Рекомендуемая литература	903

Указатель сокращений

Нормативные правовые акты и рекомендательные материалы

АПК РФ	Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации
ГК РФ	Гражданский кодекс Российской Федерации
ГПК РФ	Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации
КТМ РФ	Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации
СК РФ	Семейный кодекс Российской Федерации
ГК РСФСР 1964 г.	Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. (Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407). Документ утратил силу
Основы ГЗ 1961 г.	Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (Ведомости ВС СССР. 1961. № 50. Ст. 525). Документ утратил силу
Основы ГЗ 1991 г.	Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. (Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. № 26. Ст. 733). Документ утратил силу

Указатель сокращений

Вводный закон к части третьей ГК РФ	Федеральный закон от 26 ноября 2001 г. № 147-ФЗ «О введении в действие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4553; 2003. № 46 (ч. I). Ст. 4441 (с послед. изм.)
Киевское соглашение 1992 г.	Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 г.) // Вестник ВАС РФ. 1992. № 1
Минская конвенция 1993 г.	Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.) // СЗ РФ. 1995. № 17. Ст. 1472
Модель ГК для стран СНГ	Гражданский кодекс, часть третья. Модель. Рекомендательный законодательный акт для Содружества Независимых Государств. Принят на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ 17 февраля 1996 г. с последними изменениями, внесенными постановлением Межпарламентской Ассамблеи от 16 июня 2003 г. № 21-7 // Приложение к Информационному бюллетеню. Межпарламентская Ассамблея государств — участников Содружества Независимых Государств. 1996. № 10; 2003. № 31

Официальные издания

БНА РФ	Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти

Указатель сокращений

Бюллетень ВС РФ	Бюллетень Верховного Суда РФ
Вестник ВАС РФ	Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ
Ведомости ВС СССР (РСФСР)	Ведомости Верховного Совета СССР (РСФСР)
Ведомости СНД и ВС СССР (РСФСР, РФ)	Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР (РСФСР, РФ)
СП СССР	Собрание постановлений Совета Министров (Правительства) СССР
СЗ РФ	Собрание законодательства РФ
Сборник действующих договоров СССР	Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных Союзом ССР с иностранными государствами

Прочие сокращения

МТП	Международная торговая палата
ООН	Организация Объединенных Наций
СЭВ	Совет экономической взаимопомощи
ТПП РФ	Торгово-промышленная палата РФ

Глава 1

Понятие и система международного частного права

§ 1. Понятие международного частного права

В российской доктрине широким признанием пользуется «цивили-стическая» концепция международного частного права как отрасли права и отрасли правоведения¹. Суть концепции — рассмотрение

¹ См.: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959; *Лунц Л.А.* Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002; *Лунц Л.А., Маврышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право: учебник. М., 1984; *Международное частное право: современные проблемы: в 2 кн. Кн. 1* / отв. ред. М.М. Богуславский. М., 1993; *Богуславский М.М.* Международное частное право: учебник. 6-е изд. М., 2009; *Лебедев С.Н.* О природе международного частного права // Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980; *Маковский А.Л.* Унификация морского права и понятие международного частного права // Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980; *Он же.* Новый этап в развитии международного частного права в России // Журнал российского права. 1997. № 1; *Международное частное право: учебник* / под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2004; *Звеков В.П.* Международное частное право: учебник. М., 2004.

Высказывается мнение об отнесении международного частного права к отрасли гражданского права как его части. Различаются также подходы к способам кодификации законодательства о международном частном праве: в составе гражданского (семейного, трудового) законодательства или в виде отдельного специального закона. Взгляд на международное частное право как на одну из отраслей международного права в широком смысле слова выражен, в частности, в работах И.П. Блищенко, Л.Н. Галенской, С.А. Малинина. Ранее эту позицию занимали, в частности, С.Б. Крылов, С.А. Голунский, М.С. Строгович, А.М. Ладыженский, Ф.И. Кожевников.

в качестве предмета международного частного права **частноправовых (гражданско-правовых в широком смысле слова) отношений, возникающих в условиях международной жизни (осложненных иностранным элементом)**, включая собственно гражданско-правовые отношения, а также регламентируемые с использованием категорий частного права семейные и трудовые отношения.

Возникновение, изменение и прекращение таких отношений отличаются особенностями, объясняющими своеобразие их правового регулирования и разрешения возникающих из них споров. В самом общем виде об этом своеобразии сказано в ст. 1186 ГК РФ, посвященной определению права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом.

Термин «**иностраннный элемент**», опосредующий и обобщающий такого рода особенности, известный Модели ГК для стран СНГ, гражданским кодексам Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Молдавии, Узбекистана, законам о международном частном праве ряда других стран, едва ли поддается исчерпывающему определению. Наиболее распространенными на практике проявлениями иностранного элемента являются:

- участие в конкретном отношении субъекта иностранного права;
- нахождение объекта отношения за границей;
- локализация за рубежом юридического факта, с которым связаны возникновение, изменение или прекращение отношения.

Перечень этих и иных «отметин» международной жизни не является замкнутым, законченным, и осложняют они соответствующее отношение и в определенных сочетаниях, и порознь.

Было высказано мнение и о полисистемной структуре международного частного права (см.: *Макаров А.Н.* Основные начала международного частного права. М., 1924; *Мюллерсон Р.А.* О соотношении международного публичного, международного частного и национального права // Советское государство и право. 1982. № 2). Обзор теорий по этой теме в отечественной литературе см.: *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917). М., 1958; *Усенко Е.Г.* О научном вкладе Л.А. Лунца. Проблемы международного частного права: сб. статей / под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000.

Но, пожалуй, наибольшей сложностью отличается фактический состав частноправовых отношений, относящихся к сфере действия некоторых международных договоров, таких как: Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.¹, Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г.², Варшавская конвенция для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок 1929 г.³, которые определяют, соответственно, понятия международной купли-продажи товаров, международного финансового лизинга, международной воздушной перевозки.

Термин «**международное**» в словосочетаниях «международное право» и «международное частное право» имеет разное значение. В первом случае речь идет о межгосударственном, межвластном праве. Во втором случае он охватывает частноправовые отношения, фактический состав которых выходит за рамки какой-либо одной страны, приобретая транснациональный, естественный для международной жизни (в широком смысле слова) характер.

Некоторое представление о своеобразии «сюжетов», соответствующих отношениям такого рода, помогут составить следующие примеры.



Фирма, учрежденная в Венгрии, предъявила в Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) иск к фирме, учрежденной в Италии, в связи с частичной оплатой товара, поставленного истцом по контракту, заключенному сторонами на условиях *FOB*-российский порт. Контракт предусматривал разрешение всех споров и разногласий, могущих возникнуть из контракта или в связи с ним, в МКАС. Венгрия и Италия являются участниками Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

Между бельгийской и американской фирмами был заключен договор, по которому первая фирма передала второй право требования к российскому акционерному обществу о возврате средств, полученных этим обществом от бельгийской фирмы по договору о предоставлении ссуды. Американская фирма откры-

¹ Вестник ВАС РФ. 1994. № 1. С. 64–88.

² СЗ РФ. 1999. № 32. Ст. 4040.

³ Сборник действующих договоров СССР. Вып. VIII. М., 1935. С. 326–339.

ла в России свое представительство и обратилась в арбитражный суд Российской Федерации с иском к российскому акционерному обществу о взыскании долга по ссуде, выданной бельгийской фирмой.

За границей умирает постоянно проживавший за рубежом российский гражданин, оставляя после себя в иностранном государстве и в России имущество, на наследование которого претендуют близкие умершего — российские и иностранные граждане.

Московским городским судом рассмотрено дело по иску гражданки США к автомобильному предприятию (г. Владимир) о возмещении ущерба в связи со смертью кормильца. Муж истицы проводил киносъемку Кремлевской стены, находясь на автостоянке. В это время он был сбит автобусом, принадлежащим ответчику¹.

Наличие в частноправовом отношении, возникающем в международной жизни, иностранного элемента обуславливает постановку **коллизийного вопроса**: праву какой страны подчиняется это отношение — страны суда или страны, к которой принадлежит иностранный элемент, либо, наконец, праву третьей страны (например, в случае подчинения договора сторонами такому праву).

Термин «**коллизия**» («столкновение») законов, употребляемый при характеристике регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, условен: в действительности «столкновение» предупреждается и преодолевается с помощью правовых средств, известных международному частному праву.

В отличие от палоговых, таможенных, валютных и иных публично-правовых отношений, регулирование которых, как правило, исключает обращение к иностранному праву, само существование частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, невозможно без признания и применения к ним — в определенных случаях и определенных границах — иностранного права. Вместе с тем надо иметь в виду, что практике известны случаи, когда при наличии оснований применялись и иностранные публично-правовые нормы (например, в случаях, предусмотренных рядом международных договоров); к тому же далеко не всегда границы, отделяющие

¹ См.: Богуславский М.М. Международное частное право: практикум. М., 2002. С. 151.

частноправовые правила от публично-правовых, обозначены достаточно четко.

В ряде зарубежных актов (см. ст. 13 Закона о международном частном праве Швейцарии 1987 г.) закреплено правило, согласно которому в применении нормы иностранного права не может быть отказано лишь потому, что она определяется как публично-правовая. Приводится это правило и в Модели ГК для стран СНГ (соответственно, и в основанных на нормах Модели гражданских кодексах ряда стран СНГ).

Решение коллизионного вопроса ведет к определению права, подлежащего применению к отношению, или, как часто говорят, применимого права.

Правовые нормы, определяющие, право какой страны подлежит применению к данному отношению, называют коллизионными.

История международного частного права начиналась с рождения коллизионных норм, а в некоторых странах международное частное право и сегодня рассматривается как коллизионное.

§ 2. Состав норм международного частного права. Метод регулирования

1. В состав норм международного частного права входят прежде всего коллизионные нормы, определяющие подлежащее применению право. Но вопрос о круге таких норм нуждается в уточнении.

Связанные с функционированием государственно-правовых институтов разнообразные юридические противоречия нередко именуют, независимо от природы правовых конфликтов, общим термином «юридические коллизии». Международное частное право имеет дело с коллизиями особого рода.

К изучаемым в международном частном праве коллизиям относятся прежде всего и главным образом коллизии, возникающие в международной жизни из действия законов в пространстве — **пространственные правовые коллизии**.

Пространственные правовые коллизии подразделяются (с позиций международного частного права) на коллизии законов разных государств («международные», «интернациональные») и коллизии законов внутригосударственных образований (членов федерации) одного и того же государства («внутренние», «межобластные»). Из-

учение вопроса о том, подчиняется ли решение пространственных правовых коллизий — «международных» и «внутренних» — одним и тем же общим началам или каждому роду коллизий соответствуют особые правила их регулирования, позволяет сделать вывод о несопадающих подходах государств к этой проблеме.

В СССР различие «международных» и «внутренних» коллизий было традиционным. Принадлежали они к разным сферам права и рассматривались в разных областях правоведения. Существенными оставались расхождения в составе и содержании самих коллизионных правил — как в Основах ГЗ 1991 г. (правила ст. 8 о применении гражданского законодательства одной союзной республики в другой союзной республике и разд. VII о правоспособности иностранных граждан и юридических лиц, применении гражданских законов иностранных государств и международных договоров), так и в Основах законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье 1968 г.¹ (правила ст. 7 о законодательстве Союза ССР и союзных республик о браке и семье, применении законодательства союзных республик о браке и семье и разд. V о применении советского законодательства о браке и семье к иностранным гражданам и лицам без гражданства, применении законов о браке и семье иностранных государств и международных договоров). Впрочем, в Основах ГЗ 1991 г. содержание «внутренних» и «международных» коллизионных норм (норм ст. 8 и разд. VII) было сближено.

С прекращением существования СССР коллизии законов бывших союзных республик, ставших независимыми государствами, приобрели «международный» характер и составили область международного частного права.

Конституция РФ (п. «о» ст. 71) отнесла гражданское законодательство к ведению Российской Федерации. Тем самым в принципе исключается правотворческая деятельность субъектов РФ в области гражданского законодательства, а, следовательно, и возможность возникновения «внутренних» коллизий законов в этой области².

¹ Ведомости ВС СССР. 1968. № 27. Ст. 241.

² М.И. Брагинский и В.В. Витрянский считают, что закрепление исключительной компетенции Российской Федерации в области гражданского законодательства «прежде всего не исключает ситуации, при которой федеральный орган поручает субъекту Федерации издать определенный акт. В конечном счете принятый таким образом акт опирается на компетенцию именно федерально-

Семейное и трудовое законодательство отнесено к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов (п. «к» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ). Законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ не могут противоречить федеральным законам, принятым по предметам ведения Российской Федерации и совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов.

В некоторых странах (главным образом организованных на федеративных началах) существует несколько систем частного права, такие системы действуют, например, в штатах США, провинциях Канады. Так, в канадской провинции Квебек принят Гражданский кодекс¹ (далее — Гражданский кодекс Квебека) этой провинции, который содержит главу десятую, посвященную международному частному праву. Каким образом определяется правовая система, подлежащая применению, если коллизионная норма отсылает к праву страны, в которой действует несколько таких систем?

С введением в действие части третьей ГК РФ в российское законодательство впервые включено *правило о применении права страны с множественностью правовых систем*. В случае когда подлежит применению право страны, в которой действуют несколько правовых систем, применяется правовая система, определяемая в соответствии с правом этой страны. Если невозможно определить в соответствии с правом этой страны, какая из правовых систем должна быть применена, применяется правовая система, с которой отношение наиболее тесно связано (ст. 1188 ГК РФ).

В США практическое решение коллизионных проблем связано, прежде всего, с рассмотрением «межштатных» коллизий, что явилось основанием для выводов об однотипности подходов, применяемых в этой стране к «межштатным» и «международным» правовым коллизиям. В то же время в литературе по международному частному праву высказывались сомнения в справедливости утверждений о полной идентификации применяемых в США правил решения «межштатных» и «международных» коллизий. Отмечались различия

го, а не местного органа». Далее, соотнеся правила ст. 71 и 72 Конституции РФ, они приходят к выводу: «гражданское законодательство является исключительной компетенцией Российской Федерации, кроме случаев, которые охватываются ст. 72 Конституции РФ» (см.: *Договорное право. Общие положения*. М., 1997. С. 89, 92).

¹ См.: *Гражданский кодекс Квебека*. М., 1999.

в конституционных основах решения «межштатных» и «международных» коллизий¹.

Конституцией РФ (п. «п» ст. 71) в российское законодательство введено понятие **«федеральное коллизионное право»**. Вряд ли можно сомневаться в том, что законодатель, обращаясь к этому понятию, имел в виду не только коллизионные нормы международного частного права. Скорее всего, в центре внимания законодателя находились правовые предписания, позволяющие преодолевать противоречия при определении предметов ведения Российской Федерации и ее субъектов, полномочий государственных органов решать коллизии между актами законодательства РФ и ее субъектов, равно как и между отдельными нормативными правовыми актами. Но образуют ли эти правовые предписания систему норм — коллизионное право?

Если этот вопрос отнести к коллизионным нормам, формирующим международное частное право, то утвердительный ответ на него представляется бесспорным. Коллизионные нормы международного частного права объединяются в систему норм, образующую коллизионное право.

Единой общеобязательной для всех государств системы коллизионных норм не существует, и каждое государство руководствуется своим коллизионным правом, источниками которого являются в основном внутреннее право и международные договоры (отметим, что роль обычая в становлении коллизионной нормы менее значительна).

Существуют так называемые **интертемпоральные коллизии**, содержанием которых является результат действия законов во времени, они рассматриваются в настоящем учебнике, главным образом, в аспекте применения на территории Российской Федерации законодательства бывшего СССР. В этом плане внимание доктрины привлекали вопросы о соотношении правил ГК РСФСР 1964 г. и Основ ГЗ 1991 г., относящихся к совершению внешнеторговых (внешнеэкономических) сделок, о «судьбе» постановления Совета Мини-

¹ См.: *Международное частное право: современные проблемы*: в 2 кн. Кн. 2. С. 164–165; *Власихин В.А., Мишин А.А.* Конституция США: политико-правовой комментарий. М., 1985.

стров СССР от 14 февраля 1978 г. № 122 «О порядке подписания внешнеторговых сделок»¹.

Коллизионные нормы, разграничивающие действие законов во времени, предусматриваются вводными законами к частям первой, второй, третьей и четвертой ГК РФ. Части первая, вторая и четвертая ГК РФ подлежат применению к правоотношениям, возникшим после введения их в действие. По правоотношениям, возникшим до введения их в действие, они применяются к тем правам и обязанностям, которые возникают после введения их в действие.

Вопрос о применении к делящимся отношениям разд. VI «Международное частное право» решается Вводным законом к части третьей ГК РФ иным образом: по правоотношениям, возникшим до введения в действие этой части, данный раздел (в отличие от разд. V «Наследственное право») не применяется и к тем правам и обязанностям, которые возникнут после введения ее в действие, и следовательно, в таких случаях подлежат применению соответствующие положения Основ ГЗ 1991 г., ГК РСФСР 1964 г. и некоторых других актов. Тема «интертемпоральные коллизии в международном частном праве», разумеется, значительно шире и нуждается в отдельном исследовании.

Специального исследования заслуживают также проблемы, относящиеся к **интерперсональным коллизиям** в правовой сфере, основанным на принадлежности физических лиц к определенной национальности, религии и проч.²

2. В отечественной доктрине международное частное право зачастую исследуется как область права, охватывающая не только коллизионные, но и **материально-правовые предписания**. Последние (в отличие от коллизионных норм) определяют поведение сторон, содержание их прав и обязанностей. К правилам такого рода, включаемым в состав международного частного права, принято относить:

- унифицированные материально-правовые нормы международных договоров РФ, реализуемые в сфере частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом;

¹ СП СССР. 1978. № 6. Ст. 35. Документ утратил силу.

² См.: *Международное частное право: современные проблемы*: в 2 кн. Кн. 2. С. 171–179.

- нормы внутреннего законодательства о правовом положении в этой области субъектов иностранного права;
- обычаи, признаваемые в Российской Федерации.

Дискуссионным остается вопрос о возможности и пределах отнесения к международному частному праву иных материально-правовых предписаний внутреннего права, норм «прямого действия».

Унификация норм частного права, применяемых к отношениям международного гражданского обмена, на основе международных договоров, обращение к типовым законам, модельным актам для создания единообразных правил в этой области, к средствам «негосударственного регулирования» — важнейшее направление развития современного международного частного права.

Увеличение объема унифицированных коллизионных и материально-правовых правил расширяет сферу единообразных норм международного частного права. Однако при всей растущей значимости этого явления, особенно в рамках интеграционных объединений, *международное частное право и сегодня остается в своей основе национальным правом*. Поэтому принято говорить о международном частном праве России, международном частном праве Франции, международном частном праве Швейцарии и т.д.

3. Двум видам правовых норм — коллизионным и материально-правовым — соответствуют и два способа правового регулирования:

- 1) **коллизионный** способ предполагает сначала решение коллизионной проблемы, определение применимого права и только потом на его основе — регламентацию поведения сторон;
- 2) **материально-правовой** способ позволяет урегулировать поведение сторон путем непосредственного установления прав и обязанностей участников отношения.

Различия упомянутых способов не являются, строго говоря, основанием для их противопоставления. В целом они формируют свойственный международному частному праву **метод регулирования отношений гражданско-правового характера, осложненных иностранным элементом, состоящий в преодолении коллизионной проблемы** (материально-правовой способ регулирования также обеспечивает преодоление коллизионной проблемы, предупре-

жда, устраняя, «снимая» ее посредством «прямо» действующего правила)¹.

**§ 3. Система международного частного права.
Единство исходных начал международного права
и международного частного права**

1. В системе международного частного права отражены объективные характеристики регулируемых им отношений, их общие свойства и специфические качества. И первые, и вторые, принадлежа однородным отношениям, определяют *единство системы международного частного права*, которое проявляется во взаимосвязанности и взаимообусловленности его институтов, отдельных структур и норм.

В своей основе система российского международного частного права, предметом которого являются отношения гражданско-правового характера, возникающие в условиях международной жизни, близка пандектной системе отечественного гражданского права с ее общей и особенной частями.

Нормы, регламентирующие семейные и трудовые отношения, осложненные иностранным элементом, формируют подсистемы международного частного права. Высокая степень обособления характеризует комплексы норм международного частного права, действующих в области торгового мореплавания, трудовых отношений (системы этих норм нередко обозначаются как «международное частное морское право», «международное частное трудовое право»).

Система международного частного права в общем виде включает нормы, регламентирующие:

- правовое положение иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных юридических лиц и иных организаций как участников международного гражданского оборота;
- защиту прав и законных интересов российских субъектов права за рубежом;

¹ См.: Звеков В.П. К вопросу о соотношении материально-правового и коллизионного способов регулирования в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1973. М., 1975.

- участие государства, международных организаций, их представителей и должностных лиц в гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом;
- основания возникновения и порядок осуществления вещных прав, включая права на инвестиции;
- договорные и иные обязательства;
- интеллектуальные права;
- отношения по наследованию;
- семейные отношения;
- трудовые отношения.

Правоположения, названные выше, входят в систему норм международного частного права постольку, поскольку они специально предназначены для регулирования отношений, осложненных иностранным элементом.

Особенностью системы международного частного права является включение в ее общую часть правил:

- об основаниях применения иностранного права;
- о взаимности;
- о квалификации юридических понятий коллизионной нормы;
- об обратной отсылке и отсылке к закону третьей страны;
- об оговорке о публичном порядке;
- о действии «сверхимперативных» норм в международном частном праве;
- некоторых других правил, регламентирующих общие начала применения коллизионного и материального права.

Международное частное право *как область правоведения* наряду с указанными вопросами изучает *вопросы международного гражданского процесса*.

Иностранный элемент в составе частноправового отношения, возникающего в условиях международного гражданского обмена, порождает вопросы не только о применимом праве, но и о *компетентном органе*, призванном определить это право, а также о *процессуальных формах и средствах рассмотрения соответствующих дел*.

Нормы процессуального права, относящиеся к разрешению дел, содержащих иностранный элемент, в совокупности образуют международный гражданский процесс.

К области **международного гражданского процесса** относятся вопросы:

- о процессуальном положении в сфере гражданского судопроизводства иностранных граждан и лиц без гражданства (в том числе осуществляющих предпринимательскую деятельность), иностранных организаций, иностранного государства, международных организаций, представителей иностранного государства и международных организаций, их должностных лиц;
- о международной подсудности по гражданским делам;
- о порядке установления содержания иностранного права;
- об исполнении поручений иностранных учреждений юстиции;
- о признании и исполнении иностранных судебных решений.

К этим вопросам примыкают и **вопросы международного коммерческого арбитража**. Объясняется это, несмотря на особенности третейского разбирательства споров с иностранным участием, близостью отдельных институтов, их взаимодействием¹ и отчасти — традицией.

Нормы, относящиеся к перечисленным вопросам, принадлежат к процессуальному праву, но изучаются — в силу их тесной связи с проблемами международного частного права — наукой международного частного права. Это определяет одно из наиболее существенных оснований для вывода о том, что *предмет науки международного частного права шире предмета одноименной отрасли права*.

Предметом науки международного частного права являются также **вопросы кодификации законодательства** в этой области, **унификации материальных и коллизионных норм на основе международных договоров, разработки и применения средств негосударственного регулирования** (таких как Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994 г.², Правила толкования международных

¹ Например, вопросы отвода государственного суда по неподсудности, оспаривания арбитражного решения в государственном суде, признания и исполнения иностранного арбитражного решения и др. Вместе с тем по вопросам, регулируемым Законом РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1240), никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в этом Законе.

² Закон. 1995. № 12. С. 82–92.

торговых терминов Инкотермс 2000 г.¹, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов 1993 г.², Унифицированные правила по инкассо 1995 г.³, Унифицированные правила по договорным гарантиям 1978 г.⁴ и др.)⁵.

В центре внимания отечественной доктрины — процессы кодификации законодательства о международном частном праве *в странах СНГ*. Активизация этих процессов в последние годы, связанная с обновлением гражданского законодательства, уже принесла свои плоды. Межпарламентской Ассамблеей государств — участников СНГ на пятом, шестом и седьмом пленарных заседаниях (29 октября 1994 г., 13 мая 1995 г. и 17 февраля 1996 г.) приняты в виде рекомендательных законодательных актов части первая, вторая и третья Модели ГК для стран СНГ. Часть третья Модели включает разд. VII «Международное частное право»⁶. Соответствующие разделы предусмотрены в гражданских кодексах, принятых в Армении, Белоруссии, Казахстане, Киргизии, Молдавии, Узбекистане. В Азербайджане, Украине действуют законы о международном частном праве.

Тема «Страны СНГ и международное частное право» отражена во всех главах настоящего учебника.

2. Различия во взглядах на природу международного частного права не должны препятствовать объединению усилий представителей доктрины и практики с целью совершенствования этой обла-

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² Банковский бюллетень. 1994. № 13–14.

³ СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Инструкция о порядке совершения банковских операций по международным расчетам от 25 декабря 1985 г. № 1. М., 1986. С. 324–333.

⁵ См.: Ануфриева Л.П. Закон о международном частном праве Украины: взгляд через призму современных тенденций в развитии международного частного права // Журнал международного частного права. 2007. № 4; Комаров А.С. Прогрессивное развитие унификации правовых норм о международных коммерческих сделках [вступительная статья] // Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА. М., 2004; Доронина Н.Г., Семилютин Н.Г. Проблемы совершенствования международного частного права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2008. № 2.

⁶ См.: Богуславский М.М. Международное частное право в странах СНГ // Проблемы международного частного права: сб. статей. М., 2000. С. 33; Вилкова Н.Г. Унификация коллизионных норм в рамках СНГ // Журнал российского права. 1997. № 10.

сти права. Отечественная наука традиционно исходит из идеи единства исходных начал международного права и международного частного права. К таким началам относятся общепризнанные принципы и нормы международного права, в том числе:

- принципы суверенного равенства государств;
- мирного разрешения международных споров;
- невмешательства во внутренние дела;
- всеобщего уважения прав человека;
- сотрудничества;
- добросовестного выполнения международных обязательств.

Общепризнанные принципы и нормы международного права наряду с международными договорами РФ являются — в силу конституционного положения — составной частью ее правовой системы.

Единство исходных начал международного частного права и международного права выражается и в общности таких источников, как **международные договоры**. Образуя правовую основу межгосударственных отношений, международные договоры содействуют поддержанию всеобщего мира и безопасности, развитию международного сотрудничества в соответствии с целями и принципами Устава ООН от 26 июня 1945 г.¹ Международным договорам принадлежит важная роль в защите основных прав и свобод человека.

В зарубежных странах подходы доктрины к определению предмета международного частного права отличаются большим своеобразием, корни которого уходят в основы соответствующих правовых систем. Для англо-американской доктрины характерен процессуальный подход к разрешению коллизий законов, выбору применимого права, в Германии к международному частному праву относят преимущественно коллизионные вопросы, во Франции — наряду с коллизионными и процессуальными — вопросы гражданства, права иностранцев.

§ 4. Из истории международного частного права

Термин «международное частное право» связан с именем основоположника американской доктрины международного частного права,

¹ Действующее международное право: в 3 т. Т. 1. М., 1996. С. 7–33.

члена Верховного суда США Джозефа Стори, который впервые привел его в Комментариях к конфликтному праву (1834 г.). Начиная с 40-х гг. XIX в. к этому термину стали обращаться в европейских странах (Шеффнер, Феликс).

В России термин «международное частное право» был введен в научный оборот Николаем Павловичем Ивановым, автором написанной в 1865 г. в Казани работы «Основания частной международной юрисдикции», положившей начало развитию в нашей стране науки международного частного права¹. В «Ученых записках Казанского университета» (1858–1859 гг.) о «действии закона относительно места» писал один из родоначальников российской цивилистики Д.И. Мейер. В.Э. Грабарь, касаясь замечания Ф.Ф. Мартенса о том, что во втором томе принадлежащего его перу «Современного международного права цивилизованных народов» в первый раз на русском языке излагается международное частное право, пишет: «Но уже более чем за тридцать лет до Мартенса международное частное, а также уголовное право были предметом исследования в русской литературе». При этом В.Э. Грабарь приводит имена двух молодых ученых — Бобровского и Благовещенского, защитивших в 1850 г. в Петербургском университете магистерские диссертации, в которых затрагивались вопросы международного частного права. К сожалению, диссертации остались в рукописи, «и о них, и об их авторах в литературе почти ничего не известно»². Вместе с тем именно Ф.Ф. Мартенсу принадлежит наиболее полное и системное для своего времени исследование предмета международного частного права³.

¹ См: Грабарь В.Э. Указ. соч. С. 468; Кудряшов С.М. Страницы истории: Николай Павлович Иванов (зарождение науки международного частного права в России) // Журнал международного частного права. 1994. № 4.

² Грабарь В.Э. Указ. соч. С. 468.

³ Относя международное частное право к сфере «международного управления в области правовых интересов подданных и народов», Ф.Ф. Мартенс вместе с тем рассматривал международное частное право как «действующее право каждого цивилизованного государства». «В этом смысле частное право, — писал Ф.Ф. Мартенс, — есть органическая часть территориального гражданского права страны, и применение судом, в конкретном случае, иностранных законов не будет с его стороны превышением власти, но только строгим исполнением своих обязанностей» (Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. М., 1996. С. 179, 180).

Последние годы отмечены все возрастающим вниманием российской правовой мысли к проблемам международного частного права. Вряд ли убедительно объяснять этот феномен всецело особенностями международного частного права, послужившими основанием для известного сравнения его с высшей математикой юриспруденции. Главные причины «всплеска» исследовательского интереса к институтам международного частного права — в самих реалиях ее политической и экономической жизни, изломах современной российской истории.

И таких причин более чем достаточно:

- экономическое переустройство в стране и вызванное им несопоставимое с недавним прошлым расширение международного общения российских субъектов частного права, будь то предпринимательская деятельность или обычные житейские отношения;
- обострение ситуации с правами и свободами многих граждан бывшего Союза ССР, ставших в результате разрушения единого государства изгоями в собственном доме;
- выход России в унифицированное международное правовое пространство, включая вступление (Совет Европы) или подготовку к вступлению (Всемирная торговая организация) в авторитетные международные структуры, заключение новых международных договоров, охватывающих самые разные области сотрудничества;
- обновление российского частного права, принятие Гражданского кодекса РФ, Семейного кодекса РФ, Кодекса торгового мореплавания РФ, других федеральных законов, являющихся источниками норм международного частного права, расширение сферы саморегулирования;
- реализация целей и задач Содружества Независимых Государств, наращивание унифицированной правовой основы их интеграционной деятельности, включая Модель ГК для стран СНГ, формирование единого экономического пространства;
- увеличение в государственных и третейских судах количества дел с иностранным участием, обновление судебной практики по рассмотрению споров, осложненных иностранным элементом.

Контрольные вопросы

1. Какие отношения образуют предмет регулирования в международном частном праве?
2. Каковы основные проявления иностранного элемента в отношениях, регулируемых международным частным правом?
3. Какие обстоятельства обуславливают возникновение коллизии законов в области международного частного права?
4. Чем отличаются и что объединяет коллизионный и материально-правовой способы регулирования в международном частном праве?
5. Почему вопросы международного гражданского процесса изучаются наукой международного частного права?
6. Кто из российских ученых ввел в научный оборот термин «международное частное право»?

Рекомендуемая литература

1. *Абдуллин А.И.* Об истоках международного частного права в России // Журнал российского права. 2003. № 5.
2. *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: в 3 т. Т. 1. М., 2000.
3. *Ануфриева Л.П.* Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М., 2002.
4. *Богуславский М.М.* Международное частное право: практикум. М., 2002.
5. *Богуславский М.М.* Международное частное право: учебник, 6-е изд. М., 2009.
6. *Вольф М.* Международное частное право. М., 1948.
7. *Галенская Л.Н.* Международное частное право. М., 1983.
8. *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917). М., 1958.
9. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI: Международное частное право. Комментарий и постатейные материалы / отв. ред. Н.И. Марышева.* М., 2004.
10. *Доронина Н.Г., Семилютин Н.Г.* Проблемы совершенствования международного частного права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2008. № 13.
11. *Звеков В.П.* К вопросу о соотношении материально-правового и коллизионного способов регулирования в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1973. М., 1975.

12. Звеков В.П. Концепция развития российского законодательства, регулирующего отношения в сфере международного частного права. Концепции развития российского законодательства / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова, Ю.П. Орловского. М., 2004.
13. Звеков В.П. Международное частное право: учебник. 2-е изд. М., 2004.
14. Канашевский В.А. Международное частное право: учебник. М., 2006.
15. Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002.
16. Корецкий В.М. Избранные труды: в 2 кн. Киев, 1989.
17. Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / пер. с нем. М., 2001.
18. Лебедев С.Н. О природе международного частного права // Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980.
19. Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002.
20. Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: учебник. М., 1984.
21. Маковский А.Л. О кодификации гражданского права. М., 2010.
22. Марышева Н.И., Звеков В.П. Новая кодификация норм международного частного права // Хозяйство и право. 2002. № 4.
23. Международное частное право: Иностранное законодательство / предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.
24. Международное частное право: сб. документов / сост. К.А. Бекашев, А.Г. Ходаков. М., 1997.
25. Международное частное право: современная практика: сб. статей / под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. М., 2000.
26. Международное частное право: современные проблемы: в 2 кн. / под ред. М.М. Богуславского. М., 1993.
27. Международное частное право: учебник / под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2004.
28. Отдельные виды обязательств в международном частном праве / отв. ред. В.П. Звеков. М., 2008.
29. Перетерский И.С. Система международного частного права // Советское государство и право. 1946. № 8–9.
30. Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959.
31. Проблемы международного частного права: сб. статей, посвященный памяти Лазаря Адольфовича Лунца / под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000.

Глава I. Понятие и система международного частного права

32. Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984.
33. Садиков О.Н. Развитие советской науки международного частного права. Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства // Учен. зап. Вып. 23. М., 1971.
34. Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982.
35. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995.

Глава 2

Источники международного частного права

§ 1. Общая характеристика источников международного частного права. Конституция Российской Федерации и международное частное право

1. Под источниками права принято понимать внешние формы права. В правовой доктрине формы, с помощью которых государственная воля обретает качество правовой нормы, обозначаются условным термином «источники права».

Содержание международного частного права определяется **системой его источников**, к которым в Российской Федерации относятся:

- Конституция РФ;
- международные договоры и законодательство;
- признаваемые в Российской Федерации обычаи.

Дуализм внутренних и внешних источников международного частного права — продолжение особенностей регулируемых им отношений.

В отличие от стран общего права, основывающегося на системе судебных прецедентов, в России *судебные решения* не рассматриваются как источник права. Вместе с тем возрастает значение судебной практики в формировании норм права, что определяет усиливающийся интерес к ее изучению и обобщению.

В ст. 126 и 127 Конституции РФ за Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным Судом РФ закреплено право давать разъяснения

по вопросам судебной практики. Высказывается мнение о том, что «решения судов и арбитражей, формулируемые в общей форме в постановлениях их высших органов по разъяснению норм законодательства, представляют собой источник гражданского права»¹. Эта позиция не является, на наш взгляд, бесспорной.

В соответствии со ст. 1186 ГК РФ право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, определяется на основании международных договоров, ГК РФ, других федеральных законов (как они обозначены в п. 2 ст. 3 ГК РФ) и обычаев, признаваемых в Российской Федерации.

2. В ряду внутренних источников международного частного права важнейшим является **Конституция РФ**. Следующие конституционные нормы играют ключевую роль при формировании основ международного частного права.

1. Конституция РФ обладает высшей юридической силой, она имеет прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, применяемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции РФ. Требования Конституции РФ: законы подлежат официальному опубликованию; любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения.

¹ *Гражданское право России: курс лекций. Часть первая.* М., 1996. С. 21. См. также: *Нешатаева Т.Н.* К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // *Вестник ВАС РФ.* 2000. № 5.

Одна из наиболее важных судебных прерогатив предусмотрена в ст. 120 Конституции РФ. Суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа закону, принимает решение в соответствии с законом. Конституционная норма наделяет суд правомочием осуществлять контроль за содержанием подзаконного акта при разрешении конкретного дела, принятии конкретного решения. По разъяснению Пленума ВС РФ, оценке с точки зрения соответствия закону подлежат нормативные акты любого государственного или иного органа. В случае неопределенности в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ примененный или подлежащий применению по конкретному делу закон, суд, исходя из положений ч. 4 ст. 125 Конституции РФ, обращается в Конституционный Суд РФ с запросом о конституционности этого закона (см. п. 3, 7 постановления Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // *Бюллетень ВС РФ.* 1996. № 1).

2. Основополагающее значение имеет правило ст. 8 Конституции РФ о признании и защите в Российской Федерации равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности. В соответствии с ч. 1 ст. 34 Конституции РФ каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

3. Основные права и свободы человека признаются в Конституции РФ (ст. 17) неотчуждаемыми и принадлежащими каждому от рождения. Являясь непосредственно действующими, права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.

Положения гл. 2 Конституции РФ «Права и свободы человека и гражданина» составляют основы правового статуса личности в Российской Федерации, в том числе иностранных граждан и лиц без гражданства.

Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности (ч. 2 ст. 19 Конституции РФ).

4. Общепризнанные принципы и нормы международного права наряду с международными договорами РФ рассматриваются в Конституции РФ как составная часть правовой системы Российской Федерации. Если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ).

5. Гражданское, гражданско-процессуальное и арбитражно-процессуальное законодательство отнесено к ведению Российской Федерации; в ее ведении находится и федеральное коллизионное право (п. «о» и «п» ст. 71 Конституции РФ). По предметам совместного ведения издаются федеральные законы, законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ. При этом законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ принимаются в соответствии с фе-

деральными законами. В результате российское материальное, коллизионное и процессуальное право, применяемое к отношениям с иностранным элементом, формируется на федеральном уровне и является единым для страны, для всех субъектов РФ. Тем самым создаются важные предпосылки для обеспечения единообразных условий функционирования гражданского оборота и участия в нем иностранных граждан и иностранных юридических лиц.

6. В предмет ведения Российской Федерации включены ее внешняя политика, международные отношения, международные договоры и внешнеэкономические отношения (п. «к» и «л» ст. 71 Конституции РФ).

7. Конституция РФ (ч. 3 ст. 62) уравнивает иностранных граждан и лиц без гражданства в правах и обязанностях с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ. Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55).

8. Конституцией РФ предусмотрен институт двойного гражданства (ч. 1 ст. 62). Российский гражданин может иметь гражданство иностранного государства (двойное гражданство) в соответствии с федеральным законом или международным договором РФ. Наличие у гражданина Российской Федерации гражданства иностранного государства не умаляет его прав и свобод и не освобождает от обязанностей, вытекающих из российского гражданства, если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором РФ.

9. Каждый, кто законно находится на территории Российской Федерации, имеет право свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства. Каждый может свободно выезжать за пределы Российской Федерации. Гражданин Российской Федерации имеет право беспрепятственно возвращаться в Российскую Федерацию (ст. 27 Конституции РФ).

Российская Федерация гарантирует своим гражданам защиту и покровительство за ее пределами (ч. 2 ст. 61 Конституции РФ).

10. Конституция РФ признает право каждого в соответствии с международными договорами РФ обращаться в межгосударствен-

ные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты (ч. 3 ст. 46).

§ 2. Международные договоры

1. Основу правил Федерального закона от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»¹, раскрывающих понятие международного договора РФ, составляют нормы Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.² и Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями и между международными организациями 1986 г.³

Под **международным договором РФ** понимается международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством (или государствами) либо с международной организацией в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования.

Конституцией РФ (ч. 4 ст. 15), как уже было отмечено, предусмотрено: общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью правовой системы Российской Федерации. Включение в силу конституционного положения общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ в состав ее правовой системы позволяет считать отпавшими основания для утверждения (согласно известной доктрине трансформации) о приобретении международно-правовой нормой юридической силы во внутригосударственной сфере лишь в результате ее трансформации в норму внутригосударственного права.

¹ СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

² Ведомости ВС СССР. 1986. № 37. Ст. 772.

³ *Международное публичное право*: сб. документов: в 2 т. Т. I. М., 1996. Многие положения Венской конвенции 1986 г., не вступившей в силу, приобрели значение обычных норм.

Это, разумеется, не означает, что международные договоры РФ, в том числе международные договоры, являющиеся источником международного частного права, становятся обязательными и действуют для Российской Федерации помимо ее воли, «собственной силой», *proprio vigore*¹.

Характеристика международного договора как «непосредственно применяемого» отражает известное деление договорных положений на «самоисполнимые» и «нсамоисполнимые». Так, согласно п. 2 ст. 7 ГК РФ международные договоры РФ применяются к отношениям, регулируемым гражданским законодательством, непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта.

При изучении механизма действия международных договоров РФ, относимых к источникам международного частного права, нельзя не принимать во внимание особенности этих договоров. Порождая, как и любые другие международные договоры, обязательства для заключивших их субъектов международного права, они содержат нормы, реализация которых обеспечивается, в конечном счете, в сфере отношений граждан и юридических лиц. С включением таких международных договоров РФ в состав российской правовой системы правила этих договоров приобретают *функции внутренних правовых норм* и могут применяться к частноправовым отношениям, не меняя своей изначальной природы, как международно-правовые нормы, а не как нормы внутригосударственного права.

В ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, а также в ст. 5 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», ст. 7 ГК РФ

¹ И.И. Лукашук заметил: «В законодательстве нередко речь идет о „непосредственном действии“, „непосредственном применении“ норм международного права. Нередко эти выражения понимаются буквально, как означающие прямое применение международных норм помимо национальной правовой системы. Но о каком прямом действии может идти речь, если нормы международного права включаются Конституцией в правовую систему страны? Они и действуют как часть этой системы» (Алексеева Л.Б., Жуйков В.М., Лукашук И.И. Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации. М., 1996. С. 11). См.: Осминин Б.И. Принятие и реализация государствами международных договорных обязательств. М., 2006; см. также: Бахин С.В. Международная составляющая правовой системы России // Правоведение. 2007. № 6; 2008. № 1.

говорится о применении правил международных договоров РФ. В постановлении Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» разъясняется: «...положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. В иных случаях наряду с международным договором Российской Федерации следует применять и соответствующий внутригосударственный правовой акт, принятый для осуществления положений указанного международного договора» (п. 5).

Разъяснения по вопросам применения международных договоров РФ даны в постановлении Пленума ВАС РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса»¹. Арбитражный суд, сказано в постановлении, применяет вступившие в силу и должным образом доведенные до всеобщего сведения международные договоры РФ. Суд, применяя правила, установленные нормами международных договоров, определяет действие этих правил во времени и пространстве в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров. При применении норм международных договоров суд руководствуется тем, что толкование международных правил производится в порядке, определенном разд. 3 ч. 3 указанной Венской конвенции. Суд толкует международно-правовую норму добросовестно, в контексте и в соответствии с объемом и целями международного договора РФ².

Целям обеспечения правильного и единообразного применения судами международного права при осуществлении правосудия посвящено постановление Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»³.

¹ Вестник ВАС РФ. 1999. № 8.

² См. также разд. 1 и 3 Обзора судебной-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29 // Вестник ВАС РФ. 1998. № 4).

³ Бюллетень ВС РФ. 2003. № 12. С. 38.

Устав ООН объединил *международно-правовые принципы высшего порядка*, обладающие качествами *jus cogens*. Однако не все принципы современного международного права нашли отражение в Уставе. Как отмечал А.Н. Талалаев, «в силу особенностей международного права не существует обязательного нормативного акта, который содержал бы перечень общепризнанных принципов и норм международного права. В отношении основных его принципов также нет единства... Все это создает и будет создавать в дальнейшем трудности при применении судами и другими государственными органами и лицами формулы „общепризнанные принципы и нормы международного права“, употребленной в 15-й, 17-й и других статьях Конституции России»¹.

Развернутое определение принципов современного международного права содержится в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН 1970 г.² и Декларации принципов, которыми государства-участники будут руководствоваться во взаимных отношениях, помещенной в Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 г.³

Если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, применяются правила международного договора. До принятия в 1993 г. Конституции РФ *правило о приоритете применения международного договора по отношению к закону* закреплялось в отдельных российских (ранее — союзных) нормативных актах применительно к определяемым ими сферам законодательства, но в столь широком объеме ни в эти акты, ни в состав ранее действовавших конституционных норм не включалось.

Конституция РФ 1993 г. впервые придала упомянутому правилу общее для всей правовой системы Российской Федерации значение, подняв его на уровень положений, составляющих основы конституционного строя. Положения гл. 1 Конституции РФ, к которой отно-

¹ Талалаев А.Н. Соотношение международного и внутригосударственного права и Конституция Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1994. № 4. С. 7.

² Действующее международное право: в 3 т. Т. 1. С. 65–73.

³ Сборник действующих договоров СССР. Вып. XXXI. М., 1977. С. 544–589.

сится и ст. 15, не могут быть изменены иначе как в порядке, установленном Конституцией РФ.

Норма о приоритете применения международного договора приводится в Федеральном законе «О международных договорах Российской Федерации» (ст. 5), ГК РФ (ст. 7), иных федеральных законах.

Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации» (ст. 14) предусматривает, что в соответствии с Конституцией РФ **ратификация международных договоров РФ** осуществляется в форме федерального закона. В частности, подлежат ратификации международные договоры, исполнение которых требует изменения действующих или принятия новых федеральных законов, а также устанавливающие иные правила, чем предусмотренные законом. В форме федерального закона может осуществляться утверждение, принятие международного договора и присоединение к международному договору.

В упомянутом постановлении Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5 внимание судов обращается на то, что *согласие на обязательность международного договора для Российской Федерации должно быть выражено в форме федерального закона, если указанным договором установлены иные правила, чем федеральным законом.*

В составе международных договоров РФ, выступающих источниками норм международного частного права, значительный объем составляют **договоры, заключенные СССР**. С прекращением существования СССР Россия продолжила осуществление прав и обязательств, предусмотренных такими договорами.

С 24 декабря 1991 г. Российская Федерация продолжает членство бывшего СССР в Организации Объединенных Наций и, начиная с этой даты, несет в полном объеме ответственность по всем правам и обязательствам СССР согласно Уставу ООН и многосторонним договорам, депозитарием которых является Генеральный секретарь ООН.

Пота МИДа России от 13 января 1992 г. № 11/Угп главам дипломатических представительств содержала просьбу довести до сведения правительств аккредитуемых государств, что *Российская Федерация продолжает осуществлять права и выполнять обязательства, вытекающие из международных договоров, заключенных СССР*, и что, соответственно, Правительство РФ будет выполнять вместо Правительства СССР функции депозитария по соответствующим много-

сторонним договорам. В связи с этим Министерство просило рассматривать Российскую Федерацию в качестве стороны всех действующих международных договоров вместо Союза ССР¹.

Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации» (п. 3 ст. 1) распространяется и на международные договоры, в которых Российская Федерация стала стороной в качестве государства — продолжателя СССР.

Осуществление Россией прав и обязательств по международным договорам СССР в качестве государства — продолжателя СССР является особым проявлением правопреемства и не исключает правопреемства в отношении международных договоров бывшего СССР других независимых государств, возникших на территории Союза. В соответствии с Соглашением о создании Содружества Независимых Государств 1991 г. с Протоколом к этому Соглашению² и Алма-Атинской декларацией 1991 г.³ государства Содружества обеспечивают выполнение международных обязательств, вытекающих для них из договоров и соглашений бывшего Союза ССР.

Федеральным законом от 4 января 1999 г. № 4-ФЗ «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации»⁴ (ст. 7) определен статус соглашений об осуществлении международных и внешнеэкономических связей, заключаемых органами государственной власти субъектов РФ: эти соглашения, независимо от формы, наименования и содержания, не являются международными договорами.

2. Рассмотрение круга международных договоров РФ, выступающих источниками международного частного права, необходимо начать с договоров, предметом которых являются основные права и свободы человека и гражданина. Вряд ли следует доказывать, что выработка международно-правовых гарантий защиты прав и свобод человека является необходимой предпосылкой международного гражданского обмена, обязательным условием формирования правового статуса личности.

¹ См.: *Действующее международное право*: в 3 т. Т. 1. С. 476.

² Дипломатический вестник. 1992. № 1. С. 3–6.

³ Там же. С. 15–16.

⁴ СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 231.

Исходное начало договорных норм о статусе личности составляют положения Устава ООН 1945 г. В ст. I Устава в качестве цели ООН называется осуществление международного сотрудничества в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка и религии, а в ст. 55 Устава говорится об оказании Организацией Объединенных Наций содействия всеобщему уважению и соблюдению прав человека и основных свобод для всех.

Всеобщая декларация прав человека 1948 г.¹, положения которой приобрели значение обычных норм международного права, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.², Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г.³, первый и второй Факультативные протоколы к Международному пакту о гражданских и политических правах 1966 г.⁴, образовавшие так называемый Международный билль о правах человека, а также некоторые другие международные договоры и договоренности развивают и конкретизируют сформулированные в Уставе ООН требования к соблюдению и уважению прав человека, формируют стандарты, из которых должно исходить национальное законодательство.

В современном международном праве сложилась развернутая система договоров, призванная присущими международному праву средствами защищать человека и гражданина от различных посягательств на его права и свободы. Эта система, помимо уже названных выше документов, включает и такие многосторонние международные договоры, как Конвенция о правах ребенка 1989 г.⁵, Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 г.⁶, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 г.⁷, Конвенция о предупреждении престу-

¹ Российская газета. 1995. 5 апр.

² Бюллетень ВС РФ. 1994. № 12.

³ Ведомости ВС СССР. 1976. № 17. Ст. 291.

⁴ Бюллетень международных договоров. 1993. № 1. С. 3–6.

⁵ Ведомости СНД и ВС СССР. 1990. № 45. Ст. 955.

⁶ Ведомости ВС СССР. 1982. № 25. Ст. 464.

⁷ Ведомости ВС СССР. 1969. № 25. Ст. 219.

пления геноцида и наказания за него 1948 г.¹, Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказания за него 1973 г.²

Событием большого политического и правового значения явилось присоединение Российской Федерации к Уставу Совета Европы³. Российский парламент ратифицировал Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и Протоколы к ней⁴.

Значение проблемы обеспечения прав и свобод человека *в странах СНГ* трудно переоценить. Участники Соглашения о создании Содружества Независимых Государств, подписанного 8 декабря 1991 г., приняли на себя обязательство гарантировать своим гражданам независимо от их национальности или иных различий права и свободы. Каждая из Высоких Договаривающихся Сторон, указывается в ст. 2 Соглашения, гарантирует гражданам других Сторон, а также лицам без гражданства, проживающим на ее территории, независимо от их национальной принадлежности или иных различий, гражданские, политические, социальные, экономические и культурные права и

¹ Ведомости ВС СССР. 1954. № 12. Ст. 244.

² Сборник действующих договоров СССР. Вып. XXXII. М., 1978. С. 58–63.

³ СЗ РФ. 1997. № 12. Ст. 1390.

Первоочередные мероприятия, связанные с вступлением Российской Федерации в Совет Европы, определены распоряжением Президента РФ от 13 февраля 1996 г. № 66-рп (СЗ РФ. 1996. № 8. Ст. 743). О присоединении Российской Федерации к Уставу Совета Европы см.: Федеральный закон от 23 февраля 1996 г. № 19-ФЗ (СЗ РФ. 1996. № 9. Ст. 774); о принятии России в Совет Европы см. также: Шестаков Л.Н. Россия — член Совета Европы: некоторые правовые вопросы // Вестник Московского университета. 1997. № 4. Серия II «Право»; Энтин М.Л. Политико-правовые последствия вступления России в Совет Европы // Московский журнал международного права. 1996. № 3.

⁴ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (с изменениями, внесенными Протоколами № 3, 5 и 8, и дополнениями, содержащимися в Протоколе № 2) и Протоколы № 1, 4, 7, 9, 10 и 11 ратифицированы Российской Федерацией с оговоркой и заявлениями Федеральным законом от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ (СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 1514). Конвенция и Протоколы к ней № 1, 2 и 4 вступили в силу для Российской Федерации 5 мая 1998 г. (СЗ РФ. 1998. № 20. Ст. 2143), Протокол № 7 — 1 августа 1998 г. (СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3835), Протокол № 9 — 1 сентября 1998 г. (СЗ РФ. 1998. № 36. Ст. 4467, отменен Протоколом № 11), Протокол № 11 — 1 ноября 1998 г. (СЗ РФ. 1998. № 44. Ст. 5400).

свободы в соответствии с общепризнанными международными нормами о правах человека.

Устав СНГ 1993 г.¹, перечисляя цели Содружества (ст. 2), назвал одной из них обеспечение прав и свобод человека в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права и документами СБСЕ.

Главы государств СНГ 24 сентября 1993 г. приняли Декларацию о международных обязательствах в области прав человека и основных свобод². 26 мая 1995 г. в Минске подписана Конвенция СНГ о правах и основных свободах человека³. Договаривающиеся стороны приняли на себя обязательство обеспечивать каждому человеку, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, изложенные в этой Конвенции. Наблюдать за ее выполнением согласно ст. 34 Конвенции поручено Комиссии по правам человека СНГ, положение о которой является неотъемлемой частью Конвенции.

3. Наряду с международными договорами РФ, посвященными правам и свободам человека и гражданина, к источникам международного частного права относятся **двусторонние и многосторонние международные договоры РФ**, включающие материально-правовые, коллизионные и процессуальные нормы, предназначенные для применения *в сфере отношений гражданско-правового характера (в широком смысле слова) с иностранным элементом и отношений международного гражданского процесса.*

К двусторонним договорам такого рода принадлежат:

- договоры о торговле, торгово-экономическом сотрудничестве, товарообороте и платежах, торговле и мореплавании, режиме свободной торговли, платежные соглашения;
- о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам;
- о поощрении и взаимной защите капиталовложений;
- об урегулировании взаимных финансовых и имущественных претензий;

¹ Бюллетень международных договоров. 1994. № 1.

² Бюллетень международных договоров. 1994. № 9.

³ Российская газета. 1995. 23 июня. Ратифицирована Российской Федерацией Федеральным законом от 4 ноября 1995 г. № 163-ФЗ (СЗ РФ. 1995. № 45. Ст. 4239).

- о международном автомобильном сообщении, международном железнодорожном сообщении, международном воздушном сообщении; торговом судоходстве;
- о взаимной охране авторских прав, сотрудничестве в области охраны промышленной собственности;
- о трудовой деятельности и социальной защите трудящихся-мигрантов;
- о сотрудничестве в области социального обеспечения; консульские соглашения;
- соглашения по вопросам гражданского процесса и др.

Принципиальное значение для совершенствования международного частного права и расширения сферы его действия имеют **многосторонние универсальные и региональные международные договоры**, унифицирующие материально-правовые и (или) коллизионные нормы. В современных условиях унификация международного частного права на основе международного договора стала важнейшим инструментом преодоления коллизионной проблемы, сближения и гармонизации национальных правовых систем, развития интеграционных процессов, углубления международного сотрудничества.

К **многосторонним международным договорам**, относимым к источникам отечественного международного частного права, принадлежат (приводимый далее перечень не является исчерпывающим):

- Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.;
- Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г.¹ СССР принял участие в ее разработке и подписал, но не ратифицировал, не ратифицирована эта Конвенция (как и Протокол к ней 1980 г.) и Российской Федерацией;
- Конвенция УИИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г.;
- Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (г. Сеул, 1985 г. — Сеульская конвенция)²;

¹ Вестник ВАС РФ. 1993. № 3. С. 110–120.

² *Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России: сборник нормативных актов и документов.* М., 1995. С. 197–276.

§ 2. Международные договоры

- Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (г. Вашингтон, 1965 г. — Вашингтонская конвенция)¹ подписана, но не ратифицирована Российской Федерацией;
- Конвенция ООН по морскому праву (г. Монтего-Бей, 1982 г.)²;
- Афинская конвенция о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 г.³ и Протоколы 1976 г. и 1979 г. к этой Конвенции⁴;
- Международная конвенция для объединения некоторых правил относительно столкновения судов (г. Брюссель, 1910 г.)⁵;
- Конвенция о Кодексе поведения линейных конференций (г. Женева, 1974 г.)⁶;
- Международная конвенция о спасании (г. Лондон, 1989 г.)⁷;
- Протокол об изменении Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г., измененной Протоколом 1968 г.⁸ (г. Брюссель, 1979 г.);
- Международная конвенция об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов (г. Брюссель, 1952 г.)⁹;
- Международная конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью (г. Лондон, 1992 г.)¹⁰;
- Международная конвенция о создании Международного фонда для компенсации ущерба от загрязнения нефтью (г. Лондон, 1992 г.)¹¹;

¹ *Международное публичное право: сб. документов*. Т. 1. С. 431–445.

² СЗ РФ. 1997. № 48. Ст. 5493.

³ Ведомости ВС СССР. 1983. № 38. Ст. 570.

⁴ *Сборник международных договоров СССР*. Вып. XLV. М., 1991. С. 431–434.

⁵ *Сборник действующих договоров СССР*. Вып. IV. М., 1936. С. 82–85.

⁶ *Сборник международных договоров СССР*. Вып. XXXIX. М., 1985. С. 94–121.

⁷ СЗ РФ. 2001. № 3. Ст. 217.

⁸ СЗ РФ. 2004. № 23. Ст. 2235.

⁹ СЗ РФ. 2004. № 36. Ст. 3652.

¹⁰ Бюллетень международных договоров. 2004. № 6. С. 20–32.

¹¹ Там же. С. 3–19.

- Международная конвенция о морских залогах и ипотеках (г. Женева, 1993 г.)¹;
- Протокол 1996 г. об изменении Конвенции об ограничении ответственности по морским требованиям (г. Лондон, 1976 г.)²;
- Конвенция для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок (г. Варшава, 1929 г.)³, и Протокол 1955 г. к этой Конвенции (Варшавская конвенция и Гаагский протокол)⁴;
- Конвенция об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности (г. Рим, 1952 г.)⁵;
- Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ; г. Женева, 1956 г.)⁶;
- Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП; г. Женева, 1975 г.)⁷;
- Конвенция о Единообразном законе о переводном и простом векселе (г. Женева, 1930 г.)⁸;
- Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях (г. Женева, 1930 г.)⁹;
- Конвенция ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 9 декабря 1988 г.¹⁰ СССР подписал ее, но не ратифицировал. К настоящему времени Конвенция не на-

¹ СЗ РФ. 2004. № 43. Ст. 4170.

² СПС «КонсультантПлюс».

³ Сборник действующих договоров СССР. Вып. VIII. М., 1935. С. 326–339.

⁴ Ведомости ВС СССР. 1957. № 8. Ст. 217.

⁵ Ведомости ВС СССР. 1983. № 7. Ст. 109.

⁶ Международные перевозки грузов. СПб., 1993. С. 21–40.

⁷ Сборник международных договоров СССР. Вып. XXXVIII. М., 1984. С. 266–281.

⁸ Сборник действующих договоров СССР. Вып. IX. М., 1938. С. 218–250.

⁹ Там же. С. 250–256.

¹⁰ Международное частное право в документах: сборник нормативных актов. Т. I. М., 1996. С. 66–101.

брала необходимого для вступления ее в силу количества ратификаций. Российской Федерацией Конвенция не ратифицирована;

- Конвенция, учреждающая Всемирную Организацию Интеллектуальной Собственности (г. Стокгольм, 1967 г.)¹;
- Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г., пересмотренная в 1979 г.²;
- Всемирная конвенция об авторском праве 1952 г. (СССР присоединился к Конвенции в редакции 1952 г.; Российская Федерация стала участницей Конвенции, пересмотренной в 1971 г.)³;
- Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (г. Женева, 1971 г.)⁴;
- Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (г. Рим, 1961 г.)⁵;
- Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав (г. Москва, 1993 г.)⁶;
- Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. (СССР присоединился к Конвенции во всех ее редакциях с 1 июля 1965 г., ратификация Советским Союзом Стокгольмского акта Парижской конвенции состоялась 19 сентября 1968 г.)⁷;
- Договор о патентной кооперации (г. Вашингтон, 1970 г.)⁸;

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² Бюллетень международных договоров. 2003. № 9.

³ *Международные нормативные акты ЮНЕСКО*. М., 1993. С. 435–451.

⁴ Бюллетень международных договоров. 1999. № 8. С. 3–7.

⁵ Бюллетень международных договоров. 2005. № 7. С. 11–20.

⁶ Вестник ВАС РФ. 1994. № 2. С. 113–115.

⁷ Парижская Конвенция по охране промышленной собственности. Публикация № 201(R). Женева: Всемирная организация интеллектуальной собственности, 1990.

⁸ *Сборник действующих договоров СССР*. Вып. XXXIV. М., 1980. С. 55–89.

- Мадридское соглашение о международной регистрации знаков 1891 г.¹ и Протокол 1989 г. к этому Соглашению²;
- Евразийская патентная конвенция (г. Москва, 1994 г.)³;
- Международная конвенция по охране новых сортов растений 1961 г.⁴, вступила в силу для России 24 апреля 1998 г.;
- Конвенция о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности (г. Париж, 1970 г.)⁵;
- Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия (г. Париж, 1972 г.)⁶;
- Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов (г. Москва, 1994 г.)⁷; конвенции, разработанные и заключенные в рамках Международной организации труда;
- Конвенция по вопросам гражданского процесса (г. Гаага, 1954 г.)⁸;
- Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (г. Нью-Йорк, 1958 г.)⁹;
- Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (г. Женева, 1961 г.)¹⁰;
- Конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества (г. Москва, 1972 г.)¹¹;

¹ Сборник действующих договоров СССР. Вып. XXXII. М., 1978. С. 140–152.

² Публикация ВОИС № 204(R). Женева: Всемирная организация интеллектуальной собственности, 1998. С. 4–120.

³ СЗ РФ. 1996. № 20. Ст. 2323.

⁴ СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Сборник международных договоров СССР. Вып. XLIV. М., 1990. С. 506–513.

⁶ Там же. С. 496–506.

⁷ СЗ РФ. 1996. № 47. Ст. 5299.

⁸ Вестник ВАС РФ. 1996. № 12. С. 104–112.

⁹ Вестник ВАС РФ. 1993. № 8. С. 108–113.

¹⁰ Вестник ВАС РФ. 1993. № 10. С. 57–64.

¹¹ Сборник действующих договоров СССР. Вып. XXIX. М., 1975. С. 102–105.

§ 2. Международные договоры

- Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов (г. Гаага, 1961 г.)¹;
- Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (г. Гаага, 1965 г.)²;
- Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам (г. Гаага, 1970 г.)³.

Источниками международного частного права являются в России и такие **региональные многосторонние международные договоры**, как:

- Соглашение о распределении всей собственности бывшего Союза ССР за рубежом (г. Москва, 1992 г.)⁴;
- Соглашение о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности (г. Бишкек, 1992 г.)⁵;
- Договор о создании Экономического союза (г. Москва, 1993 г.)⁶;
- Договор между Российской Федерацией, Республикой Белоруссия, Республикой Казахстан и Киргизской Республикой об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях (г. Москва, 1996 г.)⁷;
- Договор об учреждении Евразийского экономического сообщества (г. Астана, 2000 г.)⁸;
- Соглашение о формировании Единого экономического пространства (г. Ялта, 2003 г.)⁹. Российская Федерация его ратифицировала 22 апреля 2004 г.;
- Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (г. Киев, 1992 г.)¹⁰;

¹ Бюллетень международных договоров. 1993. № 6.

² СЗ РФ. 2004. № 50. Ст. 4951.

³ *Международное частное право: сб. документов.* С. 737–744.

⁴ Бюллетень международных договоров. 1993. № 8.

⁵ Бюллетень международных договоров. 1993. № 10.

⁶ Вестник ВАС РФ. 1994. № 1. С. 54–61.

⁷ СЗ РФ. 1997. № 17. Ст. 1915.

⁸ СЗ РФ. 2002. № 7. Ст. 632.

⁹ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Вестник ВАС РФ. 1992. № 1.

- Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников Содружества Независимых Государств (г. Киев, 1992 г.)¹;
- Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минская конвенция 1993 г.). 7 октября 2002 г. в г. Кишиневе государствами — участниками СНГ, за некоторыми исключениями, подписана одноименная многосторонняя Конвенция². По состоянию на 1 декабря 2009 г. эта Конвенция Российской Федерацией не ратифицирована.

Целям содействия поэтапному сближению России с «более широкой зоной сотрудничества в Европе и соседних регионах», поступательной интеграции России в «открытую международную торговую систему»³ послужило Соглашение о партнерстве и сотрудничестве 1994 г.⁴, учредившее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими Сообществами и их государствами-членами — с другой. Особый интерес в свете рассматриваемых проблем вызвали положения Соглашения, относящиеся к торговому сотрудничеству, предпринимательской деятельности и инвестициям, к обеспечению каждой Стороной свободного от дискриминации доступа физических и юридических лиц другой Стороны в свои компетентные суды и административные органы в целях защиты личных прав и прав собственности, к сотрудничеству в области законодательства.

4. *Российская Федерация не участвует* в таких многосторонних договорах, оказывающих заметное влияние на развитие международного частного права, как, например, Конвенция УНИДРУА по международным факторным операциям (факторингу) 1988 г.⁵, Конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 г. (Гамбургские правила)⁶,

¹ Вестник ВАС РФ. 1995. № 12.

² Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. № 2(41). С. 82–130.

³ Действующее международное право: в 3 т. Т. 3. С. 226.

⁴ О ратификации Соглашения см.: Федеральный закон от 25 ноября 1996 г. № 135-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 49. Ст. 5494.

⁵ СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Закон. 2000. № 6.

Конвенция ООН о международных смешанных перевозках грузов 1980 г.¹, Женевские чековые конвенции 1931 г.², Гаагская конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г.,³ Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства 1990 г.⁴, Монреальская конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г.⁵

Между тем отношения с участием субъектов российского права, включая предпринимателей, могут оказаться при определенных обстоятельствах в сфере действия международных договоров, в которых не участвует Российская Федерация. Так, *к отношениям по контракту с участием российского партнера* могут при определенных условиях применяться правила Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г.⁶

На основании положений Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. (Римской конвенции)⁷ не исключалось определение применимого права *при разрешении спора по контракту, в котором участвовал российский предприниматель*.

Положения Конвенции ООН о морской перевозке грузов 1978 г. применимы *при заключении российскими грузовладельцами договоров морской перевозки грузов с иностранными перевозчиками*.

Международный договор, заключенный без участия Российской Федерации, нередко входит в иностранную правовую систему, к которой отсылает российская коллизийная норма. Положения такого

¹ *Международное частное право: сб. документов*. М., 1997. С. 370–387.

² *Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли*. Т. I. Нью-Йорк: ООН, 1971. С. 232–269.

³ <<http://www.mipravo.ru/laws/agent/0.htm>>.

⁴ См.: *Внеэкономическая деятельность: международное частное право и российское законодательство: сборник нормативных документов*. М., 1997. С. 708–723; *Перечень конвенций и соглашений Совета Европы // Журнал международного частного права*. 1995. № 1. С. 92–99.

⁵ СПС «КонсультантПлюс».

⁶ О применении Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. см.: *Розенберг М.Г.* Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 4-е изд. М., 2003. С. 191–194; *Он же.* Исковая давность в международном коммерческом обороте: практика применения. М., 1999. С. 9–14.

⁷ *Treaty Series*. Vol. 1605. New York United Nations, 1997. P. 59–156.

договора могут найти отражение в условиях контракта, заключенного с российским партнером.

К числу наиболее значительных региональных кодификационных актов в области международного частного права¹ принадлежит *Кодекс Бустаманте*, являющийся приложением к Конвенции о международном частном праве 1928 г.², принятый в Гаване на организованной Панамериканским союзом шестой международной конференции американских государств. Кодекс был ратифицирован Боливией, Бразилией, Венесуэлой, Гаити, Гватемалой, Гондурасом, Доминиканской Республикой, Коста-Рикой, Кубой, Никарагуа, Панамой, Перу, Сальвадором, Чили, Эквадором (с учетом сделанных этими странами заявлений и оговорок). В других американских государствах Кодекс применялся в силу «разумности и целесообразности».

В Кодексе, названном по имени своего составителя — выдающегося кубинского юриста Антонио Санчес де Бустаманте-и-Сирвен, 437 статей, образующих вступительный раздел, и четыре книги: I — о международном гражданском праве; II — о международном торговом праве; III — о международном уголовном праве; IV — о международном процессе.

Принятие странами — членами ЕЭС в 1968 г. *Брюссельской конвенции о юрисдикции и о признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам*³, *Конвенции о взаимном признании торговых товариществ и юридических лиц*; в 1975 г. *Конвенции о патенте для стран Общего рынка*; в 1980 г. *Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам*, обозначило роль международного договора в унификации международного частного права и международного гражданского процесса этих стран.

В отношениях между странами — членами Европейского союза и странами — членами ЕАСТ была заключена «параллельная» *Конвен-*

¹ См.: Дурденевский В.Н. Избранные источники по международному частному праву. ВИЮН. Вып. I. М., 1941; Журнал международного частного права. 1994. № 3, 4, 3 (5), 4 (6).

² *Международное частное право*: сб. документов. С. 3—40.

³ *О признании и исполнении иностранных судебных решений по экономическим спорам* // Вестник ВАС РФ. 1999. № 3. Спец. приложение. С. 196—208.

ция о юрисдикции и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам 1988 г. (г. Лугано)¹.

С заключением Амстердамского договора 1997 г.², внесшего изменения в регламентацию так называемых опор Европейского союза, активизировался процесс «конвертации» норм международных договоров по вопросам международного частного права и международного гражданского процесса в нормы права Европейских сообществ.

Советом ЕС 22 декабря 2000 г. был принят Регламент (ЕС) № 44/2001 «О юрисдикции, признании и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам» (вступил в силу с 1 марта 2002 г.)³. Регламент заменил в отношениях между государствами — участниками ЕС Брюссельскую конвенцию 1968 г. (его действие не распространяется на Данию, имеющую особый статус в ЕС, а также на некоторые территории государств — участников ЕС, сохраняющие обособленное положение на основании Договора о создании Европейского союза)⁴.

Разработаны и приняты Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 г. № 864/2007 «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам» («Рим II»)⁵, Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. № 593/2008 «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» («Рим I»)⁶, а также некоторые другие регламенты, устанавливающие единообразные правила, в частности, в таких сферах частноправовых отношений, как семейно-брачные и наследственные.

¹ Международные конвенции о взаимодействии судов и судебном-правовом сотрудничестве по гражданским и коммерческим делам // Вестник ВАС РФ. Спец. приложение. 2002. № 10. С. 29–64.

² <<http://www.eurotreaties.com/amsterdamtreaty.pdf>>.

³ <<http://www.pravoteka.ru/pst/103/51034.html>>.

⁴ См.: Чудиновских К.А. Новый Регламент Совета Европейского сообщества о юрисдикции, признании и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам (краткий комментарий) // Международное публичное и частное право. 2003. № 1; Базедов Ю. Унификация международного частного права в Европейском союзе // Московский журнал международного права. 2004. № 1.

⁵ СПС «КонсультантПлюс».

⁶ СПС «КонсультантПлюс».

В декабре 2007 г. главы государств и правительств стран европейского союза подписали новый базовый договор ЕС — *Лиссабонский договор* (или Договор о реформе), ознаменовавший новый этап в развитии европейского права, его гармонизации и унификации¹. 1 декабря 2009 г. он вступил в силу.

5. Достижения в унификации норм международного частного права, осуществляемой на основе международных договоров, типовых (модельных) законов, рекомендаций, неразрывно связаны с деятельностью ряда **международных органов и организаций**. Наиболее значительные результаты в этой области достигнуты благодаря усилиям:

- Гаагской конференции по международному частному праву;
- Международного института по унификации частного права (УНИДРУА);
- Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).

Большую работу по унификации норм международного частного права выполняют:

- Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД);
- Международная морская организация (ИМО);
- Международная организация гражданской авиации (ИКАО);
- Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС);
- ряд других международных организаций.

§ 3. Законодательство

1. Начало текущего столетия ознаменовано новой кодификацией российского законодательства в области международного частного права. Беспрецедентное в правовой жизни России (превосходящее по охвату регулируемых отношений и объему кодифицированного нормативного материала Основы ГЗ 1961 г. и 1991 г., а также ГК РСФСР 1964 г.) обновление российского коллизионного права стало резуль-

¹ См.: *Кашкин С.Ю.* Лиссабонский договор и основные тенденции и перспективы развития европейского права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. Вып. 2. 2008.

татом введения в действие с 1 марта 2002 г. в составе части третьей ГК РФ разд. VI «Международное частное право».

В том же году были приняты законодательные акты, имеющие ключевое значение для отношений, осложненных иностранным элементом, — Федеральные законы от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»¹ и от 31 мая 2002 г. № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации»². Еще ранее в СК РФ был кардинально обновлен разд. VII, содержащий коллизионные нормы семейного права.

В ГПК РФ и АПК РФ нашли отражение основные особенности рассмотрения судами дел с участием иностранных лиц.

Трудовой кодекс РФ, введенный в действие с 1 февраля 2002 г., распространил на трудовые отношения с участием иностранцев начало национального режима. Вместе с тем в этом Кодексе не нашли решения коллизионные вопросы, которые могут возникать в сфере трудовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Высказывается мнение о том, что помещение в ГК РФ раздела, объединяющего коллизионные нормы, применимые к гражданско-правовым отношениям с иностранным элементом, не исключает в перспективе разработки и принятия *федерального закона о международном частном праве и международном гражданском процессе*. Такой закон, небольшой по объему нормативного материала, мог бы вобрать в себя общие для этих сфер положения, сохранив регулирование специальных вопросов за Гражданским, Семейным, Трудовым, Гражданским процессуальным и Арбитражным процессуальным кодексами РФ.

2. Вынесение в заголовок разд. VI ГК РФ термина «международное частное право»³ указывает на принадлежность к этой области права помещенных в разделе предписаний, высокую степень их обособления от иных, «внутренних» правил Кодекса, предопределяемую особенностями регулируемых отношений и соответствующих им правовых институтов. Обращение к термину «международное

¹ СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

² СЗ РФ. 2002. № 22. Ст. 2031.

³ В представленном в Государственную Думу Федерального Собрания РФ проекте части третьей ГК РФ заголовок разд. VI был сформулирован более точно: «Отношения в области международного частного права».

частное право» не может быть истолковано как выражение намерения исключить из сферы действия названной области права семейные и трудовые отношения.

Несмотря на то что в разд. VI преобладают коллизионные нормы, в заголовке раздела не следует усматривать основание для ограничения международного частного права коллизионными нормами. В российской доктрине взгляд на международное частное право как на область, объединяющую материально-правовые и коллизионные нормы, материально-правовой и коллизионный способы регулирования, пользуется широким признанием.

В сжатом виде **основные особенности кодификации коллизионного законодательства в разд. VI ГК РФ** можно было бы охарактеризовать следующим образом.

2.1. Раздел VI начинается с общих положений, значение которых для преодоления коллизий законов, возникающих в условиях международного гражданского обмена, трудно переоценить. Общие положения включают как институты, уже известные отечественному законодательству (оговорка о публичном порядке, реторсии, установление содержания иностранного права), так и *институты, к которым ранее обращались главным образом доктрина, судебная и арбитражная практика* (квалификация, применение императивных норм, действующих независимо от коллизионных правил, и др.). Например, в ст. 1189 ГК РФ отражены подходы к институту взаимности, уже известные отечественной доктрине и практике и являющиеся общепринятыми.

Называя основания для определения права, применимого к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, п. 1 ст. 1186 ГК РФ не связывает жестко этой нормой выбор права международным коммерческим арбитражем: особенности определения им применимого права устанавливаются Законом РФ «О международном коммерческом арбитраже».

2.2. Необычным для отечественного коллизионного права является введение в его состав наряду с классическими, формализованными коллизионными нормами «гибких» коллизионных правил, иногда именуемых коллизионными предписаниями «нового поколения». Речь идет прежде всего о норме п. 2 ст. 1186 ГК РФ, рассчитанной на случаи, когда в соответствии с п. 1 этой статьи (т.е. на основании названных в нем источников права) невозможно определить правопорядок, подлежащий применению к гражданско-правовому

отношению, осложненному иностранным элементом. Возникающий при этом пробел в коллизионном регулировании предлагается восполнять посредством *обращения к коллизионной норме, отсылающей к праву страны, с которой соответствующее отношение наиболее тесно связано*.

Это коллизионное начало, которому в разд. VI придается значение ведущего, «стержневого», выступает в данном случае как резервное, вспомогательное и применяется независимо от вида (природы) гражданско-правового отношения, осложненного иностранным элементом. Коллизионная норма с весьма сходной по значению привязкой («право страны, с которой договор наиболее тесно связан») установлена также в п. 1 ст. 1211 («Право, подлежащее применению к договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права») и п. 1 ст. 1213 («Право, подлежащее применению к договору в отношении недвижимого имущества»).

2.3. Преобладание в разд. VI двусторонних коллизионных норм, т.е. норм, позволяющих применять как отечественное, так и иностранное право, отвечает интересам международного общения, обеспечения прав участников международного гражданского оборота. Но в тех случаях, когда предполагается тесная связь гражданско-правового отношения с российским правопорядком, подлежит применению российское право (эти случаи определяются нормами раздела). Количество односторонних коллизионных норм, отсылающих к российскому праву, в общем невелико.

2.4. Фундаментальное начало международного частного права — автономия воли участников гражданско-правового отношения закреплено в разд. VI не в виде «одионой» коллизионной нормы *lex voluntatis*, как это имело место в Основах ГЗ 1991 г., а *в качестве особого правового института, обращение к которому не ограничивается рамками гражданско-правового договора*.

Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть прямо выражено или определенно вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела. Такой выбор, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным, без ущерба для прав третьих лиц, с момента заключения договора.

Беспрецедентным для российского коллизионного права является указание на то, что стороны договора могут выбрать подлежащее

применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей (п. 4 ст. 1210 ГК РФ).

Статья 1219 ГК РФ (п. 3) разрешает сторонам обязательства, возникшего вследствие причинения вреда, договориться — после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда, — о применении к обязательству права страны суда. Стороны обязательства, возникающего вследствие неосновательного обогащения, в силу ст. 1223 ГК РФ (п. 1) также могут договориться о применении к обязательству права страны суда.

2.5. Статья 1195 ГК РФ вводит в отечественное законодательство известное доктрине обобщенное **понятие личного закона физического лица**, опирающееся на многовариантную систему коллизионных привязок к праву страны его гражданства или места жительства. Смешанная система таких привязок уже закреплена в СК РФ для целей решения ряда коллизионных вопросов семейных отношений. Указанная статья ГК РФ обращается к системе привязок для определения права, подлежащего применению к гражданской право- и дееспособности лица, правам физического лица на имя, его использование и защиту, к опеке и попечительству, и др.

2.6. Процесс преодоления коллизионной проблемы носит далеко не механический характер, сами же коллизионные нормы — и в этом одна из важнейших особенностей современного коллизионного права — перестают быть «нейтральными», «безразличными» по отношению к выбору на их основе применимого права, подчиняя его «запрограммированным» в коллизионных нормах приоритетам, основывающимся на интересах международного гражданского оборота.

Особой «заряженностью» на реализацию таких приоритетов отличается **коллизионное право гражданско-правовых договоров**, осложненных иностранным элементом (ст. 1210–1215 ГК РФ). В *отсутствие соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан*. Этим правом, по общему правилу, считается право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

Обращение к презумпции «исполнения, имеющего решающее значение» может быть оспорено, если иное вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела. В последующем значение данной презумпции конкретизируется по

отношению к почти двум десяткам разновидностей гражданско-правовых договоров. Закрепляются и другие презумпции истолкования понятия «права страны, с которой договор наиболее тесно связан», отражающие своеобразие некоторых видов договорных отношений.

Отдельное правило посвящено договору, содержащему элементы нескольких договоров: к такому («смешанному») договору применяются, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, с которой «смешанный» договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан.

Все эти предписания вместе взятые ведут к принятию коллизионных решений, учитывающих всю совокупность обстоятельств дела, его особенности, свободных от элементов случайности и субъективных оценок.

2.7. Некоторые нормы разд. VI придают защите интересов «слабой стороны» в гражданско-правовом отношении значение «эффекта», превалирующего над другими приоритетами коллизионного правоприменения.

Так, на основании п. 3 ст. 1199 ГК РФ отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Однако когда лицо, находящееся под опекой (попечительством), имеет место жительства в Российской Федерации, применяется российское право, если оно более благоприятно для этого лица.

Согласно п. 1 ст. 1212 ГК РФ выбор права, подлежащего применению к договору с участием потребителя, не может повлечь за собой лишение потребителя защиты его прав, предоставляемой императивными нормами права страны места его жительства, при наличии одного из указанных в упомянутой статье обстоятельств.

2.8. Отношение к защите прав и интересов, охраняемых так называемыми строго императивными, или сверхимперативными, нормами, как к одному из главных приоритетов коллизионного права разд. VI выражено в ст. 1192 ГК РФ. Как следует из п. 1 этой статьи, правила этого раздела не затрагивают действия тех императивных норм законодательства РФ, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников граждан-

ского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права.

Кроме того, ст. 1192 (п. 2) разрешает суду принимать 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.

2.9. Раздел VI сохраняет «оговорку о публичном порядке» как основание для ограничения применения *нормы* иностранного права (в Основах ГЗ 1991 г. говорилось об ограничении применения иностранного *права*). При этом акцентируется внимание на экстраординарном, исключительном характере самого обращения к оговорке. Норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами раздела, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. При этом отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации.

3. Концептуальную основу разд. VI ГК РФ и разд. VII Модели ГК для стран СНГ составляет преобладающий в доктрине этих стран взгляд на международное частное право как на область отношений гражданско-правового характера, осложненных иностранным элементом.

Сопоставление одноименных разд. VI ГК РФ и разд. VII Модели ГК для стран СНГ с несомненностью свидетельствует об общих «корнях», общих объединяющих их началах. Многие положения Модели ГК для стран СНГ восприняты российским ГК РФ. В то же время разд. VI ГК РФ представляется более приближенным к современным зарубежным кодификациям международного частного права, вобравшим в себя новейшие достижения коллизионного права.

Существенны и различия между некоторыми правилами разделов, они начинаются уже с первых статей: так, в Модели ГК для стран СНГ отсутствуют включенные в ст. 1186 ГК РФ нормы об особенностях определения права, применяемого международным ком-

мерческим арбитражем, о неприменении коллизионных норм в случаях, когда отношение урегулировано материально-правовыми предписаниями международного договора РФ, а в ГК РФ не воспринято правило Модели ГК для стран СНГ, не допускающее ограничения применения нормы иностранного права лишь на том основании, что она имеет публично-правовой характер (представляется, что эта позиция, не противоречащая подходам отечественной доктрины, могла бы найти отражение и в ГК РФ).

В отличие от Модели ГК для стран СНГ российский Гражданский кодекс отказался от норм, допускающих отсылку к праву третьей страны, а также регламентирующих последствия обхода закона. Модели неизвестно правило ГК РФ, разрешающее суду по требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, возлагать бремя доказывания содержания норм иностранного права на стороны. По сравнению с Моделью ГК для стран СНГ основания для обращения к «строгим» императивным нормам и к оговорке о публичном порядке определены в ГК РФ более полно.

К числу наиболее важных относятся новеллы ГК РФ, связанные с конструкцией личного закона физического лица. Если лицо наряду с российским имеет иностранное гражданство, его личным законом является российское право, при наличии же у лица нескольких иностранных гражданств личным законом считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства. Модель же подчиняет личный закон физического лица при наличии у него двух или более гражданств праву государства, с которым лицо наиболее тесно связано.

В ГК РФ включены новые, неизвестные Модели положения, в том числе о сфере действия личного закона юридического лица, личном законе иностранной организации, не являющейся юридическим лицом, о праве, подлежащем применению к договору с участием потребителя и договору в отношении недвижимого имущества, к уступке требования, отношениям по уплате процентов. Вместе с тем в составе норм данного раздела ГК РФ отсутствуют закрепленные в Модели ГК для стран СНГ правила, относящиеся к регистрации актов гражданского состояния и признанию документов, выданных органами иностранного государства в удостоверение таких актов, к национальному режиму деятельности иностранных юридических

лиц¹, правам на интеллектуальную собственность. Серьезно разнятся правила ГК РФ и Модели ГК для стран СНГ, касающиеся определения статута договорных обязательств при отсутствии соглашения сторон о применимом праве, а также статута внедоговорных обязательств, и некоторые другие правила.

Опыт Модели ГК для стран СНГ был использован при разработке проектов разделов о международном частном праве гражданских кодексов стран СНГ, включая Армению, Белоруссию, Казахстан, Киргизию, Молдавию, Узбекистан.

4. К определению состава источников российского законодательства о международном частном праве применимы, с учетом некоторых его особенностей, **правила ст. 3 ГК РФ «Гражданское законодательство и иные акты, содержащие нормы гражданского права»**. Спроецированные на массив нормативных правовых актов, относящихся к сфере международного частного права, они дают основания для следующих выводов.

Законодательство о международном частном праве, регулирующее гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом, состоит из *ГК РФ и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов*.

Гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом, могут регулироваться также *материально-правовыми нормами указов Президента РФ*, которые не должны противоречить ГК РФ и иным федеральным законам.

На основании и во исполнение ГК РФ и иных федеральных законов, указов Президента РФ *Правительство РФ* вправе принимать *постановления, содержащие материальные нормы международного частного права*.

Министерства и иные федеральные органы исполнительной власти могут издавать *акты, содержащие материальные нормы международного частного права*, в случаях и пределах, предусмотренных ГК РФ, другими федеральными законами, а также указами Президента РФ и постановлениями Правительства РФ.

5. В отличие от источников внутреннего материального права источниками внутреннего коллизионного права могут быть лишь фе-

¹ В ГК РФ начало национального режима в отношении иностранных юридических лиц, по существу, закреплено в последнем абзаце п. 1 ст. 2.

деральные законы, а не федеральные подзаконные акты и не акты субъектов РФ.

Чем объяснить столь «высокое», основанное на федеральных законах «происхождение» коллизионных норм? Очевидно, тем, что коллизионная норма, допускающая применение иностранного права, — это проявление самоограничения принявшего ее суверена, которое обусловлено потребностями международного гражданского оборота. Воля к такому самоограничению должна быть выражена в форме акта, обладающего высшей юридической силой, т.е. в форме федерального закона. Вследствием является допущение в отечественном «правовом пространстве» действия иностранного закона, выражающего волю иностранного суверена.

Для современного внутригосударственного коллизионного права характерна тенденция к его кодификации на основе законов о международном частном праве, а также (в ряде стран, включая Российскую Федерацию) посредством принятия отраслевых или комплексных межотраслевых законодательных актов.

6. Общий объем коллизионных правил, формулируемых на основе федеральных законов за пределами ГК РФ, невелик, а количество таких законов незначительно. К ним принадлежат, прежде всего, *Семейный кодекс РФ* и *Кодекс торгового мореплавания РФ*.

Намного шире ряд федеральных законов, дающих жизнь материально-правовым нормам о гражданской правосубъектности иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, их способности заниматься определенными видами деятельности. С известной условностью могут быть выделены следующие законы:

- ГК РФ;
- «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»; «О гражданстве Российской Федерации»; «Об актах гражданского состояния»; «О беженцах», «О вынужденных переселенцах»;
- «Об обществах с ограниченной ответственностью», «О производственных кооперативах», «О некоммерческих организациях», «Об общественных объединениях», «О свободе совести и о религиозных объединениях», «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях», «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности»; «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих

объединениях граждан»; «О банках и банковской деятельности», «О товарных биржах и биржевой торговле»; «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»; «О несостоятельности (банкротстве)»;

- «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»;
- «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности», «О валютном регулировании и валютном контроле», Таможенный кодекс РФ;
- «О Государственной границе Российской Федерации»;
- «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», «О соглашениях о разделе продукции»; «О недрах», «О континентальном шельфе Российской Федерации», Земельный кодекс РФ, Лесной кодекс РФ;
- Воздушный кодекс РФ, КТМ РФ, «О связи», «О геодезии и картографии»;
- «Об организации страхового дела в Российской Федерации»;
- «Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг»;
- «О занятости населения в Российской Федерации», «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе обязательного пенсионного страхования», «Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации»;
- «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации», «О вывозе и ввозе культурных ценностей»;
- Градостроительный кодекс РФ, «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации»;
- Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан, «Об образовании», Основы законодательства РФ о культуре, «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»;
- «О средствах массовой информации».

Уже отмечалось, что международное частное право как область правоведения изучает и вопросы международного гражданского процесса. **Источниками норм международного гражданского процесса являются:**

- Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации»;

- ГК РФ;
- АПК РФ;
- Федеральный закон «Об исполнительном производстве»;
- Основы законодательства Российской Федерации о нотариате;
- Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже».

7. Идея сближения национального законодательства стран СНГ как необходимого условия создания общего правового пространства, открытого для функционирования объединенного рынка, нашла выражение уже в первых документах Содружества. Сферы сближения (сходные в своей основе, но не совпадающие) были названы в *Соглашении о принципах сближения хозяйственного законодательства государств — участников Содружества* (г. Бишкек, 1992 г.)¹ и в *Основных направлениях сближения национальных законодательств государств — участников Содружества*², принятых Межпарламентской Ассамблеей этих государств на заседании в Бишкеке 15 сентября 1992 г.

Межпарламентская Ассамблея государств — участников Содружества на заседании в Санкт-Петербурге 28–29 декабря 1992 г. одобрила упомянутое Соглашение о принципах сближения хозяйственного законодательства и рекомендовала парламентам этих государств объединить усилия по подготовке основных актов национального законодательства в сфере рыночной экономики — гражданских кодексов, имея в виду избежать в кодексах расхождений случайного характера, которые создали бы неоправданные препятствия для межгосударственного движения товаров, выполнения работ и оказания услуг.

Договор о создании Экономического союза 1993 г. предусматривал проведение работ по координации и сближению действующего национального законодательства, согласование принятия новых национальных законодательных актов по экономическим вопросам, проведение предварительной экспертизы проектов нормативных актов. Создание Экономического союза предполагало гармонизацию хозяйственного законодательства, а одной из целей Союза было названо обеспечение равных возможностей и гарантий для всех хозяйствующих субъектов (ст. 2 и 3).

¹ Бюллетень международных договоров. 1993. № 10.

² <<http://www.pravoteka.ru/pst/87/43396.html>>.

Гармонизация законодательства рассматривается в Договоре между Российской Федерацией, Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Киргизской Республикой об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях 1996 г. как одна из основных целей интеграции. Стороны согласились создать единую модельную нормативную базу гражданского законодательства и государственного регулирования экономики.

Договор между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о создании Союзного государства 1999 г.¹ одной из целей Союза назвал сближение национальных правовых систем, формирование единой правовой системы Союза. Этим целям служит, в частности, *Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Беларусь об обеспечении равных прав граждан Российской Федерации и Республики Беларусь на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства на территориях государств — участников Союзного государства* 2006 г.²

Межпарламентская Ассамблея, являющаяся в соответствии с Договором об учреждении Евразийского экономического сообщества 2000 г.³ органом парламентского сотрудничества в рамках ЕврАзЭС, призвана рассматривать вопросы гармонизации (сближения, унификации) национального законодательства договаривающихся сторон и приведения его в соответствие с договорами, заключенными в рамках ЕврАзЭС в целях реализации задач Сообщества.

Соглашение о правовом обеспечении формирования Таможенного союза и Единого экономического пространства 1999 г.⁴ обязывает Стороны проводить гармонизацию (сближение, унификацию) в следующих сферах национальных законодательств: гражданское законодательство; законодательство о валютном регулировании и валютном контроле; о внешнеэкономической деятельности; о транспортной деятельности; налоговое законодательство; законодательство в сфере бюджетного регулирования; таможенное законодательство; законодательство об экспортном контроле; о предпринимательской деятельности; о рынке товаров, услуг, капитала и рабочей силы; об аграрной сфере; об образовании; о труде и охране труда; о

¹ СЗ РФ. 2000. № 7. Ст. 786.

² СЗ РФ. 2009. № 12. Ст. 1371.

³ СЗ РФ. 2002. № 7. Ст. 632.

⁴ СЗ РФ. 2003. № 42. Ст. 3989.

научных технологиях; законодательство в сфере информационного обмена и использования средств массовой информации; законодательство об инвестициях и взаимодействии в этой сфере; в других сферах национальных законодательств.

8. В ряде иностранных государств нормы международного частного права объединены в законодательных актах о международном частном праве.

Кодификация норм международного частного права путем принятия специальных законов осуществлена в Австрии (1978 г.), Азербайджане (2000 г.), Бельгии (2004 г.), Болгарии (2005 г.), Венгрии (1979 г.), Венесуэле (1998 г.), Грузии (1998 г.), Республике Корея (в редакции 2002 г.), Лихтенштейне (1998 г.), Польше (1965 г.), Румынии (1992 г.), Словении (1999 г.), Таиланде (1938 г.), Тунисе (1998 г.), Турции (1982 г.), Украине (2005 г.), Швейцарии (1987 г.), Эстонии (2000 г.). В сентябре 1995 г. вступил в силу Закон о реформе итальянской системы международного частного права. Принятый в Югославии в 1982 г. Закон о разрешении коллизий между законом и нормами иностранного права в определенных правоотношениях действует в Сербии, Хорватии, Черногории. Продолжает действовать в Чехии и Словакии Закон Чехословакии 1963 г. о международном частном праве и процессе.

Международному частному праву посвящена книга десятая Гражданского кодекса Квебека 1991 г.

Коллизионные нормы содержатся в гражданских кодексах Алжира, Вьетнама, Греции, Египта, Ирака, Ирана, Испании, Йемена, Кубы, Латвии, Литвы, Мексики, Монголии, Перу, Португалии, Уругвая, Чили. В Германии Вводный закон 1896 г. к Гражданскому уложению (в редакции последующих законов) включает главу «Международное частное право».

Об основанных на Модели ГК для стран СНГ кодексах сказано выше.

Нормы международного частного права содержатся и в иных законодательных актах. К такого рода актам относятся: в Китае — Общие положения гражданского права 1986 г., Закон о договорах 1999 г., в Буркина-Фасо — Кодекс о лицах и семье 1989 г., в Объединенных Арабских Эмиратах — Закон о гражданских сделках 1985 г., в Японии — Закон о применении законов 2006 г.

В США и Великобритании отсутствует официальная кодификация международного частного права. К пользующимся широкой из-

вестностью частным кодификациям относятся в Великобритании курс Дайси, в США — Свод законов о конфликте законов (*Restatement of the Law of Conflict of Laws*), подготовленный Американским институтом права (первый Свод издан в 1934 г., второй — в 1971 г.). Действию закона в пространстве и праву сторон избрать подлежащее применению право посвящены некоторые нормы Единообразного торгового кодекса США.

Вместе с тем вопросы, относящиеся к иммунитетам иностранного суверена, решаются в Законе США об иммунитетах иностранных государств 1976 г. В штате Луизиана (США) принят Закон о международном частном праве 1991 г., текст которого включен в Гражданский кодекс этого штата.

В Великобритании расширение сферы действия статутного права, затрагивающего коллизионные проблемы, в значительной мере объясняется ее участием в Европейских сообществах, а также в Гаагских конвенциях. В частности, на основе заключенной в рамках ЕС Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. был принят акт о праве, применимом к договорам, 1990 г. — *Contracts (Applicable Law) Act 1990*. В соответствии с официальным письмом Правительства Великобритании эта страна в июле 2008 г. присоединилась к Регламенту (ЕС) от 17 июня 2008 г. № 593/2008 Европейского парламента и Совета «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» («Рим I»), заменившему Римскую конвенцию. Некоторые области международного частного права в этой стране были реформированы на основе *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*.

§ 4. Обычаи

Различают обычаи, являющиеся источниками как международного публичного, так и международного частного права, и обычаи, рассматриваемые в качестве источников лишь международного частного права. Последние именуются в дальнейшем «обычаями международного торгового оборота» или, более кратко (с известной условностью), «торговыми обычаями».

Международные обычаи возникают в условиях межгосударственного общения, а происхождение торговых обычаев, включая обычаи торгового мореплавания, связано с интернационализацией хозяйст-

венной жизни, частноправовой, предпринимательской деятельностью в рамках международного торгового оборота. Понятие «международный», относимое к такому обычаю, имеет в сущности то же значение, что и соответствующее понятие в названии отрасли «международное частное право».

Наряду с международными договорами РФ формирующиеся в межгосударственной жизни международные обычаи, которым следует Российская Федерация, определяют общность исходных начал международного публичного и международного частного права в российской доктрине и практике. Природа международного обычая раскрывается в ст. 38 Статута Международного суда (п. 1 *b*)¹. В этом документе, являющемся неотъемлемой частью Устава ООН, международный обычай характеризуется как **доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы**. В результате однородных, повторяющихся действий государств выкристаллизовываются правила, приобретающие значение мерила поведения субъектов международного права, обычные международно-правовые нормы.

В соответствии со ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью российской правовой системы. Какое количество государств необходимо для того, чтобы считать соблюдаемое ими правило общепризнанным? Согласно ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.² императивная норма общего международного права принимается и признается международным сообществом государств в целом. По мнению И.И. Лукашука, последнее явно не означает «все государства»: «...формулировка Конвенции имеет в виду принятие нормы большинством государств. Кроме того, это большинство должно быть достаточно представительным. Думается, что оно должно удовлетворять требованию, которое Статут Международного суда ООН предъявляет к составу судей, а именно — обеспечивать представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира»³.

¹ Сборник действующих договоров СССР. Вып. XII. М., 1956. С. 47–63.

² Ведомости ВС СССР. 1986. № 37. Ст. 772.

³ Лукашук И.И. Международное право в судах государств. СПб., 1993. С. 135.

Пункт 1 ст. 1186 ГК РФ, перечисляя основания для определения права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, называет обычаи, признаваемые в Российской Федерации. Но правила, источником которых является обычай, имеют преимущественно материально-правовой характер. Л.А. Лунц, касаясь содержания обычаев, известных международному частному праву, писал: «...Лишь по очень немногим вопросам коллизии законов можно опираться на международный обычай как источник права. В коллизионном праве роль международного обычая, за некоторым исключением, ограничивается нормами, непосредственно вытекающими из начала государственного суверенитета»¹.

При формировании торговых обычаев первичными являются поведение самих участников гражданского оборота, их намерение и воля следовать рождаемым деловой жизнью неписаным правилам.

Активную роль в становлении обычных норм играют **судебно-арбитражная практика**, признаваемая и санкционируемая государствами, а также деятельность **международных неправительственных организаций по неофициальной кодификации таких норм**. Подготавливаемые ими своды правил, будучи факультативными, применяются при наличии ссылки на них в контракте.

К числу наиболее авторитетных кодификаций такого рода принадлежат *Международные правила толкования торговых терминов Инкотермс* — документ Международной торговой палаты, находящейся в Париже. С 1 января 2000 г. действует Инкотермс 2000. Постановлением Правления ТПП РФ от 28 июня 2001 г. Инкотермс 2000 признан в России торговым обычаем².

Международной торговой палатой (МТП) подготовлены также *Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов* и *Унифицированные правила по инкассо* — публикации МТП № 600 и № 522 (действуют в редакции, соответственно, 2006 г. и 1995 г.), *Унифицированные правила для межбанковского рэбурсирования по доку-*

¹ Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. Т. 1. С. 103.

² См.: Вилкова Н.Г. Правила толкования международных торговых терминов ИНКОТЕРМС 2000: Правовое регулирование и практика применения. М., 2008.

ментарным аккредитивам — публикация МТП № 525 (в редакции 1995 г.)¹.

В отличие от Инкотермс и Унифицированных правил по документарным аккредитивам и по инкассо *Унифицированные правила МТП по договорным гарантиям* 1978 г.², сфера действия которых не охватывала банковские гарантии по требованию, не нашли широкого распространения. Это обусловило принятие Международной торговой палатой в 1992 г. *Унифицированных правил для гарантий по первому требованию* — публикация МТП № 458³.

Отмечено, что особенностью актов неконвенционной унификации в области регулирования банковских обязательств стало включение в предмет рассмотрения так называемой коллизионной темы (коллизионные нормы предусмотрены в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах 1992 г. и в Унифицированных правилах для гарантий по первому требованию 1992 г.)⁴.

Согласно ст. 414 КТМ РФ право, подлежащее применению к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иным иностранным элементом, в том числе если объект гражданских прав находится за пределами Российской Федерации, определяется в соответствии с международными договорами РФ, указанным Кодексом, другими законами и *признаваемыми в Российской Федерации обычаями торгового мореплавания*. Статья 285 гл. XVI «Общая авария» Кодекса включает следующие положения: в случаях, если это предусмотрено соглашением сторон, а также в случаях неполноты подлежащего применению закона при определении рода аварии, размеров общеаварийных убытков и их распределении применяются *Йорк-Антверпенские правила об общей аварии и другие международные обычаи торгового мореплавания*. Йорк-Антверпенские правила⁵ действуют в редакции 1994 г.; работа по

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² СПС «КонсультантПлюс».

³ Там же.

⁴ См.: *Отдельные виды обязательств в международном частном праве* / отв. ред. В.П. Звекон. Гл. 2: Регулирование банковских обязательств в международном обороте (автор — Т.П. Лазарева). М., 2008. С. 97.

⁵ См.: <<http://www.jus.uio.no/lm/cmi.york.antwerp.rules.1994/doc.html>>.

совершенствованию правил осуществляется в рамках Международного морского комитета.

В связи с рассмотрением правового значения Инкотермс, Унифицированных правил по документарным аккредитивам и по инкассо, Йорк-Антверпенских правил об общей аварии отмечалось, что названные документы в своей основе представляют кодификации обычаев и обыкновений международной торговли, осуществленные на негосударственном уровне¹. Было высказано мнение: «...значительная известность этих сборников в целом как документов, содержащих обычные правила, в той или иной мере, видимо, помогает созданию впечатления, что все их частичные изменения также изначально носят характер обычаев и обыкновений. Авторитет сводов правил как таковых и активность стоящих за ними организаций во многом способствуют скорейшему восприятию на практике, а также учету судами и арбитражами включаемых в них нововведений еще до их становления в качестве обычаев и обыкновений и при отсутствии ссылок на них в договорах. Тем самым есть основания полагать, что рассматриваемые документы не сводимы полностью ни к обычаям и обыкновениям, ни к общим условиям договоров, а также констатировать существование особенностей механизма действия упомянутых правил»².

В области международной купли-продажи товаров обращение к обычным правилам опирается на конвенционную норму. Статья 9 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. предусматривает, что стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях. В отсутствие договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли³. Обычай рассматривает-

¹ См.: Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994. С. 241.

² Там же.

³ См.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий. М., 1994. С. 33–37.

ся, таким образом, как подразумеваемое условие договора, и обращение к нему в этом качестве предшествует применению диспозитивной нормы.

О применении торговых обычаев говорится в положениях *Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже* 1961 г.¹, *Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ* 1976 г.², *Арбитражном регламенте Европейской экономической комиссии ООН* 1966 г.³

Обращение к торговому обычаю для разрешения споров в международном коммерческом арбитраже санкционировано российским законом. Во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке (п. 3 ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»).

О связанности сторон международного коммерческого договора обычаем, который широко известен и постоянно соблюдается сторонами в международной торговле (в ее соответствующей области), говорится в разработанных Международным институтом унификации частного права *Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА* (исключение допускается для случаев, когда применение такого обычая было бы неразумным)⁴. Вместе с тем Принципами предусматривается, что стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях.

В ст. 1.105 *Принципов Европейского контрактного права*⁵ указывается, что стороны связаны любым обычаем, в отношении которого они договорились, и любой практикой, установившейся между ними. Стороны связаны обычаем, который будет рассматриваться общеприменимым лицами в той же самой ситуации как сторонами,

¹ Вестник ВАС РФ. 1993. № 10.

² Закон. 2003. № 2.

³ *Регистр* текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. II. Нью-Йорк: ООН, 1973. С. 125–136.

⁴ См.: *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА* 2004 / пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006.

⁵ Разработаны Комиссией по Европейскому контрактному праву Европарламента. См.: *Журнал международного частного права*. 1999. № 1 (23). С. 40–98.

за исключением случаев, когда применение такого обычая будет необоснованным.

К отношениям гражданско-правового характера, осложненным иностранным элементом, могут применяться обычаи делового оборота. В ст. 5 ГК РФ **обычай делового оборота** определяется как 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.

Это определение не содержит требования о том, чтобы обычай делового оборота (согласно характеристике, приводимой в ст. 9 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.) был известен сторонам и постоянно соблюдался ими в соответствующей области. Место обычая делового оборота в иерархии правовых норм обозначено в п. 5 ст. 421 ГК РФ общим образом: если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями делового оборота, применимыми к отношениям сторон.

Пункт 6 ст. 1211 ГК РФ включил ранее отсутствовавшее в отечественном законодательстве правило: если в договоре использованы принятые в международном обороте торговые термины, при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев делового оборота, обозначаемых соответствующими торговыми терминами.

Обычай не следует отождествлять с обыкновением. Последнее не является источником права. Входя в состав волеизъявления участников сделки, обыкновение определяет ее детали. Впрочем, разграничение обычного правила, образующего норму права, и обычного правила, не являющегося таковой, на практике нередко оказывается затруднительным¹.

¹ М.И. Брагинский, В.В. Витрянский пишут: «...И правовой обычай, и деловые обыкновения в равной мере выступают как средство восполнения пробелов в договоре и нормативных актах, но различаются тем, что в первом случае это сделано в виде нормы, применение которой санкционировано волей законодателя, а во втором — независимо от такого санкционирования» (Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 61).

Контрольные вопросы

1. Как соотносятся общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ с правовой системой Российской Федерации?
2. Каково значение международных договоров для формирования норм международного частного права?
3. Как проявляется принцип верховенства закона в области международного частного права?
4. Каковы возможные способы кодификации законодательства о международном частном праве? В каких странах были приняты законы о международном частном праве?
5. В чем выражаются главные особенности кодификации международного частного права в разд. VI ГК РФ?
6. Какова роль Модели ГК для стран СНГ в создании единообразных норм международного частного права этих стран?
7. Как формируются обычаи, являющиеся источниками норм международного частного права?
8. Чем отличаются обычаи от обыкновений?

Рекомендуемая литература

1. Белов А.П. Международные договоры и иные документы по вопросам внешнеэкономической деятельности // Право и экономика. 1997. № 7–8.
2. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий / сост. и авт. коммент. А.Н. Талалаев. М., 1997.
3. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004.
4. Вилкова Н.Г. Методы унификации права международных коммерческих контрактов // Государство и право. 1998. № 7.
5. Вилкова Н.Г. Правила толкования международных торговых терминов ИНКОТЕРМС 2000: правовое регулирование и практика применения. М., 2008.
6. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI: Международное частное право. Комментарий и постатейные материалы / отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004.
7. Действующее международное право: в 3 т. / сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. М., 1997.
8. Доронина Н.Г. Унификация права Латинской Америки // Законодательство и экономика. 2002. № 10.

Глава 2. Источники международного частного права

9. *Европейское право: учебник для вузов / под общ. ред. Л.М. Энтина. М., 2002.*
10. *Зыкин И.С. Обычай и обыкновения в международной торговле. М., 1983.*
11. *Зыкин И.С. Развитие международного частного права в свете принятия части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 2002. № 12.*
12. *Комментарий к Федеральному закону «О международных договорах Российской Федерации» / отв. ред. В.П. Звеков, Б.И. Осминин. М., 1996.*
13. *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002.*
14. *Лазарева Т.П. Международное торговое право: расчеты по контрактам: учеб. пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003.*
15. *Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. М., 2000.*
16. *Лукашук И.И. Международное право в судах государств. СПб., 1993.*
17. *Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М., 1996.*
18. *Маковский А.Л. О кодификации гражданского права. М., 2010.*
19. *Международное частное право: иностранное законодательство / предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000.*
20. *Международное частное право: сборник документов / сост. К.А. Бекашев, А.Г. Ходаков. М., 1997.*
21. *Осминин Б.И. Принятие и реализация государствами международных договорных обязательств. М., 2006.*
22. *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006.*
23. *Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. М., 2000.*
24. *Синявская М. Европейская интеграция и вопросы частного права // Вестник ВАС РФ. 2003. № 9.*
25. *Усенко Е.Т. Соотношение и взаимодействие международного и национального права и Российская Конституция // Московский журнал международного права. 1993. № 2.*

Глава 3

Коллизионная норма, ее строение и особенности применения. Виды коллизионных норм

1. В отличие от материально-правовых норм, определяющих содержание прав и обязанностей субъектов международного частного права и, следовательно, непосредственно регулирующих их поведение, коллизионная норма указывает, право какого государства применимо к данному отношению. Главное отличие коллизионной нормы от других юридических предписаний — **преодоление коллизионной проблемы путем определения применимого права**, т.е. права, подлежащего применению в силу указания коллизионной нормы.

Источниками коллизионных норм являются *федеральные законы* (а не федеральные подзаконные акты и тем более не законы или иные нормативные правовые акты субъектов РФ) и *международные договоры РФ*, решения о согласии на обязательность которых для Российской Федерации приняты в форме федерального закона. Менее значимая роль обычая как источника коллизионных норм объясняется тем, что на практике обращение к нему ограничивается зачастую областью материально-правовых начал.

Назначение коллизионной нормы обуславливает отличия ее структуры от структуры других нормативных правовых предписаний¹. **Коллизионная норма состоит из двух элементов:**

¹ Эти отличия, впрочем, не следует абсолютизировать. См.: *Международное частное право: учебник* / отв. ред. Г.К. Дмитриева. С. 117–120.

- 1) объема (обозначение круга отношений гражданско-правового характера, к которым эта норма применяется);
- 2) привязки (основание, критерий определения применимого права)¹.

Коллизионные нормы могут быть **двусторонними** и **односторонними**². Привязка двусторонней коллизионной нормы допускает применение как права страны суда, так и иностранного права, привязка же односторонней коллизионной нормы ограничивается лишь одним «направлением», чаще всего указывая на применение судом «своего» права.

Различают следующие **виды коллизионных норм**:

- нормы с альтернативными³ и множественными⁴, а также кумулятивными привязками⁵;
- диспозитивные и императивные нормы⁶.

¹ О.Н. Садиков обращает внимание на третий структурный элемент коллизионной нормы — указание на условия применения данной нормы, именуемое им гипотезой см.: *Садиков О.Н.* Коллизионные нормы в современном международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1982. М., 1983. С. 207).

² К односторонним относятся правила п. 2 и 3 ст. 1195, п. 3 ст. 1197, ст. 1200, п. 2 ст. 1209, п. 2 ст. 1213, абз. 2 п. 1 ст. 1224 ГК РФ в части наследования недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации. Односторонними являются также коллизионные нормы п. 2 ст. 420, ст. 421, ст. 422 и п. 1 ст. 423 Кодекса торгового мореплавания РФ, определяющие применение к отношениям, возникающим из столкновения судов, из причинения ущерба от загрязнения с судов нефтью, из причинения ущерба в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ, из спасания судна и иного имущества, соответственно, правил глав XVII, XVIII, XIX и XX Кодекса.

³ См. ст. 163 Основ ГЗ 1991 г.

⁴ См. п. 1 ст. 1221 ГК РФ.

⁵ См. п. 1 ст. 1209, п. 2 ст. 1224 ГК РФ.

⁶ К диспозитивным относятся нормы ст. 1211 ГК РФ, императивными являются, к примеру, коллизионные правила п. 2 ст. 1213, ст. 1214 ГК РФ (о применении российского права к договорам в отношении находящихся на территории РФ земельных участков, участков недр и иного недвижимого имущества, о праве, подлежащем применению к договору о создании юридического лица с иностранным участием). См.: *Мищенко В.* Понятие и виды коллизий в международном частном праве // Актуальные вопросы международного и международного частного права. 2008. № 6.

2. Результатом многолетней отечественной и зарубежной практики являются обобщение наиболее распространенных двусторонних коллизионных привязок, определение их основных видов, формирование типов таких привязок (формул прикрепления). Формулы прикрепления принято обозначать на латинском языке.

Рассмотрим наиболее известные формулы прикрепления.

2.1. Личный закон физического лица (*lex personalis*). С вступлением в силу части третьей ГК РФ в российское законодательство впервые введено понятие «личный закон физического лица». Разновидностями привязок личного закона физического лица являются:

- закон гражданства (*lex patriae, lex nationalis*);
- закон места жительства (*lex domicilii*).

В соответствии с личным законом решаются вопросы правоспособности физического лица, его личных прав, включая права на имя, его использование и защиту, некоторые вопросы опеки и попечительства, а также семейных отношений (в первую очередь вопросы условий заключения брака и развода).

В случае когда в качестве личного закона выступает *lex patriae*, эти вопросы рассматриваются по праву страны, гражданином которой является данное лицо; применение же *lex domicilii* влечет подчинение указанных вопросов праву страны, где соответствующее лицо постоянно или преимущественно проживает.

Становление принципа гражданства как коллизионного начала связано с революционными преобразованиями в праве, вызванными Великой французской революцией, с принятием Гражданского кодекса Франции 1804 г. География этого принципа включает многие европейские страны, ряд стран Латинской Америки, других континентов.

Личный закон в форме закона домицилия наиболее широко распространен в странах общего права, где его понимание и применение отличаются существенными особенностями. Нельзя не заметить нарастающего влияния *lex domicilii* и за пределами этих стран.

Для некоторых стран характерна «смешанная» система привязок личного закона.

С введением в действие части третьей ГК РФ возникли основания считать, что такая система утвердилась и в российском коллизионном законодательстве.

Согласно ст. 1195 ГК РФ личным законом физического лица является право страны, гражданство которой это лицо имеет, но если

место жительства иностранного гражданина находится в Российской Федерации, его личным законом признается российское право. Если лицо наряду с российским гражданством имеет и иностранное гражданство, его личным законом считается российское право, а при наличии у лица нескольких иностранных гражданств (при отсутствии российского гражданства) под личным законом понимается право страны, в которой это лицо имеет место жительства. Личным законом лица без гражданства является право страны, где это лицо имеет место жительства, а личным законом беженца — право страны, предоставившей убежище.

Правила статьи о личном законе физического лица в Модели ГК для стран СНГ и воспроизводящие их положения гражданских кодексов ряда стран СНГ содержат иное: при наличии у лица двух или более гражданств личным законом считается право страны, с которой лицо наиболее тесно связано.

2.2. Личный закон юридического лица (*lex societatis*). Он указывает на принадлежность юридического лица к правовой системе определенного государства и, соответственно, на его государственную принадлежность, «национальность». *Lex societatis* позволяет решать вопросы, относящиеся к статусу лица (их «незамкнутый» перечень приводится в п. 2 ст. 1202 ГК РФ), его гражданской правосубъектности.

Международной практике известны различные варианты определения «национальности» юридического лица, исходящие из признания решающей роли критериев:

- места учреждения (инкорпорации) лица;
- места нахождения его административного (управляющего) центра;
- места осуществления его деятельности.

Критерий «инкорпорации» характерен для стран англо-американского права, но известен и праву других стран.

Критерий места нахождения административного (управляющего) центра получил распространение в странах континентальной Европы.

Менее широкой поддержкой (в основном в развивающихся странах) пользуется критерий «центра эксплуатации».

В доктрине обращается внимание на то, что личный статус юридического лица иногда как бы отделяется от его действительной государственной принадлежности, и с этим связано распространение

теории контроля. Суть теории — в определении принадлежности капиталов юридического лица и на этой основе его статута.

Основы ГЗ 1991 г. (п. 1 ст. 161) в вопросах определения гражданской правоспособности иностранных юридических лиц отдавали предпочтение праву страны, где учреждено юридическое лицо. Приверженность этой коллизионной привязке сохраняют правила п. 1 ст. 1202 ГК РФ (личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо) и Модели ГК для стран СНГ (ст. 1211 «Закон юридического лица»).

2.3. Закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*). Сфера применения этого коллизионного начала — вопросы права собственности и других вещных прав (ст. 1205 ГК РФ, ст. 1219 Модели ГК для стран СНГ).

По закону места нахождения вещи в соответствии с ГК РФ определяются:

- содержание вещных прав;
- их осуществление и защита;
- квалификация имущества как недвижимого или движимого.

Вопросы возникновения и прекращения вещных прав решаются (ст. 1206 ГК РФ) с помощью привязок, близких по значению к *lex rei sitae*, по существу относящихся к разновидностям этого закона (законы места возникновения и прекращения соответствующих прав, в том числе возникновения и прекращения вещных прав по сделке, заключаемой в отношении находящегося в пути движимого имущества, возникновения вещных прав на имущество в силу приобретательной давности).

В российском законодательстве специальная норма (ст. 1207 ГК) — изъятие из начала «закон места нахождения вещи» предусматривается в отношении *воздушных и морских судов, судов внутреннего плавания, космических объектов, подлежащих государственной регистрации.* К вещным правам на эти суда и объекты, их осуществлению и защите применяется *право страны, где суда и объекты зарегистрированы.*

2.4. Закон, избранный лицом, совершившим сделку (*lex voluntatis*). Отношение к этой формуле прикрепления, определяющей право, применимое к сделке, и, прежде всего, права и обязанности сторон, в последние годы характеризуют:

- расширение допустимых пределов автономии воли;

- придание этому началу большей гибкости;
- закрепление правила о выборе сторонами договора применимого права в универсальных и региональных международных соглашениях;
- применение этой формулы как основной, ведущей в «связке» с коллизионными нормами, имеющими субсидиарное значение;
- ограничение автономии воли посредством «сверхимперативных норм».

Гражданский кодекс РФ (ст. 1210), как и Модель ГК для стран СНГ (ст. 1224), исходит из свободы выбора права сторонами договора, не ограничивая выбор требованием «локализации» договора и иными подобными требованиями.

Соглашение сторон о выборе права должно быть прямо выражено или определению вытекать из условий договора или совокупности обстоятельств дела. Допускается избрание сторонами применимого права как для договора в целом, так и для отдельных его частей.

Выбор применимого права может быть сделан сторонами договора как при его заключении, так и в последующем.

Сделанный после заключения договора выбор применимого права имеет согласно ст. 1210 ГК РФ обратную силу и считается действительным с момента заключения договора, без ущерба для прав третьих лиц.

2.5. Закон места совершения акта (*lex loci actus*) может означать:

- закон места совершения договора (*lex loci contractus*);
- закон места совершения сделки, определяющий ее форму (*locus regit actum*);
- закон места исполнения обязательства (*lex loci solutionis*).

Сфера применения начал *lex voluntatis* и *lex loci actus* (кроме *locus regit actum*) — определение статута сделки (обязательства, договора), а начала *locus regit actum* — определение формы гражданско-правового акта.

Гражданский кодекс РФ (ст. 1215) к сфере действия права, применимого к договору (статуту договора), относит:

- 1) толкование договора;
- 2) права и обязанности сторон;
- 3) исполнение договора;
- 4) последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора;

- 5) прекращение договора;
- 6) последствия недействительности договора.

Модель ГК для стран СНГ относит сюда, кроме того, последствия ничтожности договора, уступку требования и перевод долга.

2.6. Закон страны продавца (*lex venditoris*). Основы ГЗ 1991 г. (п. 1 ст. 166) при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве предписывали применять для определения статута внешнеторгового договора купли-продажи право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона-продавец.

Конструкция правил ст. 1211 ГК РФ имеет более сложный и вместе с тем гибкий характер: *в отсутствие выбора права сторонами применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Этим правом в отношении договора купли-продажи считается, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.*

Общие условия поставок СЭВ 1968/1988 гг.¹, Общие условия поставок СССР — КНДР 1981 г.², Общие условия поставок СЭВ — Финляндия 1978 г.³ подчиняют решение коллизионных вопросов, которые не урегулированы или не полностью урегулированы контрактами либо соответствующими общими условиями, материальному праву страны продавца.

Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г.⁴ (в силу не вступила) в отсутствие выбора сторонами права, применимого к договору купли-продажи, распространяет на договор право страны, где продавец на момент заключения договора имеет коммерческое предприятие. При определенных обстоятельствах к договору применяется право страны, в которой на момент заключения договора покупатель имеет коммерче-

¹ См.: Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 1996. С. 297–354.

² См.: Там же. С. 252–290.

³ См.: Там же. С. 355–389.

⁴ См.: Там же. С. 209–220.

ское предприятие, или иное право, с которым договор имеет явно более тесную связь.

Закон страны продавца послужил основой для построения коллизионных привязок, применяемых в сфере иных договорных отношений.

2.7. Закон места совершения деликта (*lex loci delicti commissi*). С помощью этой формулы, применяемой к обязательствам вследствие причинения вреда, определяются, в частности:

- способность лица нести ответственность за причиненный вред;
- возложение ответственности за вред на лицо, не являющееся причинителем вреда;
- основания ответственности, а также ее ограничения и освобождения от нее;
- способы возмещения вреда, объем и размер его возмещения.

Как свидетельствует отечественная и зарубежная практика, применение этого классического коллизионного начала нередко ограничивается или вытесняется иными коллизионными нормами, включая закон страны, с которой отношение наиболее тесно связано, общий личный закон сторон обязательства, закон суда и др. В некоторых странах сторонам обязательства разрешается заключать соглашение о праве, применимом к обязательству.

Обращение к закону места совершения деликта осложняется неодинаковым пониманием *места деликта*. В одних странах оно определяется как место совершения вредоносного действия, в других — как место, где наступили его последствия, в третьих — допускаются оба варианта.

В ГК РФ (п. 1 ст. 1219) предусматривается применение к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, *права страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившие 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 при условии, что причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране.

Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 г. № 864/2007 «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам» («Рим II») исходит из того, что принцип *lex loci delicti commissi* выступает в качестве основного регулятора внедоговорных обяза-

тельств практически во всех странах — членах ЕС, но практика применения этого начала в тех случаях, когда отдельные компоненты обязательства рассредоточены по разным странам, существенно различается, что порождает неопределенность в выборе применимого права. Это обусловило выбор применимого права на основе принципа *lex loci damni*, т.е. принципа связи с правом страны, где причинен прямой ущерб, позволяющего устанавливать справедливый баланс между интересами причинителя вреда и потерпевшего, а также отражающего современный подход к гражданско-правовой ответственности и развитию системы ограничений ответственности (*strict liability*)¹.

2.8. Закон, с которым данное отношение наиболее тесно связано. О нем будет сказано далее (см. о «гибких» коллизионных правилах).

2.9. Закон, регулирующий «существо» отношения (*lex causae*). Сфера применения закона:

- определение в соответствии с коллизионной нормой статута отношения;
- регулирование на его основе (поскольку не определено иное) вопросов, связанных с существом отношения.

2.10. Закон суда (*lex fori*) практически противостоит всем другим коллизионным привязкам. История международного частного права — это в значительной мере история взаимодействия закона суда и коллизионных привязок, отсылающих к любому, в том числе к иностранному, праву. Соотношение этих привязок, «пропорций», в которых законодатель распределяет между ними свои «приоритеты», и сегодня отличает одну от другой зарубежные правовые системы.

К коллизионным нормам, известным практически любой области отношений международного частного права (нормам общего характера), примыкают предназначенные для применения в отдельных сферах этих отношений *специальные коллизионные правила*. К ним относятся, например:

- закон места заключения брака (*lex loci celebrationis*);
- закон, применяемый в области международных трудовых отношений (*lex loci laboris*);

¹ См. перевод Н.Ю. Ерпылевой: Закон. 2008. № 10.

- закон флага (*lex banderae*), посредством которого решаются коллизионные вопросы в морском и воздушном праве, и некоторые другие.

Характеристика коллизионных норм как вспомогательных, отсылочных не отражает их действительного назначения в международном частном праве. *Коллизионная норма вместе с материально-правовой, обращение к которой завершает установление применимого права, образуют правило поведения участников соответствующего отношения.*

Осуществление коллизионной нормой регулятивной функции, таким образом, охватывает:

- 1) определение применимого права, т.е. определение статута отношения;
- 2) применение конкретных материально-правовых предписаний этого статута.

3. Коллизионные нормы бывают простые и сложные. *Структура простой коллизионной нормы* соответствует схеме «объем — привязка», *сложные коллизионные нормы* отличаются дифференцированным объемом или несколькими привязками.

Необходимость дифференциации объема коллизионной нормы с целью принятия справедливых, соответствующих разнообразным ситуациям решений, выделения отношений, отличающихся спецификой фактического состава, требующих специальных оснований для определения применимого права, обусловила появление **сочетаний коллизионных норм**. Статья 1219 ГК РФ являет собой пример такого сочетания.

Согласно этой статье к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившие 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.

Далее следует норма, предусматривающая изъятие из общего правила: к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда за границей, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны, применяется право этой страны.

В случае если стороны такого обязательства не являются гражданами одной и той же страны, но имеют место жительства в одной и той же стране, применяется право этой страны.

И в заключение — ограничение действия общих правил: после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда, стороны могут договориться о применении к обязательству, возникшему вследствие причинения вреда, права страны суда.

Сочетание коллизионных норм не всегда построено по принципу «общая норма — изъятие». Нередко коллизионные нормы относятся к разным сферам однородных отношений и лишь взятые вместе охватывают весь объем таких отношений.

Важный этап в совершенствовании коллизионного способа регулирования связан с переходом в отдельных сферах гражданско-правовых отношений от обособленных коллизионных норм к их **системным образованиям (объединениям, ассоциациям)**, действующим как единый механизм, элементы которого взаимосвязаны и взаимообусловлены. Для таких образований характерны:

- общее (генеральное) правило и исключения из него, в свою очередь разветвляющиеся по направлениям;
- обращение к дополнительным (субсидиарным) привязкам, их дифференциация;
- определение общих принципов, которым должны соответствовать привязки-исключения и субсидиарные привязки (начала «характерного исполнения», «решающего исполнения» и др.).

Системные образования коллизионных норм стали достоянием не только внутреннего законодательства (законы о международном частном праве Венгрии и Швейцарии), но и ряда известных международных договоров (например, Конвенция о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям, 1971 г.¹, Конвенция о праве, применимом к ответственности изготовителя, 1973 г.).

Критика в доктрине «жесткости» классических коллизионных начал «подвигла» практику в США, европейских и иных странах на создание нового поколения коллизионных правил — «гибких» колли-

¹ См.: <<http://infopravo.by.ru/fed1991/ch04/akt16391.shtml>>.

зионных норм (право, свойственное данному контракту, право страны, с которой отношение наиболее тесно связано, и др.).

О широкой географии обращения к норме, отсылающей к праву страны, с которой отношение наиболее тесно связано, свидетельствует уже одно перечисление (далеко не исчерпывающее) предусмотревших ее правовых актов: Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г., т.е. Римская конвенция, взамен которой принят Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. № 593/2008 «О праве, применимом к договорным обязательствам» («Рим II»); Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г.; законы о международном частном праве Австрии, Венгрии, Швейцарии, Гражданский кодекс Квебека. В США второй Свод законов о конфликте законов не только воспринял эту норму, но и придал ей статус одного из основных коллизионных начал.

Раздел VII «Международное частное право» Модели ГК для стран СНГ включил (ст. 1194) «гибкое» коллизионное правило в общие положения: если по правилам раздела невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право, наиболее тесно связанное с соответствующими гражданско-правовыми отношениями, осложненными иностранным элементом.

Раздел VI «Международное частное право» ГК РФ предусматривает обращение к «гибкой» коллизионной норме в случаях, перечень которых по сравнению с Моделью ГК для стран СНГ значительно расширен. Он охватывает следующие решения коллизионной проблемы:

- если в соответствии с правилами раздела невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано;
- если в соответствии с правом страны, в которой действуют несколько правовых систем, невозможно определить, какая из них подлежит применению, применяется правовая система, с которой отношение наиболее тесно связано;
- при применении права какой-либо страны суд может принять во внимание императивные нормы права другой страны, имеющей тесную связь с отношением;

Рекомендуемая литература

- при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан;
- к договору, содержащему элементы различных договоров, применяется, 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;
- при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору в отношении недвижимого имущества применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан.

При этом в отдельных случаях формулируются презумпции, подсказывающие, какое право следует понимать под «правом страны, с которой отношение наиболее тесно связано». Так, правом страны, с которой договор наиболее тесно связан, по общему правилу считается, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

Контрольные вопросы

1. Каково строение коллизионной нормы?
2. Чем отличается двусторонняя коллизионная норма от односторонней?
3. В чем выражается регулятивная функция коллизионной нормы?
4. Что такое формула прикрепления? Как обозначаются формулы прикрепления?
5. Какие коллизионные нормы получили название «гибкие»?
6. Какое значение придается в разд. VI ГК РФ началу, отсылающему к праву страны, с которой отношение наиболее тесно связано?

Рекомендуемая литература

1. Богуславский М.М. Международное частное право: практикум. М., 2002.
2. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004.

3. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI: Международное частное право. Комментарий и постатейные материалы / отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004.*
4. *Гуреев С.А. Коллизионные проблемы морского права. М., 1972.*
5. *Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007.*
6. *Звеков В.П. Некоторые особенности новой кодификации норм международного частного права // Юрист-международник. 2003. № 1.*
7. *Канашевский В.А., Толстых В.Л. Практикум по международному частному праву. М., 2006.*
8. *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002.*
9. *Марышева Н.И., Звеков В.П. Новая кодификация норм международного частного права // Хозяйство и право. 2002. № 4, 5, 6.*
10. *Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев. М., 2007.*
11. *Международное частное право: иностранное законодательство / предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.*
12. *Международное частное право: современная практика: сборник статей / под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. М., 2000.*
13. *Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984.*
14. *Садиков О.Н. Коллизионные нормы в современном международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1982. М., 1983.*
15. *Тилле А.А. Время, пространство, закон. Действие советских законов во времени и пространстве. М., 1965.*
16. *Тихомиров Ю.А. Согласованность и коллизии норм // Московский журнал международного права. 1996. № 2.*
17. *Тихомиров Ю.А. Юридическая коллизия. М., 1994.*
18. *Sadikov O.N. Kodifikation des Internationalen Privatrechts Russlands // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. Bd. 67 (2003), Heft 2.*

Глава 4

Взаимность

в международном частном праве. Действие коллизионной нормы

§ 1. Взаимность

Обусловлено ли применение иностранного права, к которому отсылает российская коллизионная норма, взаимностью? Должен ли российский суд, прежде чем обратиться, следуя велению коллизионной нормы, к иностранному праву, установить, применяется ли в соответствующей стране в сходной ситуации российское право? Зависит ли от этого обстоятельства решение суда: применить иностранное право или отказать в его применении?

Ответ на все эти вопросы опирается на начало, прочно закрепившееся в отечественной доктрине и практике: применение иностранного права, к которому отсылает коллизионная норма, носит **безусловный характер**. Выражением такого подхода к проблеме применения иностранного права являются правила ст. 1189 ГК РФ и ст. 1199 Модели ГК для стран СНГ, а также соответствующих статей гражданских кодексов Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Молдавии и Узбекистана.

Одно из этих правил, сформулированных в российском Гражданском кодексе, заключается в следующем: иностранное право подлежит применению независимо от того, применяется ли в соответствующем иностранном государстве к отношениям такого рода

российское право, за исключением случаев, когда применение иностранного права на началах взаимности предусмотрено законом.

Другое правило уточняет понимание такого исключения: если применение иностранного права зависит от взаимности, предполагается, что она существует, поскольку не доказано иное.

Тема взаимности в международном частном праве не ограничивается сферой действия коллизионных норм; она включает и вопросы применения материально-правовых предписаний, и, прежде всего, правил, определяющих гражданско-правовое положение иностранных физических и юридических лиц исходя из национального режима и режима наибольшего благоприятствования. В области частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, взаимности придается значение специального правового института, различающего «материальную» и «формальную» взаимность.

«Материальная» взаимность означает предоставление иностранным гражданам и юридическим лицам в стране пребывания правомочий, аналогичных тем, какие предоставляются местным гражданам и юридическим лицам в стране, к которой принадлежат эти иностранные лица. Различия в праве, естественно, ограничивают возможность сколько-нибудь широкого применения материальной взаимности, хотя и не исключают ее.

«Формальная» взаимность предполагает уравнивание иностранцев в стране пребывания в правах и обязанностях с местными гражданами и юридическими лицами. В международном частном праве преобладает определение правового режима иностранцев на основе «формальной» взаимности.

В этой широкой области отношений гражданско-правового характера обращение к формальной взаимности, т.е. уравнивание гражданско-правового статуса иностранцев и местных граждан, является безусловным. Это означает, что наделение иностранных граждан и иностранных юридических лиц равными с российскими гражданами и российскими юридическими лицами правами и обязанностями по общему правилу не зависит от того, как решается вопрос о правовом положении российских лиц в соответствующем иностранном государстве, и, следовательно, российский суд не должен участвовать в обсуждении вопроса о наличии взаимности в этом иностранном государстве, если иное не вытекает из федерального закона или международного договора РФ.

Обращение к институту взаимности может иметь место в сфере отношений международного гражданского процесса¹.

С вопросом о взаимности связано введение так называемых *ответных ограничений (реторсий)*. Реторсии являются правомерными с точки зрения международного права принудительными действиями государства, совершаемыми в ответ на дискриминационные акты другого государства. Речь идет именно о дискриминационных актах, т.е. об актах, специально нарушающих права и интересы граждан и организаций государства, вынужденного прибегнуть к реторсии, тогда как права граждан и организаций других иностранных государств не нарушаются. Ответные ограничения должны быть соразмерны и адекватны.

В ГК РФ (ст. 1194) реторсии определяются как устанавливаемые Правительством РФ ответные ограничения в отношении имущественных и личных неимущественных прав граждан и юридических лиц тех государств, в которых имеются специальные ограничения имущественных и личных неимущественных прав российских граждан и юридических лиц.

Сходные нормы предусматриваются в ст. 1203 Модели ГК для стран СНГ, соответствующих статьях гражданских кодексов Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Молдавии, Узбекистана. Об основаниях и порядке введения ответных мер (ответных ограничений) говорится в Федеральном законе от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» (ст. 40)², АПК РФ (ч. 4 ст. 254)³, ГПК РФ (ч. 4 ст. 398)⁴, некоторых других федеральных законах.

Несоблюдение иностранным государством общепризнанных принципов и норм международного права в области основных прав и свобод человека и гражданина в отношении соотечественников является, как об этом сказано в Федеральном законе от 24 мая 1999 г. № 99-ФЗ «О государственной политике Российской Федерации в от-

¹ См.: Муранов А.И. Международный договор и взаимность как основания приведения в исполнение в России иностранных судебных решений. М., 2003.

² СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4850.

³ СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

⁴ СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

пошении соотечественников за рубежом»¹, достаточным основанием для принятия органами государственной власти Российской Федерации предусмотренных нормами международного права мер по защите интересов соотечественников.

Взаимность (в различных формах и объемах) известна и другим областям права. В более широком плане взаимность — одно из начал международного сотрудничества, позволяющее обеспечивать на основе равенства и взаимной выгоды права и интересы государств, их граждан и организаций.

§ 2. Квалификация юридических понятий коллизионной нормы

Применению коллизионной нормы, как и любой другой нормы права, предшествует ее толкование. Особенности толкования коллизионных норм объясняются их назначением — решить коллизионную проблему, определить применимое право. От правильного, точного и единообразного применения коллизионной нормы зависит эффективность защиты субъективных прав участников частноправовых отношений.

Уяснение коллизионной нормы предполагает обращение ко всем ее элементам (и, прежде всего, к юридическим понятиям, образующим ее главные структуры, — объем и привязку) или, как принято говорить, к **квалификации понятий** такой нормы.

Квалификация понятий коллизионной нормы иногда осложняется «**конфликтом квалификаций**» («**скрытыми коллизиями**»), возникающим вследствие различий в определении этих понятий разнонациональными правовыми системами.

Преодоление «конфликта квалификаций» — предпосылка определения подлежащей коллизионной нормы, установления применимого права.

Проблема квалификации подлежит рассмотрению в двух основных ракурсах:

- 1) квалификация понятий объема коллизионной нормы;
- 2) квалификация понятий, составляющих ее привязку.

¹ СЗ РФ. 1999. № 22. Ст. 2670.

Иллюстрацией к проблеме может служить рассмотрение в судах вопросов исковой давности. В странах романо-германской правовой системы исковая давность определяется как институт материального права. Аналогична квалификация этого института и по российскому гражданскому праву (гл. 12 ГК РФ).

Право этих стран признает возможность возникновения коллизии законов, содержащих материальные предписания по вопросам исковой давности, и допускает применение в силу коллизионных норм как отечественных, так и иностранных законов, относящихся к этому институту.

Квалификация исковой давности как процессуального института характерна для англо-американского права; следствием такого подхода является подчинение вопросов исковой давности юрисдикции страны суда, «вынесение» проблемы за рамки коллизионного права. Но в Законе Великобритании об иностранных сроках исковой давности 1984 г. решаются вопросы, связанные с применением судами Англии и Уэльса иностранного права об исковой давности¹.

Означают ли упомянутые различия, что, например, в российском суде не должны применяться сроки исковой давности, квалифицируемой как институт процессуального права?

Согласно ст. 1208 ГК РФ исковая давность определяется по праву страны, подлежащему применению к соответствующему отношению, и таким правом может быть право, придерживающееся процессуальной квалификации исковой давности.



Вопрос о применении английских сроков исковой давности обсуждался во Внешнеторговой арбитражной комиссии (ВТАК) при рассмотрении дела по иску британской фирмы «Хьюсон, Чэпмен энд Ко Лтд» к В/О «Экспортлес» (1966 г.). Контракт был заключен

¹ См.: *Международное частное право: иностранное законодательство* / предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. С. 211–213.

К. Шмиттгофф пишет: «...В английском международном частном праве на основании Закона об иностранных исковых сроках от 1984 г. правила, которые относятся к исковым срокам, считаются относящимися к материальному праву... а не к процессуальным нормам» (*Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли* / пер. с англ. М., 1993. С. 365). О примерах отказа американских судов от процессуальной концепции исковой давности см.: *Садилов О.Н., Краснова Н.Л. Исковая давность в международном частном праве* // *Российский ежегодник международного права*. 1992. СПб., 1994. С. 139–142.

в Лондоне, и арбитражная комиссия применила английский шестилетний срок исковой давности, отклонив возражения ответчика, основанные на доводе об истечении трехлетнего срока исковой давности, предусмотренного советским законом¹. Решение ВТАК опиралось на обобщенное понимание исковой давности как срока, истечение которого препятствует принудительному осуществлению права, на использование категорий сравнительного правоведения.

Трудности бывают и при толковании понятий, образующих привязки коллизионных норм, отсылающие к законам места жительства, места заключения договора, места совершения правонарушения и т.д. Эти и иные привязки, казалось бы, простые для понимания, могут повлечь, в зависимости от их толкования, принятие неоднозначных решений. Так, место заключения контракта во многих странах континентальной Европы понимается как место получения акцепта оферентом. В английском праве применяется доктрина «почтового ящика»: местом заключения контракта считается место, откуда был отправлен акцепт. Таким образом, обращение к одной и той же коллизионной норме, подчиняющей права и обязанности сторон контракта праву места его заключения, приведет в зависимости от квалификации понятия места заключения контракта к различным результатам.

Еще один пример, связанный с квалификацией понятий привязки коллизионной нормы, отсылает нас к старейшему коллизионному правилу, действующему в области деликтных обязательств, — закону места совершения деликта.



На территории штата Оклахома (США) от искры паровоза, следовавшего из штата Канзас, загорелся жилой дом на ферме истца. По мнению М. Вольфа, французская доктрина (в отличие от американского суда, решившего, что правонарушение было совершено в Оклахоме) объявила бы местом деликта Канзас, а германский суд решил бы, что деликт был совершен в обоих штатах и что истец может сослаться на любую из двух правовых систем².

¹ См.: *Арбитражная практика ВТАК*. Ч. V. М., 1975. С. 90–94.

² См.: *Вольф М.* Международное частное право. М., 1948. С. 526.

Метод автономной квалификации понятий коллизионной нормы (квалификации, осуществляемой независимо от материальных норм внутреннего права, на основе обобщения понятий разнонациональных правовых систем) был предложен известным немецким правоведом Э. Рабелем и нашел поддержку в отечественной доктрине¹. Иное, критическое, отношение встретила позиция М. Вольфа, предпочитавшего решать проблему квалификации на основе *lex causae*, т.е. в соответствии с понятием того права, к которому отсылает коллизионная норма: ведь такое право еще предстоит определить.

Квалификацию понятий, образующих привязку коллизионной нормы, в отечественной литературе предлагалось осуществлять (в отличие от квалификации понятий объема коллизионной нормы), руководствуясь *законом суда*, т.е. путем использования тех же понятий, которые содержатся во внутреннем гражданском (семейном, трудовом) праве данной страны, поскольку здесь требуется «полная точность указаний о применении права»².

Стремлением избежать «конфликта квалификаций», обеспечить большую предсказуемость, определенность при решении коллизионной проблемы объясняется наметившаяся в зарубежном законодательстве тенденция подчинять закону суда толкование понятий не только привязки, но и объема коллизионной нормы. Следуя этому подходу, Модель ГК для стран СНГ предложила основывать правовую квалификацию юридических понятий на их толковании в соответствии с правом страны суда, если иное не предусмотрено законом.

¹ См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. Т. 3. С. 256–259.

Позднее в своей статье «К вопросу о „квалификации“ в международном частном праве» Л.А. Лунц отмечал: «Большинство авторов на Западе считают, что учение Рабеля практически неосуществимо, так как нельзя требовать от суда знания и применения методов сравнительного правоведения». И далее: «Сказанное до сих пор относится к определению тех понятий, с помощью которых устанавливается объем коллизионной нормы, т.е. круг отношений, для которых привязка коллизионной нормы указывает подлежащее применению право. Именно для определения этого круга отношений применяются соответствующие общие понятия» (Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980. С. 214, 217).

² О квалификации по закону суда юридических понятий, составляющих привязку коллизионной нормы, и о необходимости устанавливать в таких случаях точные признаки для выбора закона см. упоминавшуюся статью Л.А. Лунца «К вопросу о „квалификации“ в международном частном праве» (Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980. С. 217).

Если юридические понятия не известны праву страны суда или известны под другим названием либо с другим содержанием и не могут быть определены путем толкования по праву страны суда, то при их правовой квалификации может также применяться право иностранного государства.

Редакция ст. 1187 ГК РФ, воспроизводя в основном правила Модели ГК для стран СНГ, более тесно увязывает их с решением коллизионной проблемы, определением применимого права. Согласно п. 1 этой статьи при определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий осуществляется в соответствии с российским правом, если иное не предусмотрено законом. Иное предусмотрено, в частности, в ст. 1205 и 1208 ГК РФ, исходящих из квалификации понятий «недвижимое» и «движимое» имущество по праву страны, где это имущество находится, а понятия «исковая давность» — по праву страны, применимому к соответствующему отношению (квалификации *lege causae*).

Если при определении права, подлежащего применению, юридические понятия, требующие квалификации, не известны российскому праву или известны в ином словесном обозначении либо с другим содержанием и не могут быть определены посредством толкования в соответствии с российским правом, то при их квалификации *может применяться иностранное право*.

В тех случаях, когда коллизионная проблема решена и определено применимое право, последующее толкование понятий коллизионной нормы («вторичная квалификация») допустимо лишь в соответствии с применимым правом, если федеральным законом и международным договором РФ не предусмотрено иное.

Особая тема — квалификация понятий коллизионных норм международных договоров. Толкование коллизионных, как и материальных, норм международного договора должно соответствовать условиям договора и международному праву.

§ 3. Обратная отсылка и отсылка к закону третьей страны

Обратная отсылка (*renvoi* первой степени) и отсылка к закону третьей страны (*renvoi* второй степени) — одно из наиболее сложных явлений в международном частном праве. Впрочем, вопрос, который

должен быть предпослан изучению этого явления, звучит довольно просто и ясно: является ли отсылка коллизийной нормы к иностранному праву отсылкой не только к его материальным, но и к его коллизийным правилам?

В последнем случае поиск применимого правила должен быть продолжен, но уже в направлении, указываемом иностранным коллизийным правилом, т.е. либо к *материальному праву страны*, которой принадлежит это правило, либо *обратно к закону страны суда* (обратная отсылка), либо, наконец, к *закону третьей страны*.

Подлежит ли обратная отсылка (или отсылка к закону третьей страны) принятию? Результатом принятия отсылки является применение материального права страны суда или третьей страны.

Представим себе, что обратная отсылка (или отсылка к закону третьей страны) понимается как отсылка к праву страны суда или праву третьей страны опять-таки в целом, включая его коллизийные нормы. Но тогда... тогда поиск применимого права начинается сначала, и ассоциации его с игрой в «пинг-понг» не кажутся смелыми. Разумеется, эта «игра» может быть приостановлена уже на первом этапе, если определить первичную отсылку к иностранному праву как отсылку исключительно к его материальным нормам. Естественно, что при такой направленности отсылки проблема, обозначенная в названии параграфа, автоматически снимается¹.

Разброс мнений в оценке *renvoi* соответствует сложившимся в разных правовых системах различиям в подходах к *пределам* и *последствиям* принятия обратной отсылки (или отсылки к закону третьей страны). Особенности правового регулирования проблемы выражаются в неоднозначном отношении к принятию отсылок и к определению круга отношений, в сфере которых допускается их принятие.

¹ Как замечает М. Вольф, в XIX в. первыми решениями, в которых шла речь о применении обратной отсылки (без употребления этого термина), были три решения английских судов (1841, 1847 и 1877 гг.) и одно решение германского суда (1861 г.). Но «правовая доктрина не уделила никакого внимания этим английским решениям...» Выявление проблемы *renvoi* началось с горячей дискуссии, поднявшейся вокруг французского дела Форго (см.: Вольф М. Указ. соч. С. 212, 213). О деле Форго (1878 г.) см.: Богуславский М.М. Международное частное право: практикум. С. 31, 32.

См.: Ли Мин Ян. Сравнение обратной отсылки в законодательстве Китая и России // Вестник Московского университета. 2008. № 2. Серия 11 «Право».

Один из старейших законов о международном частном праве — закон Польши (1965 г.) исходит из принятия как обратной отсылки, так и отсылки к закону третьего государства. Законы о международном частном праве Венгрии и о международном частном праве и международном гражданском процессе Турции допускают принятие только обратной отсылки.

Из Вводного закона к Германскому гражданскому уложению следует: если германское право отсылает к праву другого государства, то применяется и его международное частное право, поскольку это не противоречит смыслу коллизионной нормы; но если право иностранного государства отсылает обратно к германскому праву, то применяются нормы германского материального права. В случаях, когда сторонам разрешается выбрать право какого-либо государства, их выбор ограничивается лишь материальным правом.

Тенденция к ограничению объема отношений, в сфере которых принимаются обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства, выражена в Законе о международном частном праве Швейцарии. Закон допускает принятие отсылок лишь в случаях, им предусмотренных. К таким случаям отнесено принятие обратной отсылки к швейцарскому закону, регулирующему вопросы гражданского состояния.

Проблему обратной отсылки и отсылки к закону третьей страны снимает правило ст. 3080 книги десятой «О международном частном праве» Гражданского кодекса Квебека: в случае когда в соответствии с положениями этой книги подлежит применению право другой страны, таким правом является внутреннее право этой страны, за исключением коллизионных норм.

Непринятие обратной отсылки наиболее стойко проявляется в области договорных отношений. В качестве основополагающего начала в этой области выступает принцип автономии воли сторон, позволяющий сторонам подчинить свои отношения по контракту той или иной правовой системе. Истолкование выбора сторон как относящегося не только к материально-правовым, но и к коллизионным предписаниям этой системы делает такой выбор, по существу, беспредметным, лишает его определенности. Средством, способным предотвратить «опасность» неопределенности в выборе права, могущей возникнуть вследствие обращения к иностранной коллизионной норме, служит квалификация применимого права, избранного сторонами, лишь как материального. Соответствующие пояснения

приводятся в ряде международных договоров о международных коммерческих контрактах.

Например, Конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г.¹ предусматривает регулирование купли-продажи внутренним правом страны, указанной договаривающимися сторонами.

В Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. термин «право» означает действующее в государстве право, за исключением коллизионных норм.

Согласно Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. [заменена Регламентом (ЕС) Европейского регламента и Совета от 17 июня 2008 г. № 593/2008 «О праве, применимом к договорным обязательствам («Рим I»)] применение права любой страны означает применение действующих в этой стране норм — иных, чем нормы международного частного права (т.е. коллизионные нормы).

Для целей Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. термин «право» понимается как относящийся к действующему в государстве праву, исключая его коллизионные нормы.

Коллизионная норма, отсылающая к материальному праву страны продавца, в Общих условиях поставок СЭВ 1968/1988 гг.², Общих условиях поставок СЭВ — Финляндия 1978 г.³, Общих условиях поставок СССР — КНДР 1981 г.⁴ исключает обращение к *renvoi* по вопросам, которые не урегулированы или не полностью урегулированы контрактами либо этими Общими условиями.

Правило о принятии обратной отсылки содержит *Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях*, 1930 г.⁵ (Российская Федерация участвует в этой Конвенции). Способность лица обязываться по переводному или

¹ См.: Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 1996. С. 204–208.

² Сборник международных договоров СССР. Вып. XLV. М., 1991. С. 348–379.

³ См.: Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. С. 355–389.

⁴ См.: Там же. С. 252–290.

⁵ Вестник ВАС РФ. 1995. № 1. С. 125–129.

простому векселю подчинена в Конвенции его национальному закону, а в случае отсылки национального закона к закону другой страны — этому последнему.

В российском законодательстве о международном частном праве до введения в действие разд. VI части третьей ГК РФ отсутствовала общая норма, определяющая отношение к обратной отсылке и отсылке к закону третьей страны, — подобная тем, что включены в законы о международном частном праве ряда стран. Не восполнял пробела и действующий Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже», сфера применения которого ограничена рамками деятельности этого арбитража. Исходя из того что третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора, Закон (ст. 28) уточняет: «Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам». Сфера применения этого правила, как и других норм Закона, обозначена в его ст. 1, предусматривающей, в частности, какие споры могут по соглашению сторон передаваться в международный коммерческий арбитраж.

Позиция данного российского закона, подготовленного на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г.¹, отражает сложившееся в зарубежной и отечественной практике негативное отношение к принятию обратной отсылки в области международных коммерческих сделок.



Примечательно в связи с этим дело по иску английской фирмы «Ромулус Филмс Лтд» к В/О «Совэкспортфильм», рассмотренное в 1967 г. Внешнеторговой арбитражной комиссией. Обсудив довод истца о принятии обратной отсылки английского права как права места совершения сделки к советскому праву, ВТАК заключила: «Как бы ни решался этот вопрос по английскому коллизионному праву, принятие обратной отсылки во всяком случае зависит только от советского коллизионного права, а советское коллизионное право, в согласии с господствующей доктриной и практикой, не применяет категории обратной отсылки при разрешении

¹ Комиссия ООН по праву международной торговли. Ежегодник. 1985 г. Т. XVI. Нью-Йорк: ООН, 1988. С. 601–612.

споров по внешнеторговым сделкам, за исключением случаев, предусмотренных в заключенных СССР международных договорах». Далее ВТАК в своем решении сослалась на книгу Л.А. Лунца «Международное частное право», а также на работы Хелла, Фальконбриджа и Батиффоля¹.

Отношение отечественной доктрины к проблеме обратной отсылки раскрыто в выводах, сделанных в разное время ее известными представителями. Их общая доминанта сводилась к следующему: если отечественная коллизионная норма отсылает к иностранному праву, а последнее отказывается регулировать соответствующее отношение, нет основания не применять отечественное право².

Высказывались также соображения о возможности дифференцированного (применительно к видам коллизионных норм) подхода к проблеме. Соглашаясь с тем, что привязка к иностранному праву охватывает и законы о действии норм гражданского права во времени и пространстве (поскольку иное не указано в соответствующей коллизионной норме), Л.А. Лунц писал: «Но логически допустимо и иное решение: можно сказать, что так как для суда, рассматривающего дело, вопрос о пределах применения иностранных законов уже решен отечественной коллизионной нормой, то не должна применяться иностранная коллизионная норма. Логически возможно любое из двух решений вопроса. Можно даже сказать, что для одного вида отечественных коллизионных норм будет допущено *renvoi*, а для другого — нет». И далее: «Выбор той или иной позиции в данном вопросе диктуется не соображениями логики (повторяем, с точки зрения формальной логики любая из точек зрения допустима), а только соображениями целесообразности»³.

Модель ГК для стран СНГ предложила принимать обратную отсылку и отсылку к праву третьей страны лишь в случаях применения

¹ См.: *Рамзайцев Д.Ф.* Применение международного частного права в решениях Внешнеторговой арбитражной комиссии при Всесоюзной торговой палате (Информационный обзор). Секция права Всесоюзной торговой палаты // *Сборник информационных материалов*. Вып. 23. М., 1970. С. 10.

² См.: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. С. 50; *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. С. 304, 306–308.

³ *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. С. 307.

иностранного права согласно правилам о личном законе физического лица, об определении гражданской дееспособности физического лица в отношении сделок и обязательств, возникающих вследствие причинения вреда, о признании физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным, о законе, применимом к правам физического лица на имя, его использование и защиту, а также к отношениям по опеке и попечительству. Любая иная отсылка к иностранному праву в соответствии с правилами разд. VII «Международное частное право» Модели ГК для стран СНГ должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву соответствующей страны.

Позиция Модели ГК для стран СНГ в своей основе была воспринята ГК РФ. В соответствии с правилом п. 1 ст. 1190 ГК РФ **любая отсылка к иностранному праву в соответствии с нормами разд. VI должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву соответствующей страны.**

Изъятие из этого правила, сформулированное п. 2 данной статьи, позволяет заключить следующее:

- 1) разрешая, как исключение, обращение в ограниченных пределах к обратной отсылке, закон не обязывает к ее принятию: обратная отсылка всего лишь «может приниматься»;
- 2) обстоятельства, обуславливающие допустимость принятия в таких случаях обратной отсылки, не называются, но к их числу представляется обоснованным отнести наличие тесной связи отношения с российским правопорядком, а также возможность обеспечения на его основе правового режима, более благоприятного для физического лица [в этом плане заслуживает внимания решение коллизионной проблемы в п. 3 ст. 1199 ГК РФ, позволяющей применять к отношениям между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), имеющим место жительства в Российской Федерации, российское право, если оно для этого лица более благоприятно];
- 3) обращение к обратной отсылке может иметь место лишь с соблюдением двух взаимодополняющих условий, и их отсутствие препятствует ее применению:
 - а) необходимо, чтобы иностранное право отсылало к российскому праву, определяющему правовое положение физического лица (в значении, которое понятию «право-

вое положение» придается в гл. 67 ГК РФ «Право, подлежащее применению при определении правового положения лиц»);

б) не по всем соответствующим вопросам его статуса, а лишь по вопросам, относящимся к сфере действия ст. 1195–1200 ГК РФ;

4) принятие отсылки к праву третьей страны — в отличие от Модели — полностью исключается.

Модель ГК для стран СНГ, а также гражданские кодексы Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Узбекистана разрешают принятие (по существу в тех же, что и в п. 2 ст. 1190 ГК РФ, пределах, хотя и в иной редакции) не только обратной отсылки, но и отсылки к праву третьей страны. Гражданский кодекс Армении не содержит каких-либо исключений из запрета на принятие отсылок.

§ 4. Императивные нормы

Механизмы, определяющие пределы и условия применения коллизионных норм, действуют разными способами и в разных направлениях:

- в одних случаях они служат целям уяснения содержания коллизионных правил;
- в других — ориентированы на полное и точное их применение;
- в третьих — ограничивают или исключают их действие, например, при квалификации применимого права как материального и непринятии в связи с этим обратной отсылки, при ограничении автономии воли сторон пределами обязательственного статута, обращении к оговорке о публичном порядке, ответным ограничениям (реторсиям) и др.

Каждый из названных способов ограничения действия коллизионной нормы имеет свою сферу применения.

За рамками этих способов остаются «строго императивные», «сверхимперативные» нормы права страны суда, поскольку они не подпадают под понятие «публичный порядок», определяемый в российском законодательстве как «основы правопорядка». Между тем такие нормы (и более того, «сверхимперативные» нормы права тре-

твей страны) способны в ряде случаев ограничивать начало автономии воли сторон и действие иных коллизионных правил¹.

В последние десятилетия вопрос о взаимодействии коллизионных и императивных норм материального права перешел из области теоретических изысканий в область практики. Обладают ли коллизионные нормы приоритетом по отношению к императивным материально-правовым предписаниям или последние в силу своих особых свойств способны в некоторых случаях вытеснять первые? И доктрина, и практика многих стран сходятся во мнении о существовании «сверхимперативных» норм, которые, не являясь частью «публичного порядка» и функционируя помимо «публичного порядка», действуют в сфере международного частного права (принадлежа к ней) независимо от коллизионных правил, практически устраняя их.

Идея приоритета «сверхимперативных» норм в той или иной форме и в различных пределах нашла выражение в Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским договорам, 1978 г.²; Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., предусматривавшей применение императивных норм не только страны суда, но и третьей страны; Гаагской конвенции о праве, применимом к отношениям по доверительной собственности, и их признании 1985 г.³; Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г.⁴; Межаме-

¹ О проблемах, связанных с применением императивных норм, см.: *Садиков О.Н.* Императивные нормы в международном частном праве // *Московский журнал международного права*. 1992. № 2. С. 71–84; *Жильцов А.П.* Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве // *Законодательство и экономика*. 1997. № 23–24. С. 37–48; *Он же.* Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998; *Он же.* Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже // *Международный коммерческий арбитраж*. 2004. № 2; *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. М., 2002. С. 135, 136, 149; *Розенберг М.Г.* Международный договор и иностранное право в практике международного коммерческого арбитражного суда. М., 1998. С. 20–27, 131, 132.

² <<http://www.miripravo.ru/forms/agent/0.htm>>.

³ Treaty Series. Vol. 1664. New York United Nations, 2000. P. 311–335.

⁴ *Розенберг М.Г.* Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. С. 209–220.

риканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г.; во Вводном законе к Германскому гражданскому уложению (в рамках договорного права); Законе о международном частном праве Швейцарии; Гражданском кодексе Квебека.

Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. № 593/2008 «О праве, применимом к договорным обязательствам» («Рим I»), заменивший Римскую конвенцию, определил «преобладающие императивные положения».

Положения ст. 7 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. получили отражение в ст. 1201 Модели ГК для стран СНГ, а затем (с некоторыми изменениями) и в разд. VI «Международное частное право» части третьей ГК РФ.

Положения ст. 1192 ГК РФ по вопросу о применении императивных норм таковы:

- 1) правила раздела «Международное частное право» не затрагивают действие тех императивных норм законодательства РФ, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права;
- 2) при применении права какой-либо страны согласно правилам указанного раздела суд может принять во внимание императивные нормы права другой страны, имеющие 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 видно, в п. 1 ст. 1192 ГК РФ выделяются **два критерия для определения круга «сверхимперативных» норм:**

- 1) один основывается на указании об этом в самих нормах;
- 2) другой обозначается с помощью пояснения: «ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота».

Термин «особое значение» позволяет, на наш взгляд, отнести к правилам такого рода гражданско-правовые установления, которые, оставаясь частью гражданского права, выражают публично-правовые интересы, выступают как бы продолжением публично-правовых на-

чал в частном праве. В качестве таких правил могут рассматриваться, например: положения п. 3 ст. 1 (о свободном перемещении товаров, услуг и финансовых средств на всей территории Российской Федерации); п. 3 ст. 162 (о последствиях несоблюдения простой письменной формы внешнеэкономической сделки); ст. 208 (о требованиях, на которые исковая давность не распространяется) ГК РФ¹.

В одной из редакций проекта статьи об императивных нормах части третьей ГК РФ (редакция от 23 октября 1996 г.) к их числу были отнесены, в частности, нормы об основных началах гражданского законодательства (ст. 1 ГК РФ), о пределах осуществления гражданских прав (п. 1 ст. 10), о недействительности сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности (ч. 1 ст. 169), о свободе договора (п. 1 ст. 421).

В определенной степени рассматриваемая тема была «озвучена» еще в действовавшем ранее КТМ СССР² (ст. 15). Кодекс допускал включение в предусмотренные им договоры условия о применении иностранных законов и обычаев торгового мореплавания в случае, когда сторонам договора разрешалось в соответствии с Кодексом отступать от установленных им правил.

Главы VIII «Договор морской перевозки груза» (ст. 116), IX «Договор морской перевозки пассажира» (ст. 178), XV «Договор морского страхования» (ст. 247) Кодекса торгового мореплавания РФ содержат правила, применяемые, если соглашением сторон не установлено иное. Но в случаях, прямо указанных в этих главах, соглашение сторон, не соответствующее предусмотренным в них правилам, является ничтожным. Согласно ст. 414 (п. 2) стороны договора, пред-

¹ В работе, изданной до введения в действие части третьей ГК РФ, М.Г. Розенберг отмечал: «Стороны не могут своим соглашением о применимом праве исключить действие императивных норм законодательства Российской Федерации, которые вследствие указания в самой норме или ввиду ее особого значения для обеспечения прав и охраняемых законом интересов гражданского оборота регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. Хотя это положение прямо не указано в действующем российском законодательстве (оно включено в проект части третьей ГК РФ), МКАС в своей практике всегда исходил из него (так же, как ВТАК и АС при ТПП). Особенно часто этот вопрос возникал применительно к форме и порядку подписания внешнеэкономических сделок» (*Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. М., 2000. С. 20*).

² *Свод законов СССР. Т. 8. С. 123.*

усмотренного Кодексом, могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по данному договору. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяются правила Кодекса; наличие такого соглашения не может повлечь за собой устранение или уменьшение ответственности, которую в соответствии с Кодексом перевозчик должен нести за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа либо просрочку их доставки. Статья 416 КТМ РФ разрешает сторонам трудового договора выбирать право, подлежащее применению к отношениям между судовладельцем и членами экипажа судна. Однако такой выбор 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.

В зарубежной литературе к «сверхимперативным» нормам гражданского права причислялись, например, некоторые правила о давности, защите прав потребителей, форме сделок, антитрестовского законодательства; отмечалось значение «сверхимперативных» норм для хозяйственно-политических целей, защиты слабой стороны в договорных отношениях.

Краткую характеристику «сверхимперативных» норм могли бы составить следующие данные:

- 1) источник норм — *lex fori*, *lex causae* или право третьей страны;
- 2) назначение норм — защита публичных, общественно значимых интересов, интересов «слабой стороны»;
- 3) правовая природа — «пограничье» частного и публичного права:
 - а) нормы частного права, являющиеся продолжением публично-правовых начал;
 - б) нормы публичного права, воздействующие на частноправовые отношения;
- 4) «сверхимперативная» норма (норма «непосредственного применения») применяется на начальной стадии преодоления коллизионной проблемы и устраняет действие коллизионной нормы.

§ 5. Оговорка о публичном порядке

Оговорка о публичном порядке (*ordre public*, *public policy*, *Vorbehaltss-klausel*) известна едва ли не любой правовой системе, располагающей своим коллизионным правом. **Назначение оговорки — исключить применение иностранного закона, несовместимое с публичным порядком страны суда.** Страховочный характер оговорки связан с неопределенностью круга законов, к которым отсылает коллизионная норма.

Формула оговорки о публичном порядке в отечественном праве не была неизменной. В Основях ГЗ 1961 г. (ст. 128) ей была придана следующая редакция: «Иностранный закон не применяется, если его применение противоречило бы основам советского строя». Аналогичным образом была изложена ч. 2 ст. 15 Кодекса торгового мореплавания СССР.

Серьезным изменениям определение оговорки было подвергнуто в Основях ГЗ 1991 г. (ст. 158). Во-первых, публичный порядок был обозначен термином «основы советского правопорядка» (вместо термина «основы советского строя»). Во-вторых, восполнен пробел, который может возникнуть в случае обращения к оговорке, — в этом случае подлежало применению отечественное право. В-третьих, законодатель внес в текст оговорки важное «разъяснение», исключающее ее неоправданно широкое применение: отказ в применении иностранного права не может быть основан лишь на отличии политической или экономической системы соответствующего иностранного государства «от политической или экономической системы СССР».

Модель ГК для стран СНГ, по существу, последовала положениям ст. 158 Основ ГЗ 1991 г. Дополнена редакция «разъяснения»: отказ в применении иностранного права не может быть основан лишь на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства.

В СК РФ правило, ограничивающее применение норм иностранного семейного права (ст. 167), в общем опирается на те же начала, что и ст. 158 Основ ГЗ 1991 г.: «Нормы иностранного семейного права не применяются в случае, если такое применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В этом случае применяется законодательство Российской Федерации».

В ст. 1193 ГК РФ чрезвычайность обращения к оговорке о публичном порядке выражена подчеркнуто сильнее, чем в Основях

ГЗ 1991 г. и Модели ГК для стран СНГ. Норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами этого раздела, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации.

«Мягче», чем в Основах ГЗ 1991 г. и Модели для стран СНГ, по примеру австрийского закона о международном частном праве, определено в ст. 1193 ГК РФ последствие применения оговорки: в этом случае *при необходимости* применяется соответствующая норма российского права. Данное правило не исключает, таким образом, обращения к иной норме соответствующего иностранного права, применение которой не противоречит основам российского правопорядка.

Соответствует Модели ГК для стран СНГ заключительное правило об оговорке: отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан лишь на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации.

Следует обратить внимание на принципиальное значение указания на **допустимость обращения к оговорке именно в случае постановки вопроса о применении иностранного права**. Например, семейному праву в России неизвестен институт полигамного брака. Взыскание же в российском суде алиментов на содержание ребенка, родившегося в таком браке, заключенном в государстве, допускающем полигамный брак, отнюдь не означает применение закона этого государства о полигамном браке и, следовательно, не может рассматриваться в качестве основания для обращения к оговорке о публичном порядке. Речь идет о признании в российском суде не противоречащих российскому праву последствий уже состоявшегося за рубежом применения упомянутого закона.

2. Идея оговорки, ее история неразрывно связаны со становлением двух концепций публичного порядка: позитивной и негативной.

Позитивная концепция (именуемая по ее происхождению «франко-итальянской»¹) строится на понимании публичного порядка как со-

¹ Практика истолкования правила ст. 6 Французского гражданского кодекса («Нельзя нарушать частными соглашениями законы, затрагивающие обществен-

вокупности материально-правовых норм и принципов страны суда, исключающих применение коллидирующей нормы иностранного права независимо от ее свойств.

Негативная концепция (ее истоки следует искать в германской доктрине и Вводном законе к Германскому гражданскому уложению) усматривает основания для неприменения иностранной правовой нормы в свойствах самой этой нормы, делающих ее неприменимой.

Почти повсеместно оговорка о публичном порядке закрепляется в негативном варианте, что предопределено самим механизмом обращения к иностранному праву на основе коллизионных норм. «Если исходить из логической посылки о том, что оговорка о публичном порядке вступает в силу исключительно при наличии коллизионной отсылки к иностранному праву, то следует прийти к заключению о том, что оговорка может существовать и фиксироваться в законодательстве лишь в негативном варианте»¹.

Негативный вариант оговорки о публичном порядке выражен в российском законодательстве, законодательстве многих зарубежных стран, ряде международных договоров. Так, из ст. 16 (*Ordre public*) Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. следует, что в применении нормы права, определяемого в соответствии с Конвенцией, не может быть отказано, кроме случая, когда такое применение явно несовместимо с *ordre public* страны суда. Сходные начала выражены в упомянутых регламентах Европейского парламента и Совета «Рим I», заменившем Римскую конвенцию 1980 г., и «Рим II».

Термины «явно несовместимо», «несовместимо» позволяют ограничить сферу обращения к оговорке, исключить ее широкое применение. То же относится и к редакции статей об оговорке в законах ФРГ и Австрии, которые не допускают применение нормы иностранного права, если это ведет к результату, явно несовместимому (несо-

ный порядок и добрые нравы») послужила основой для определения «внутреннего публичного порядка» (*ordre public interne*) и отправным началом для конструирования института «международного публичного порядка» (*ordre public international*).

¹ *Международное частное право: современные проблемы*: в 2 кн. Кн. 2. М., 1993. С. 196.

вместимому) с основными принципами германского права (основными началами австрийского правопорядка).

Содержащее оговорку правило, включенное в Конвенцию о праве, применимом к международной купле-продаже товаров 1955 г. (ст. 6), было воспринято рядом других многосторонних конвенций, унифицирующих коллизионные нормы в области международных коммерческих контрактов, включая упомянутые Конвенцию 1980 г. и Конвенцию Мехико 1994 г.

В судах западных стран оговорка о публичном порядке многократно использовалась для ограничения действия советских законов о национализации и непризнании права собственности советского государства на национализированное имущество. Поначалу эта практика, опиравшаяся не только на оговорку о публичном характере, но и на иные доводы (квалификация актов о национализации как карательных, ссылки на непризнание советского государства и др.), распространялась на любое национализированное имущество, независимо от того, где оно находилось в момент национализации, — на территории советского государства или за его пределами. В последующем практика стала склоняться к признанию права собственности советского государства на национализированное им имущество при условии, что в момент национализации имущество находилось в его пределах и лишь будучи национализированным оказывалось за границей, где бывшие собственники предъявляли виндикационные иски.



Переломным в этом отношении явилось решение Высшего суда Англии по делу «Акционерное общество А.М. Лютер против Джеймса Сегора и К^о» от 12 мая 1921 г., вынесенное, и это важно отметить, после заключения соглашения между РСФСР и Великобританией, по которому британская сторона признала *de facto* советское правительство¹. Высший суд Англии отказал бывшему собственнику в признании его прав на национализированные товары, вывезенные в Англию (речь шла о партии фанеры, которая ранее принадлежала акционерному обществу «А.М. Лютер», в момент национализации находилась на предприятии обще-

¹ См.: Луиц Л.А. Курс международного частного права. С. 280, 281; Сборник решений буржуазных судов по советским имущественным спорам. М., 1932; Сборник решений иностранных судов по спорам, касающимся имущественных интересов СССР. М., 1934.

ства в г. Новгороде, а позднее была продана британской фирме «Джеймс Сегор и К^о» и доставлена в Англию).

Среди наиболее известных решений, последовавших в этом направлении, можно назвать решения Федерального суда по южному округу штата Нью-Йорк (июнь 1931 г.) по делу о советском золоте, вывезенном в США Госбанком СССР и депонированном у двух нью-йоркских банков (претензии на это золото были заявлены Банком Франции); решение апелляционного суда штата Нью-Йорк (февраль 1933 г.) по иску бывших собственников нефтяных промыслов в Баку к «Стандарт Вакуум Ойл Компани», приобретшей добытую на этих промыслах нефть; решение германского Ландесгерихта (декабрь 1928 г.) по иску Щербатовой к фирме «Рудольф Лепке»¹.

Иным образом складывалась судебная практика в отношении имущества, находившегося в момент национализации вне пределов советского государства: за немногими исключениями, она отвергала действие советских законов о национализации, используя для обоснования их непризнания, в частности, оговорку о публичном порядке. Исключения составили решения американских судов по искам правительства США к банковской конторе Бельмонт (1937 г.) и к Пинку — ликвидатору американских отделений российских национализированных обществ (1942 г.). В соответствии с этими решениями суммы, депонированные у ответчиков на имя российских предприятий, которые после революции были национализированы, подлежали выдаче правительству США; последнее ссылалось на приобретение права на них в порядке переуступки от советского правительства².

Представляют интерес решения французских судов по делам, связанным с картинами, принадлежавшими в прошлом известному меценату С.И. Щукину.



В 1918 г. Художественная галерея С.И. Щукина была национализирована и стала собственностью РСФСР. В 1954 г., когда входившие в состав национализированной коллекции картины П. Пикассо были привезены в Париж и экспонированы в одном из французских музеев, дочь мецената Е. Щукина-Келлер обрати-

¹ См.: Луиц Л.А. Курс международного частного права. С. 280.

² См.: Там же. С. 282, 284.

лась в суд с требованием наложить секвестр на эти картины. Суд департамента Сены отклонил требование, отметив, в частности, что «французский публичный порядок в данном деле не был задет в такой мере, чтобы требовалось принятие срочных мер, ибо картины были приобретены уже долгое время тому назад иностранным сувереном от его собственных граждан, на его собственной территории и в соответствии с законами страны»¹.

История с обсуждением во французских судах последствий национализации коллекции С.И. Щукина на этом не завершилась.



В 1993 г. в Центре имени Ж. Помпиду в Париже были выставлены картины А. Матисса, также входившие в коллекцию известного мецената. Другая его дочь — И. Щукина — в иске к Государственному музею изобразительных искусств им. А.С. Пушкина, Государственному Эрмитажу и Центру имени Ж. Помпиду настаивала на наложении предварительного ареста на картины и каталоги выставки. В иске, предъявленном позднее Российской Федерацией, содержалось требование о виндикации картин и передаче их И. Щукиной как наследнице.

Суд высшей инстанции отказал И. Щукиной в удовлетворении ее требований. Отказ мотивировался тем, что иски к государству не могут рассматриваться в суде без согласия на это государства и что российские музеи, осуществляющие хранение картин, выполняют публичные функции и пользуются судебным иммунитетом и иммунитетом от принудительного взыскания на тех же основаниях, что и государство — Российская Федерация. Судом были отвергнуты и доводы истицы о непризнании действия акта о национализации по мотивам противоречия его публичному порядку Франции².

Судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ 25 сентября 1998 г. по делу № 5-Г98-60 удовлетворила частную жалобу ООО «Омегатех Электроникс ГмбХ», в которой был поставлен вопрос об отмене определения Московского городского суда от 19 августа 1998 г. (этим определением было отменено решение, принятое Международным коммерческим арбитражным судом при ТПП РФ по иску указанного общества к государственно-

¹ См.: Луиц Л.А. Курс международного частного права. С. 273.

² См.: Богуславский М.М. Иск Ирины Щукиной (о решении французского суда) // Московский журнал международного права. 1994. № 2. С. 41–60.

му заводу «Измеритель»), отметив, в частности, следующее: при рассмотрении дела городской суд признал, что решение МКАС при ТПП РФ противоречит публичному порядку Российской Федерации, поскольку не соответствует ее законодательству. Однако этот вывод основан на неверном толковании понятия «публичный порядок Российской Федерации», а также противоречит содержанию решения, в котором отсутствуют ссылки на нормы международного или иностранного права.

Решение арбитражного суда основано на нормах российского гражданского законодательства, что вообще исключает возможность ссылки на нарушение публичного порядка, поскольку применение норм национального российского права не может трактоваться как нарушение публичного порядка Российской Федерации.

Содержание понятия «публичный порядок Российской Федерации» не совпадает с содержанием национального законодательства РФ. Поскольку законодательство РФ допускает применение норм иностранного государства (ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»), наличие принципиального различия между российским законом и законом другого государства само по себе не может быть основанием для применения оговорки о публичном порядке. Такое применение этой оговорки означает отрицание применения в Российской Федерации права иностранного государства вообще.

Под «публичным порядком Российской Федерации» понимаются основы общественного строя Российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания¹.

Президиум ВС РФ в своем постановлении от 2 июня 1999 г. № 19пв-99пр, не согласившись с доводом прокурора о том, что исполнение решения Хозяйственного суда Латвии от 14 декабря 1995 г. противоречит публичному порядку Российской Федерации, указал: «Понимая под публичным порядком основные принципы, закрепленные в Конституции Российской Федерации и законах Российской Федерации, следует учитывать, что в соответствии с российским законодательством иностранные и рос-

¹ Бюллетень ВС РФ. 1999. № 3. С. 12–14.

§ 6. Установление содержания иностранного права

сийские лица уравниены в гражданских правах и обязанностях. Права иностранцев защищены законом»¹.

3. В отечественной доктрине обращение к оговорке о публичном порядке рассматривается как экстраординарное, исключительное явление. Указывается на отсутствие примеров ее применения в практике как государственных, так и третейских судов. В теоретическом плане потребность в оговорке обсуждалась применительно к случаям, когда коллизийная норма отсылает к иностранному закону, ограничивающему права и свободы граждан (по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности). Но в последние годы имели место случаи неоправданно широкой трактовки оснований для применения оговорки, о чем свидетельствуют приведенные примеры.

Отношение к оговорке как к экстраординарному явлению, на наш взгляд, должно быть сохранено и в условиях перехода страны к рыночной экономике, расширения сферы применения иностранного права. Сохранению оговорки не будет противоречить введение в российское законодательство института «сверхимперативных» норм, о котором было сказано выше.

Об использовании категории «публичный порядок» в таких сферах, как международный гражданский процесс и международный коммерческий арбитраж, см. гл. 22 и 23 учебника.

§ 6. Установление содержания иностранного права

Разрешая дела, суды применяют в соответствии с федеральными законами и международными договорами РФ нормы права иностранных государств (ч. 5 ст. 11 ГПК РФ; ч. 5 ст. 13 АПК РФ). Федеральные законы и международные договоры РФ (а согласно ч. 5 ст. 13 АПК РФ и заключенное в соответствии с ними соглашение сторон) определяют основания и условия применения иностранного права к частноправовым отношениям с иностранным элементом.

Суд не обязан изначально знать содержание иностранного права, к которому отсылает отечественная коллизийная норма. Но если коллизийный вопрос решен и применению подлежит иностранное

¹ Бюллетень ВС РФ. 1999. № 11. С. 7, 8.

право, то суд должен определить содержание его норм. Именно суду, а не сторонам, ссылающимся на нормы иностранного права в обоснование своих требований или возражений, вменяется в обязанность установить их содержание. Следовательно, **суд устанавливает содержание норм иностранного права по своей инициативе и в силу обязанности, возложенной на него законом (*ex officio*)** — ГК РФ (ст. 1191), СК РФ (ст. 166), АПК РФ (ст. 14).

Установление содержания иностранного права имеет своей целью не выявление фактического обстоятельства, имеющего значение для рассмотрения дела, а определение нормативно-правовой основы принимаемого решения, как этого требует федеральный закон или международный договор РФ. Иными словами, **в российском суде иностранное право рассматривается как правовая категория, а не как обстоятельство, подлежащее доказыванию наряду с другими обстоятельствами, имеющими значение для рассмотрения дела.**

Введение в п. 2 ст. 1191 ГК РФ новеллы, разрешающей суду по требованию, связанному с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, возлагать бремя доказывания содержания норм иностранного права на стороны, не может рассматриваться как отступление от этого принципиального подхода. Разумеется, непредставление или представление не в полном объеме соответствующей стороной данных, обосновывающих содержание норм иностранного права, может повлечь для этой стороны неблагоприятные последствия, но в любом случае оценка судом представленных материалов не должна входить в противоречие с требованием п. 1 указанной статьи применять иностранное право так, как оно применяется «у себя на родине».

Содержание норм иностранного права устанавливается не только *судами* общей юрисдикции, арбитражными судами, третейскими судами, но и *иными органами, уполномоченными применять иностранное право*. В СК РФ речь идет об установлении содержания норм иностранного права судом или органами записи актов гражданского состояния и иными органами (ст. 166). Применение иностранного права нотариатом предусматривается в ст. 104 Основ законодательства РФ о нотариате¹.

¹ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 10. Ст. 357.

Основные требования, предъявляемые законодателем к процедуре установления содержания иностранного права, изложены в п. 1 ст. 1191 ГК РФ, ч. 1 ст. 14 АПК РФ и п. 1 ст. 166 СК РФ. Эти правила в основном тождественны, но имеются и некоторые различия.

Первоочередным является требование применять иностранное право таким образом, как оно применяется «у себя на родине». Орган, применяющий нормы иностранного права, устанавливает их содержание *в соответствии с официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.*

В целях установления содержания норм иностранного права *суды и иные применяющие его органы вправе обращаться за содействием и разъяснениями в Министерство юстиции РФ¹ и другие компетентные органы и учреждения в Российской Федерации и за границей либо привлекать экспертов.*

Законодатель разрешает *лицам, участвующим в деле, представлять документы, подтверждающие содержание норм иностранного права,* на которые они ссылаются в обоснование своих требований или возражений, и иным образом *содействовать суду в установлении содержания этих норм.* В СК РФ предусмотрено, что заинтересованные лица могут иным образом содействовать суду или органам записи актов гражданского состояния и другим органам в установлении содержания норм иностранного семейного права.

В тех случаях, когда содержание норм иностранного права, несмотря на предпринятые меры, в разумные сроки не установлено, применяется российское право.

В отличие от п. 3 ст. 1191 ГК РФ и ч. 3 ст. 14 АПК РФ в п. 2 ст. 166 СК РФ говорится о применении в таких случаях законодательства РФ, причем указание на «разумные сроки» не приводится².

¹ Министерство юстиции РФ в соответствии с Положением о нем, утвержденным Указом Президента РФ от 13 октября 2004 г. № 1313 (СЗ РФ. 2004. № 42. Ст. 4108), осуществляет обмен правовой информацией с иностранными государствами.

² О понятии «разумные сроки» см.: *Розенберг М.Г.* Некоторые актуальные вопросы применения иностранного гражданского права российскими судами // *Хозяйство и право.* 2003. № 2. С. 122, 123; см. также. п. 12 постановления Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции об-

Договоры о правовой помощи содержат обязательства сторон осуществлять *обмен информацией* по правовым вопросам. Так, Минская конвенция закрепила договоренность об обмене между центральными учреждениями юстиции сторон информацией о действующем (действовавшем) на их территории внутреннем законодательстве и о практике его применения учреждениями юстиции. В двусторонних договорах о правовой помощи между Российской Федерацией и Азербайджаном, Киргизией, Латвией, Литвой, Молдавией, Эстонией учреждениями юстиции, предоставляющими сведения о законодательстве и о вопросах его применения, названы министерства юстиции и прокуратуры.

По *Киевскому соглашению 1992 г.* высшие судебные органы и министерства юстиции государств — участников Соглашения предоставляют друг другу сведения о действующем или действовавшем в их государствах законодательстве и практике его применения.

Модель ГК для стран СНГ в основном воспроизвела положения ст. 157 Основ ГЗ 1991 г. об установлении содержания иностранного права. По сравнению с Основами Модель ГК для стран СНГ расширила возможности сторон содействовать суду в установлении содержания норм иностранного права и ввела указание на «разумные» сроки, по истечении которых, при невозможности установить содержание соответствующих норм, применяется право страны суда.

Заключив *Европейскую конвенцию об информации относительно иностранного законодательства 1968 г.*, государства — члены Совета Европы, участвующие в Конвенции, приняли на себя обязательства предоставлять друг другу информацию относительно своего законодательства и процедур в гражданской и коммерческой сферах, а также относительно их судебной системы¹. Каждая договаривающаяся сторона должна создать или назначить единый орган для получения запросов о такой информации от другой договаривающейся стороны («получающее учреждение») и принятия мер по этим запросам, а также орган для получения запросов об информации от своих судебных властей и препровождения их компетентному иностранному полу-

шепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

¹ См.: Бюллетень международных договоров. 2000. № 1. С. 22–32. Конвенция вступила в силу для Российской Федерации 13 мая 1991 г.

чающему учреждению («препровождающее учреждение»). В Российской Федерации функции «получающего учреждения» и «препровождающего учреждения» осуществляет Министерство юстиции РФ.

В странах общего права выявление содержания иностранного права относится к области установления фактических обстоятельств, имеющих значение для принятия решения по делу. Соответственно, бремя доказывания содержания иностранной правовой нормы, рассматриваемой как «факт» (факт особого рода, не принадлежащий к общеизвестным фактам), несут стороны, и суд ограничен представляемыми ими доказательствами.

В доктрине сформировалось мнение, что федеральные правила США о гражданском процессе, учитываемые судами штатов при определении своих правил, ориентируют суды на отношение к иностранному праву как к правовой категории, а не как к фактическому обстоятельству¹.

Законодательство Германии уполномочивает суд, не ограничиваясь доказательствами, представленными сторонами, привлекать другие источники и принимать иные меры для установления содержания иностранного права, неизвестного суду. Установление содержания иностранной правовой нормы *ex officio* предусматривается в законах о международном частном праве Венгрии, Австрии, Турции, Италии.

Закон о международном частном праве Швейцарии возлагает установление содержания иностранного права на суд, при этом допускается возможность обращения суда к сторонам за содействием. При рассмотрении имущественных притязаний доказывание содержания иностранного права может быть возложено на стороны.

Во французских судах бремя доказывания норм иностранного права возлагается на стороны; вместе с тем суды могут применять иностранное право и по своей инициативе, если содержание его норм им известно.

Контрольные вопросы

1. Чем отличается «формальная» взаимность от «материальной» взаимности?

¹ См.: Тилохов Ю.А. Иностранное право в судебной практике. М., 2004. С. 61, 62, 64.

2. Какому государственному органу принадлежит право принятия решения об «ответном ограничении» (реторсии)?
3. Что означает понятие «конфликт квалификаций»?
4. Возможно ли принятие обратной отсылки в области договорных отношений? Как решается эта проблема в российском законодательстве о международном коммерческом арбитраже?
5. В чем состоят особенности так называемых строго императивных норм?
6. Может ли отличие правовой, политической или экономической системы иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации служить основанием для отказа в применении права этого государства по мотивам противоречия публичному порядку?
7. Как устанавливается содержание нормы иностранного права в российском суде?

Рекомендуемая литература

1. *Агарков М.М.* Применение советским судом иностранного закона // Проблемы социалистического права. 1938. № 3.
2. *Богуславский М.М.* Международное частное право: практикум. М., 2002.
3. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI: Международное частное право. Комментарий и постатейные материалы / отв. ред. Н.И. Марышева.* М., 2004.
4. *Ерпылева Н.Ю., Батлер У.Е.* Коллизионные нормы в международном частном праве России и Украины // Государство и право. 2007. № 7.
5. *Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В.* Установление содержания норм иностранного законодательства в международном частном праве // Адвокат. 2008. № 7.
6. *Жильцов А.Н.* Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 2.
7. *Жильцов А.Н.* Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998.
8. *Жильцов А.Н.* Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве // Законодательство и экономика. 1997. № 23–24.
9. *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова.* М., 2002.

Рекомендуемая литература

10. *Корецкий В.М.* Избранные труды: в 2 кн. Киев, 1989.
11. *Лунц Л.А.* К вопросу о квалификации в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980.
12. *Макаров А.Н.* Основные начала международного частного права. М., 1924.
13. *Маковский А.Л.* Вопросы теории международно-договорной унификации права и состав международного частного права // Материалы Торгово-промышленной палаты СССР. М., 1983.
14. *Марышева Н., Звеков В.* Новая кодификация норм международного частного права // Хозяйство и право. 2002. № 4.
15. *Международное частное право: иностранное законодательство* / предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.
16. *Монастырский Ю.Э.* Некоторые вопросы разрешения споров на основе иностранных законов // Законодательство и экономика. 1994. № 19–20.
17. *Муранов А.И.* К вопросу об «обходе закона» // Московский журнал международного права. 1997. № 3.
18. *Муранов А.И.* К вопросу об «обходе закона» в проекте раздела VII «Международное частное право» части третьей ГК РФ // Юрист. 1997. № 5, 6.
19. *Розенберг М.Г.* Некоторые актуальные вопросы применения иностранного гражданского права российскими судами // Хозяйство и право. 2003. № 2.
20. *Рубанов А.А.* Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984.
21. *Садиков О.Н.* Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного права. 1992. № 2.
22. *Тимохов Ю.А.* Иностранное право в судебной практике. М., 2004.
23. *Хоцанов Д.А.* Основания применения иностранного частного права в доктрине, законодательстве и судебной практике Англии, США и России // Журнал российского права. 2006. № 7.

Глава 5

Гражданско-правовое положение физических лиц

§ 1. Общие вопросы

Отношение государства к собственным гражданам, пребывающим за границей, и отношение государства к находящимся на его территории иностранным гражданам — два основных аспекта, в которых доктриной международного частного права рассматривается гражданско-правовой статус физических лиц. Уточним: речь идет о гражданско-правовом положении в широком смысле: ведь международным частным правом определяются права и обязанности, возникающие в таких областях, как гражданско-правовые, семейные, трудовые отношения (осложненные, как уже отмечалось, иностранным элементом).

Проблемы, характерные для каждого из этих аспектов, не перечеркивают общего исходного начала их решения. Суть его состоит в том, что признание человека высшей ценностью предполагает осуществление государственной защиты принадлежащих ему прав и свобод, создание системы гарантий в этой области на основе общепринятых принципов и норм международного права, конституционных предписаний, составляющих основы правового статуса личности. Это основополагающее начало возвращает к таким важнейшим международно-правовым документам, как Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. и Факультативные протоко-

лы к этому пакту, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., Конвенция стран СНГ о правах и основных свободах человека 1995 г. (см. гл. 2).

К имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством (п. 3 ст. 2 ГК РФ). Вопросы правового положения иностранных граждан и лиц без гражданства, возникающие в сфере соответствующих отраслей публичного права, затрагиваются здесь в основном в силу их тесной связи с отношениями, составляющими предмет международного частного права. Исключение образует процессуальное право: вопросы правового положения иностранцев в международном гражданском процессе относятся к области науки международного частного права.

Постоянное проживание или временное пребывание, пользование дипломатическими привилегиями и иммунитетами, занятие предпринимательской деятельностью, принадлежность к трудящимся-мигрантам — эти и иные обстоятельства определяют особенности правового положения отдельных категорий иностранных физических лиц.

§ 2. Иностранные граждане и лица без гражданства в Российской Федерации

1. В Федеральном законе от 31 мая 2002 г. № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации»¹ под **иностранным гражданином** понимается лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и имеющее гражданство (подданство) иностранного государства, а под **лицом без гражданства (апатридом)** — лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и не имеющее доказательства наличия гражданства иностранного государства.

Следует иметь в виду, что гражданин Российской Федерации в силу ч. 1 ст. 62 Конституции РФ может иметь гражданство иностранного государства (двойное гражданство) в соответствии с фе-

¹ СЗ РФ. 2002. № 22. Ст. 2031.

деральным законом или международным договором. Как уже было отмечено, наличие у гражданина России гражданства и иностранного государства не умаляет его прав и свобод и не освобождает от обязанностей, вытекающих из российского гражданства, если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором РФ.

Гражданин Российской Федерации, если он в указанных случаях приобрел гражданство иностранного государства, рассматривается в России только как российский гражданин, за исключением случаев, предусмотренных международным договором РФ или федеральным законом¹.

Российская Федерация поощряет приобретение гражданства лицами без гражданства, проживающими на ее территории. Эта линия, отвечающая ст. 15 Всеобщей декларации прав человека 1948 г., которая провозгласила право каждого на гражданство, закреплена в Федеральном законе «О гражданстве Российской Федерации» (ч. 6 ст. 4). Принцип приравнивания лиц без гражданства в правах и обязанностях к российским гражданам проводится в Конституции РФ (ч. 3 ст. 62), ГК РФ (п. 1 ст. 2), Федеральном законе от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»² (ст. 4) и иных действующих в Российской Федерации законодательных актах.

Лицам без гражданства посвящены Конвенция о статусе апатридов 1954 г. (далее — Конвенция 1954 г.)³ и Конвенция о сокращении безгражданства 1961 г. (далее — Конвенция 1961 г.)⁴.

В преамбуле к Конвенции 1954 г. ее принятие объясняется желанием урегулировать и улучшить на основе международного договора положение апатридов с учетом того, что статус многих из них не охватывается Конвенцией о статусе беженцев 1951 г. (далее — Конвенция 1951 г.)⁵. Под термином «апатрид» в Конвенции 1954 г. подразумевается лицо, которое не рассматривается в качестве граждани-

¹ См. ст. 6 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации».

² СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

³ Действующее международное право. М., 1996. С. 230–243.

⁴ См.: Сборник международных договоров. Нью-Йорк: ООН, 1989. С. 310–335. Российская Федерация в этих Конвенциях не участвует.

⁵ Бюллетень международных договоров. 1993. № 9. С. 6–28.

на каким-либо государством в силу его закона. В общем, апатридам предоставляется статус, уравнивающий их с иностранцами. Положениями Конвенции 1954 г. регулируются различные стороны статуса апатридов, включая вопросы брака, вещных и исключительных прав, права на создание ассоциаций, права в области образования, вопросы трудового законодательства, социального обеспечения и др.

Конвенция 1961 г. предусматривает меры, позволяющие существенно ограничить ситуации, приводящие к безгражданству, как то:

- каждое договаривающееся государство предоставляет свое гражданство лицу, рожденному на его территории, которое иначе не имело бы гражданства;
- если закон договаривающегося государства предусматривает утрату гражданства вследствие какого-либо изменения в личном статусе (заключения брака, прекращения брака, узаконения, признания или усыновления), такая утрата гражданства ставится под условие приобретения другого гражданства;
- договаривающееся государство не лишает лицо его гражданства, если это делает его апатридом;
- рождение на судне или на воздушном корабле считается имевшим место на территории того государства, под флагом которого плавает это судно или в котором зарегистрирован этот воздушный корабль.

2. Правовое положение (правовой статус)¹ иностранных граждан и лиц без гражданства формируется в целом на основе:

- общепризнанных принципов и норм международного права;
- международных договоров;
- права страны гражданства (страны места жительства) лица;
- права страны его пребывания.

¹ О понятиях «правовое положение», «правовой статус» иностранцев см.: *Правовое положение иностранных граждан в России* // Сборник нормативных актов / вступит. ст. А.Л. Маковского. М., 1996; *Романов С.В.* О теоретических основах правового регулирования статуса иностранцев в Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1996. № 2; см. также: *Трудова О.В., Титов А.А.* Реализация конституционно-правового статуса иностранных граждан и лиц без гражданства на территории Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2008. № 4; *Шерстобоев О.И.* Законодательство о правовом положении иностранных граждан // Российский юридический журнал. 2008. № 5.

Более узким является понимание правового положения (правового статуса) иностранного гражданина и лица без гражданства *как совокупности прав, предоставляемых этим лицам, и обязанностей, возлагаемых на них, в стране пребывания.*

От понятий «правовое положение», «правовой статус» следует отличать понятие **«правовой режим»**, которое обозначает начала, принципы, на которых строится правосубъектность иностранцев и лиц без гражданства в стране пребывания. Такими началами в международном частном праве являются, прежде всего, равенство, недискриминация.

Под индивидуальным статусом иностранца, лица без гражданства в стране пребывания понимается статус отдельного гражданина, отдельного лица, совокупность предоставленных ему прав и возложенных на него обязанностей.

Индивидуальный статус, объем составляющих его прав и обязанностей имеют подвижный характер, изменяются под влиянием многих обстоятельств.

Отношения, в которые вступает иностранец, въезжая в Россию и пребывая на ее территории, находятся *в сфере частного и публичного права*. Последние составляют предмет самостоятельных исследований.

Будучи тесно связанными с отношениями международного гражданского обмена, на которые воздействует международное частное право, **отношения в сфере публичного права** по общему правилу формируются вне «правового поля», открытого для коллизионных вопросов, и регулируются, прежде всего:

- 1) законодательством о въезде в Российскую Федерацию и выезде из нее и международными договорами РФ в этой области;
- 2) таможенным законодательством, включая Таможенный кодекс РФ, Закон РФ от 21 мая 1993 г. № 5003-І «О таможенном тарифе»¹, Положение о применении единых ставок таможенных пошлин, налогов в отношении товаров, перемещаемых через таможенную границу Российской Федерации физическими лицами для личного пользования, утвержденное постановлением Правительства РФ от 29 ноября 2003 г.

¹ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 23. Ст. 821.

№ 718¹, другие нормативные правовые акты, принятые на основе упомянутых законов, и международными договорами РФ по вопросам таможенного сотрудничества;

- 3) валютным законодательством (Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»², соответствующие этому Федеральному закону указы Президента РФ и постановления Правительства РФ, акты Центрального банка РФ и иные нормативные правовые акты), а также международными договорами РФ по валютно-финансовым вопросам;
- 4) налоговым законодательством (Налоговый кодекс РФ, иные федеральные законы и другие нормативные правовые акты по вопросам налогообложения) и международными договорами РФ, в том числе об устранении двойного налогообложения доходов и имущества.

Статья 12 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г.³ исходит из следующего:

- 1) каждому, кто законно находится на территории какого-либо государства, принадлежит, в пределах этой территории, право на свободное перемещение и свободу выбора места жительства;
- 2) каждый человек имеет право покидать любую страну, включая свою собственную;
- 3) упомянутые права не могут быть объектом никаких ограничений, кроме тех, которые предусмотрены законом, необходимы для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения или прав и свобод других и совместимы с признаваемыми в Пакте иными правами.

Положения Пакта образуют основу для решения соответствующих вопросов в национальном законодательстве, включая ст. 27 и ч. 3 ст. 55 Конституции РФ и Федеральный закон от 15 августа 1996 г.

¹ СЗ РФ. 2003. № 49. Ст. 4772.

² СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.

³ Бюллетень ВС РФ. 1994. № 12.

№ 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»¹.

Принятая Генеральной Ассамблеей ООН в 1985 г. *Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают*², закрепила общие положения статуса иностранцев.

3. Практика международного общения выдвигает на первый план задачу совершенствования правовых начал, на которых строится статус иностранцев и лиц без гражданства. Применительно к российскому законодательству речь идет, прежде всего, о *национальном режиме* — основном для этой категории лиц³.

Национальный режим означает приравнивание иностранных граждан и лиц без гражданства в правах и обязанностях к гражданам страны пребывания.

Российский законодатель поднял регулирование вопроса о предоставлении национального режима на уровень конституционной нормы с широкой сферой применения. **Иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации согласно ч. 3 ст. 62 Конституции РФ правами и несут обязанности наравне с российскими гражданами, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ.**

Из конституционного правила следует, что *любое отклонение от национального режима* — будь то умаление прав иностранцев или их расширение по сравнению с правами российских граждан — возможно лишь на основе федерального закона или международного договора РФ. «Введение особых правил для иностранных граждан

¹ СЗ РФ. 1996. № 34. Ст. 4029. См. также ст. 2 «Свобода передвижения», ст. 3 «Запрещение высылки граждан» и ст. 4 «Запрещение коллективной высылки иностранцев» Протокола № 4 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, ст. 1 «Процедурные гарантии в случае высылки иностранцев» Протокола № 7 к этой Конвенции // СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 1514; № 20. Ст. 2143; № 31. Ст. 3835.

² *Действующее международное право*. Т. 1. М., 1996. С. 255–259.

³ О национальном режиме как об общем принципе российского законодательства см. Постановление Конституционного Суда РФ от 23 апреля 2004 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности Земельного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Мурманской областной Думы» (Российская газета. 2004. 28 апр.).

в каких-либо других актах неправомерно»¹. Вряд ли можно согласиться с мнением о том, что «положения, которые расширяют права иностранцев, предоставляют им особые льготы и преимущества, могут быть приняты органом власти и управления любого уровня, если, разумеется, решение соответствующего вопроса не выходит за рамки установленной для органа компетенции»². Ни норма ч. 3 ст. 62 Конституции РФ, ни правила ст. 2 ГК РФ не содержат оснований для подобного вывода.

Представляется, что такие льготы и преимущества должны быть предусмотрены или, по крайней мере, санкционированы федеральным законом. В связи с этим следует упомянуть правила ст. 4 Федерального закона от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»³, определяющие для иностранных инвесторов (в том числе иностранных физических лиц и лиц без гражданства) порядок установления изъятий из правового режима не только ограничительного характера (эти изъятия могут быть установлены федеральными законами лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства), но и стимулирующего характера (льготы для иностранных инвесторов в интересах социально-экономического развития Российской Федерации). Виды льгот и порядок их предоставления устанавливаются законодательством РФ.

Некоторые отличия в правах российских и иностранных граждан, опирающиеся на нормы международного права, вытекают из самой природы гражданства как устойчивой правовой связи человека с государством, выражающейся в совокупности их взаимных прав и обязанностей. Из ст. 25 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. следует, что *лишь гражданин* должен иметь право принимать участие в ведении государственных дел как непосредственно, так и через посредство свободно выбранных представителей, допускаться в своей стране на общих условиях равенства к государственной службе.

¹ Комментарий к Конституции Российской Федерации. М., 1996. С. 266.

² Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. М., 1995. С. 23.

³ СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

Правила Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и Конвенции стран СНГ о правах и основных свободах человека 1995 г. не могут рассматриваться как препятствие для стран-участниц вводить **ограничения на политическую деятельность иностранцев.**

Конституцией РФ право участвовать в управлении делами государства (ч. 1 ст. 32), право избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также участвовать в референдуме (ч. 2 ст. 32) закреплены за *гражданами Российской Федерации*, которые также имеют равный доступ к государственной службе, имеют право участвовать в отправлении правосудия (ч. 4 и 5 ст. 32). На гражданина возлагается обязанность военной службы, защита Отечества является его долгом и обязанностью (ч. 1 и 2 ст. 59).

Соответственно, *только граждане Российской Федерации могут быть государственными служащими, сотрудниками органов внутренних дел, могут поступить на службу в милицию. С принадлежностью к гражданству связана работа судьей, прокурором, следователем, государственным нотариусом. Не являются государственными служащими частные нотариусы, но и они, занимаясь деятельностью, непосредственным образом связанной с отправлением государственных функций, должны быть российскими гражданами¹.*

Как предусмотрено в Федеральном законе «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» (ст. 14), *иностраный гражданин не имеет права:*

- 1) находиться на муниципальной службе; отношения иностранных граждан к государственной службе определяется федеральным законом;

¹ Не содержит каких-либо ограничений в отношении гражданства арбитров международного коммерческого арбитража Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» (в ст. 11 «Назначение арбитров» сказано: «1. Ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его гражданства, если стороны не договорились об ином»). В ст. III «О праве иностранных граждан быть арбитрами» Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. предусмотрено, что для разбирательства споров, о которых идет речь в этой Конвенции, арбитрами могут быть назначены иностранные граждане (в Конвенции участвует Российская Федерация).

- 2) замещать должности в составе экипажа судна, плавающего под Государственным флагом Российской Федерации, в соответствии с ограничениями, предусмотренными КТМ РФ¹;
- 3) быть членом экипажа военного корабля Российской Федерации или другого эксплуатируемого в некоммерческих целях судна, а также летательного аппарата государственной или экспериментальной авиации;
- 4) быть командиром воздушного судна гражданской авиации²;
- 5) быть принятым на работу на объекты и в организации, деятельность которых связана с обеспечением безопасности Российской Федерации. Перечень таких объектов и организаций утверждается Правительством РФ;
- 6) заниматься иной деятельностью и замещать иные должности, допуск иностранных граждан к которым ограничен федеральным законом.

Правительством РФ устанавливается порядок замещения иностранными гражданами руководящих должностей в организациях, в уставном капитале которых более 50% акций или долей принадлежит Российской Федерации.

¹ Статья 56 КТМ РФ содержит следующие правила: «1. В состав экипажа судна, плавающего под Государственным флагом Российской Федерации, кроме граждан Российской Федерации могут входить иностранные граждане и лица без гражданства, которые не могут занимать должности капитана судна, старшего помощника капитана судна, старшего механика и радиоспециалиста.

2. Условия, на которых иностранные граждане и лица без гражданства могут входить в состав экипажа судна, за исключением судна рыбопромыслового флота, определяются федеральным органом исполнительной власти в области транспорта, в состав экипажа судна рыбопромыслового флота — федеральным органом исполнительной власти в области рыболовства в соответствии с законодательством Российской Федерации о привлечении и об использовании в Российской Федерации труда иностранных граждан и лиц без гражданства».

² Пункт 4 ст. 56 Воздушного кодекса РФ устанавливает: «В состав летного экипажа воздушного судна Российской Федерации, которое относится к коммерческой гражданской авиации, могут входить только граждане Российской Федерации. Включение в состав летного экипажа данного воздушного судна иностранного гражданина допускается только на период его подготовки в целях получения допуска к деятельности по осуществлению воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов и почты на воздушном судне определенного типа при условии, что иностранный гражданин не исполняет обязанностей командира воздушного судна Российской Федерации».

В целях упомянутого Закона понятие «иностранный гражданин» включает в себя понятие «лицо без гражданства», за исключением случаев, когда федеральным законом для лиц без гражданства устанавливаются специальные правила, отличающиеся от правил, установленных для иностранных граждан.

В области гражданского права национальный режим применяется шире, чем в какой-либо иной правовой сфере. Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства, если иное не предусмотрено федеральным законом (ст. 2 ГК РФ). Речь идет о правилах, определяющих юридический статус участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, а также регулирующих договорные и иные обязательства, другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников.

Иностранные граждане могут:

- иметь имущество на праве собственности;
- наследовать и завещать имущество;
- заниматься предпринимательской и иной деятельностью, если занятие такой деятельностью не исключается законом;
- создавать в установленном порядке юридические лица самостоятельно или совместно с другими гражданами и юридическими лицами;
- совершать не противоречащие закону сделки и участвовать в обязательствах;
- избирать место жительства;
- иметь иные имущественные и личные неимущественные права.

Иностранные граждане могут быть *участниками хозяйственных обществ и товариществ*. Создание обществ и товариществ иностранными гражданами и лицами без гражданства — инвесторами коммерческих организаций с иностранными инвестициями осуществляется в порядке и на условиях, определяемых Федеральным законом «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации».

В ст. 2 названного Закона в числе лиц, которые могут выступать в качестве иностранных инвесторов в России, называются иностранные физические лица и лица без гражданства. Иностранному инве-

сторую на территории Российской Федерации предоставляется полная и безусловная защита прав и интересов, которая обеспечивается упомянутым Законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также международными договорами РФ.

Правовой режим деятельности иностранных инвесторов и использования полученной от инвестиции прибыли не может быть менее благоприятным, чем правовой режим российских инвесторов, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами.

Иностранцы вправе *быть предпринимателями*, включая осуществление предпринимательской деятельности без образования юридического лица.

Членами производственного кооператива могут быть не только российские граждане, но и иностранные граждане и лица без гражданства¹. Однако членами сельскохозяйственного производственного кооператива могут быть лишь граждане Российской Федерации². К членству же в сельскохозяйственном потребительском кооперативе допускаются иностранные граждане.

Иностранные граждане имеют равные права с гражданами Российской Федерации (кроме случаев, установленных федеральными законами или международными договорами РФ) **в сфере отношений, регулируемых законодательством об общественных объединениях**³. За изъятиями, которые установлены федеральными законами и международными договорами РФ, иностранные граждане и лица без гражданства, проживающие на территории Российской Федерации, могут состоять в российских профсоюзах⁴. Иностранцы вправе участвовать в благотворительной деятельности⁵ на территории Российской Федерации в соответствии с Законом о такой деятельности.

¹ См.: Федеральный закон от 8 мая 1996 г. № 41-ФЗ «О производственных кооперативах» // СЗ РФ. 1996. № 20. Ст. 2321.

² См.: Федеральный закон от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» // СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4870.

³ См.: Федеральный закон от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» // СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930.

⁴ См.: Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 148.

⁵ См.: Федеральный закон от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях» // СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3340.

В сфере социального обслуживания граждан пожилого возраста и инвалидов иностранные граждане, лица без гражданства, в том числе беженцы, пользуются теми же правами, что и российские граждане, если иное не установлено законодательством РФ¹.

«Если иное не предусмотрено федеральным законом», — говорится в п. 1 ст. 2 ГК РФ о применении правил гражданского законодательства к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц. Следуя конституционной норме, п. 1 ст. 2 ГК РФ исключает, таким образом, возможность ограничения национального режима на основе федеральных подзаконных актов (актов Президента РФ, Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти), а также актов субъектов РФ.

В соответствии со ст. 7 ГК РФ «иное» может быть предусмотрено также международным договором РФ. Однако действие принципа национального режима, по нашему мнению, не может быть ограничено положениями международного договора РФ, решение о согласии на обязательность которого для Российской Федерации выражено лишь в форме подзаконного акта.

По общему правилу, предоставление иностранному гражданину прав в сфере гражданско-правовых отношений не ставится в зависимость от места его постоянного проживания.



Еще в 1955 г. Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда по иску Гриневой к французскому гражданину Реве, проживавшему во Франции, признала, что право иностранца владеть и распоряжаться принадлежащим ему в Москве домом не обусловлено его проживанием в СССР. Было признано также, что этим правом иностранный гражданин пользуется на равных основаниях с советскими гражданами².

Объем правомочий иностранных граждан и иностранных юридических лиц фиксируется законодателем различными способами. Зачастую он прямо указывается в законе. Но возможно и иное: на-

¹ См.: ст. 6 Федерального закона от 2 августа 1995 г. № 122-ФЗ «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов» // СЗ РФ. 1995. № 32. Ст. 3198.

² См.: Луиц Л.А. Курс международного частного права. С. 211.

деление иностранцев правомочиями или, напротив, непредоставление им правомочий осуществляется посредством формулировок, относящихся к любым гражданам и (или) юридическим лицам или только к российским гражданам и (или) российским юридическим лицам. В первом случае под гражданами и (или) юридическими лицами понимаются также иностранные граждане и (или) иностранные юридические лица, во втором случае на иностранных граждан и (или) иностранных юридических лиц решение не распространяется.

Предоставление национального режима носит по российскому законодательству безусловный характер. Это означает, что суд или иной правоприменительный орган не может обуславливать распространение на иностранных граждан национального режима наличием взаимности в государстве, к которому принадлежит иностранный гражданин, *за исключением тех случаев, когда условие о взаимности предусмотрено в федеральном законе или международном договоре РФ.*

Требование взаимности сформулировано, к примеру, в нормах ГК РФ, *регламентирующих исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности.*

Так, в силу ст. 1336 ГК РФ исключительное право изготовителя базы данных действует на территории Российской Федерации, в частности, в случае когда изготовитель базы данных является иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом *при условии*, что законодательством соответствующего иностранного государства предоставляется на его территории охрана исключительному праву изготовителя базы данных, изготовителем которой является гражданин Российской Федерации или российское юридическое лицо.

В соответствии со ст. 1341 ГК РФ исключительное право публикатора распространяется, в частности, на произведение, обнародованное за пределами территории Российской Федерации иностранным гражданином или лицом без гражданства, *при условии* что законодательством иностранного государства, в котором обнародовано произведение, предоставляется на его территории охрана исключительному праву публикатора, являющегося гражданином Российской Федерации.

Ряд законодательных актов формулирует условия наделения иностранцев правами в определенных сферах деятельности. Так, граждане других государств, являющиеся субъектами предпринима-

тельской деятельности, могут быть *пользователями недр*, если иное не предусмотрено федеральными законами¹.

Иностранные граждане и лица без гражданства осуществляют *архитектурную деятельность* наравне с российскими гражданами, если это предусмотрено международным договором РФ. При отсутствии такого договора иностранные граждане и лица без гражданства могут принимать участие в архитектурной деятельности на территории Российской Федерации только совместно с архитектором — российским гражданином или юридическим лицом².

Иностранным гражданам в порядке, установленном федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере образования, предоставляется *право поступления в имеющие государственную аккредитацию образовательные учреждения* среднего профессионального и высшего профессионального образования по результатам вступительных испытаний, проводимых образовательным учреждением³.

Иностранные граждане и лица без гражданства имеют равные права с российскими гражданами *в сфере культурной деятельности*. Особые условия этой деятельности иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации могут быть установлены только федеральными законами⁴.

В соответствии с Основами законодательства РФ об охране здоровья граждан⁵ (ст. 18) иностранным гражданам, находящимся на территории Российской Федерации, гарантируется *право на охрану здоровья* в соответствии с международными договорами РФ; лица без гражданства, постоянно проживающие в России, и беженцы пользуются правом на охрану здоровья наравне с российскими граждана-

¹ См. ст. 9 Закона РФ «О недрах» в ред. Федерального закона от 3 марта 1995 г. № 27-ФЗ // СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 823.

² См. ст. 3.1 Федерального закона от 17 ноября 1995 г. № 169-ФЗ «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4473.

³ См.: Закон РФ «Об образовании» в ред. Федерального закона от 13 января 1996 г. № 12-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 150.

⁴ См. ст. 19 Основ законодательства Российской Федерации о культуре // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 46. Ст. 2615.

⁵ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 33. Ст. 1318.

ми, если иное не предусмотрено международными договорами РФ; порядок оказания медицинской помощи иностранным гражданам определяется Правительством РФ. Порядок оказания медицинской помощи лицам без гражданства и беженцам устанавливается в соответствии с законодательством РФ.

Отдельным Положением, утвержденным постановлением Правительства РФ от 7 февраля 1995 г. № 119¹, регламентируется *порядок допуска к медицинской и фармацевтической деятельности* в России лиц, получивших медицинскую и фармацевтическую подготовку в иностранных государствах.

Иностранные граждане и лица без гражданства, проживающие на территории Российской Федерации, *пользуются правами на занятия физической культурой и спортом* в соответствии с Федеральным законом от 4 декабря 2007 г. № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в РФ»².

Вопросы правового положения иностранных граждан, находящихся на территории Российской Федерации, затрагиваются в актах законодательства, посвященных *средствам массовой информации*. Согласно Закону РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации»³ на корреспондентов, аккредитованных в России, независимо от их гражданства распространяется профессиональный статус журналиста, установленный Законом. Правительством РФ могут быть установлены ответные ограничения в отношении корреспондентов средств массовой информации тех государств, в которых имеются специальные ограничения профессиональной деятельности журналистов средств массовой информации, зарегистрированных в Российской Федерации. Зарубежные корреспонденты средств массовой информации, зарегистрированных в России, независимо от их гражданства обладают предусмотренными Законом правами и обязанностями журналиста, если это не противоречит законодательству страны пребывания. Постановлением Правительства РФ от 13 сентября 1994 г. № 1055 утверждены Правила аккредитации и пре-

¹ СЗ РФ. 1995. № 7. Ст. 548.

² СЗ РФ. 2007. № 50. Ст. 6242.

³ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 7. Ст. 300.

бывания корреспондентов иностранных средств массовой информации на территории Российской Федерации¹.

Принцип национального режима распространяется и на область процессуальных отношений с участием иностранных граждан и лиц без гражданства (см. гл. 22 учебника).

4. Договоры о правовой помощи, о поощрении и защите капиталовложений, о торгово-экономическом сотрудничестве чаще, чем какие-либо иные международные договоры РФ, являются *источниками норм о национальном режиме в соответствующих сферах отношений*.

Установление для граждан сотрудничающих государств национального режима в области гражданских и семейных правоотношений наиболее характерно для договоров о правовой помощи. Национальный режим, предусматриваемый этими договорами, заключается, как правило, в предоставлении гражданам одной стороны на территории другой стороны в отношении их личных и имущественных прав такой же правовой защиты, какой пользуются собственные граждане этой стороны. Граждане каждой стороны имеют право свободно и беспрепятственно обращаться в учреждения юстиции другой стороны, к компетенции которых относятся соответствующие дела, выступать в них, заявлять ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия на тех же условиях, что и собственные граждане.

Иным образом формулируется правило о национальном режиме в Минской конвенции 1993 г. Если двусторонние договоры предоставляют правовую защиту лишь гражданам государств, заключивших договор, то Конвенция распространяет ее и на других лиц, независимо от их гражданства, если они проживают на территории одной из договаривающихся сторон. Согласно ст. 1 Конвенции граждане каждой из договаривающихся сторон, а также лица, проживающие на ее территории, пользуются на территориях всех других договаривающихся сторон в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и собственные граждане данной договаривающейся стороны. В условиях прекращения существования СССР и образования независимых государств, на территориях которых проживают граждане бывших со-

¹ СЗ РФ. 1994. № 21. Ст. 2399.

иозных республик, такая формула предоставления национального режима отвечает целям наиболее полной защиты их прав по месту проживания.

Следуя Модели ГК для стран СНГ (п. 2 ст. 1205), Гражданский кодекс Узбекистана предусматривает: «Иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Республике Узбекистан гражданской правоспособностью наравне с гражданами Республики Узбекистан, кроме случаев, установленных законами или международными договорами Республики Узбекистан» (ст. 1169). Таким же образом решается данный вопрос в гражданских кодексах Армении (ст. 1263), Белоруссии (п. 2 ст. 1104), Киргизии (п. 2 ст. 1178). При этом заключительная часть правила построена в гражданских кодексах Армении и Белоруссии несколько иначе (Гражданский кодекс Армении: «...кроме случаев, установленных Конституцией Республики Армения, законами Республики Армения или международными договорами Республики Армения»; Гражданский кодекс Белоруссии: «...если иное не предусмотрено Конституцией, законами и международными договорами Республики Беларусь»).

5. Привилегии и иммунитеты дипломатических представительств и консульских учреждений, их персонала, межгосударственных (межправительственных) организаций, представителей государств при этих организациях, их должностных лиц являются продолжением привилегий и иммунитетов государств.

Содержание иммунитета государства, его органов и их должностных лиц раскрывается в *Венских конвенциях*:

- 1) о дипломатических сношениях 1961 г.¹;
- 2) о консульских сношениях 1963 г.²;
- 3) о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г.³

Конвенции 1961 г. и 1963 г. дополняет Конвенция о специальных миссиях 1969 г.⁴

Организация Объединенных Наций согласно ст. 105 ее Устава пользуется на территории каждого из своих членов такими приви-

¹ Ведомости ВС СССР. 1964. № 18. Ст. 221.

² Сборник международных договоров СССР. Вып. XLV. М., 1991. С. 124–147.

³ Действующее международное право. Т. I. С. 582–615.

⁴ Там же. С. 562–580.

легиями и иммунитетами, которые необходимы для достижения ее целей. Представители членов ООН и ее должностные лица также пользуются привилегиями и иммунитетами, необходимыми для самостоятельного выполнения ими своих функций, связанных с деятельностью Организации.

Генеральная Ассамблея ООН в феврале 1946 г. приняла *Конвенцию о привилегиях и иммунитетах ООН*¹, а позднее, в ноябре 1947 г. — *Конвенцию о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений*². Особенности надления привилегиями и иммунитетами этих учреждений предусматриваются в документах о них.

На территории Российской Федерации пребывают руководящие органы или представительства ряда межгосударственных (межправительственных) организаций. Такие организации, их органы и должностные лица в соответствии с международными договорами, определяющими статус соответствующего органа, а также международными договорами об условиях пребывания в Российской Федерации, заключенными Правительством РФ с этими организациями, пользуются в России привилегиями и иммунитетами. К числу указанных договоров относятся, в частности, Соглашение между Правительством РФ и Межгосударственным экономическим комитетом Экономического союза об условиях его пребывания на территории Российской Федерации 1995 г.³, Соглашение между Правительством РФ и Межгосударственным авиационным комитетом об условиях его пребывания на территории Российской Федерации 1995 г.⁴, Соглашение между Правительством РФ и Международной организацией труда о Бюро международной организации труда в Москве 1997 г.⁵, Соглашение между Правительством РФ и Межгосударственным банком об условиях пребывания Межгосударственного банка на территории Российской Федерации 1996 г.⁶

¹ Действующее международное право. Т. I. С. 615–619.

² Там же. С. 620–632.

³ Московский журнал международного права. 1996. № 2.

⁴ СЗ РФ. 2004. № 2. Ст. 111.

⁵ СЗ РФ. 2003. № 42. Ст. 3988.

⁶ СЗ РФ. 1998. № 10. Ст. 1148.

§ 3. Правоспособность и дееспособность

1. Способность физического лица быть субъектом гражданского права, участвовать в гражданском обороте принято определять в соответствии с **личным законом физического лица** (законом страны его гражданства или места жительства). Вместе с тем в условиях международного общения, международного гражданского обмена, сестественной предпосылкой которых является недискриминация, равенство участников, приоритетное значение приобретает **уравнивание иностранных граждан и лиц без гражданства в вопросах их гражданской правоспособности с местными гражданами** в согласии с принципами международного права.

В России правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства, объем и содержание их гражданских прав и обязанностей традиционно регламентируются на основе начала национального режима. Из национального режима исходит и второе предложение ст. 1196 ГК РФ, согласно которому *иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами*, кроме случаев, установленных законом (до введения в действие части третьей ГК РФ данной теме было посвящено правило п. 1 ст. 160 Основ ГЗ 1991 г.).

Признание за иностранцем гражданской правоспособности, опосредуемое указанными материально-правовыми нормами, «является необходимой предпосылкой коллизионного вопроса: коллизионная проблема применительно к отношению с участием иностранца возникает потому, что *данные отношения рассматриваются как правоотношения, а иностранец — как правоспособное лицо*»¹.

В коллизионном праве вопросы правоспособности и дееспособности физического лица решаются на основе его личного закона, как это предусмотрено в ст. 1196 и 1197 ГК РФ. Личному закону физического лица ГК РФ подчиняет, кроме того, определение права лица на имя, его использование и защиту (ст. 1198), а также регулирование некоторых вопросов опеки и попечительства (ст. 1199).

Опека или попечительство над несовершеннолетними, недееспособными или ограниченными в дееспособности совершеннолет-

¹ Луиц Л.А. Курс международного частного права. С. 30.

ними лицами устанавливается и отменяется по личному закону лица, в отношении которого устанавливается либо отменяется опека или попечительство. К обязанности опекуна (попечителя) принять опеку (попечительство) подлежит применению личный закон лица, назначаемого опекуном (попечителем). Вместе с тем Модель ГК для стран СНГ, а также гражданские кодексы Киргизии и Узбекистана обязывают следовать при установлении и отмене опеки (попечительства) не личному закону подопечного, как это предусмотрено в гражданских кодексах России, Армении, Белоруссии, Казахстана, а закону суда. Согласно Гражданскому кодексу Молдавии применимым в этих случаях называется национальный закон подопечного.

Содержание понятия «личный закон физического лица», впервые введенного ГК РФ в отечественное законодательство, раскрывается правилами ст. 1195 *на основе смешанной системы коллизионных привязок к закону гражданства и закону места жительства лица*. Основным в этой системе является правило, считающее личным законом физического лица *право страны, гражданство которой лицо имеет*.

Это означает, что личным законом российского гражданина всегда является — независимо от того, проживает ли он в России или за рубежом, — российское право. Но личным законом иностранного гражданина, имеющего место жительства в Российской Федерации, признается российское право.

В соответствии с Конституцией РФ (ч. 1 ст. 62) и Федеральным законом «О гражданстве Российской Федерации» (ст. 6) российский гражданин, как уже отмечалось, может иметь **двойное гражданство**. В случае когда лицо наряду с российским гражданством имеет и иностранное гражданство, *его личным законом является российское право*. Это соответствует конституционным нормам о статусе российского гражданина с двойным гражданством, а также положению упомянутого Закона о том, что такое лицо рассматривается в России только как гражданин Российской Федерации, за исключением случаев, предусмотренных международным договором РФ или федеральным законом.

При наличии у лица нескольких иностранных гражданств (но при отсутствии в этом случае российского гражданства) его личным законом считается *право страны, в которой это лицо имеет место жительства*. Модель ГК для стран СНГ отдает предпочтение в такой ситуации праву страны, с которой лицо наиболее тесно связано.

Специальные правила определяют **личный закон лица без гражданства и беженца**: личным законом первого считается *право страны, в которой это лицо имеет место жительства*, а второго — *право страны, предоставившей ему убежище*.

Обращение к понятию «*место жительства*» обуславливает необходимость его квалификации. Осуществляемая по российскому праву, как того требует п. 1 ст. 1187 ГК РФ, она опирается прежде всего на правила ст. 20 ГК РФ, определяющей **место жительства** как место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает. Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» различает временно пребывающих, временно проживающих и постоянно проживающих в России иностранных граждан, причем к последним отнесены лица, получившие вид на жительство.

2. В ряде обозначаемых ГК РФ случаев личный закон физического лица уступает место иным коллизионным критериям.

Так, физическое лицо, не обладающее гражданской дееспособностью по своему личному закону, 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).

Признание в России физического лица недееспособным или ограничено дееспособным (п. 3 ст. 1197 ГК РФ), неизвестно отсутствующим и объявление умершим (ст. 1200 ГК РФ) подчиняются *российскому праву*. Минская конвенция 1993 г. допускает признание неизвестно отсутствующим гражданина одной из стран-участниц судом другой страны-участницы (хотя, как правило, такие дела должны рассматриваться судом страны гражданства такого лица). При этом применяется *законодательство страны суда*. Аналогично решается вопрос в двусторонних договорах о правовой помощи.

К сфере действия *статута обязательства, возникающего вследствие причинения вреда*, отнесена способность лица нести ответственность за причиненный вред (ст. 1220 ГК РФ), а вопросы «завещательной дееспособности» составляют область *статута наследования* (п. 2 ст. 1224 ГК РФ).

3. Следует особо остановиться на вопросе о праве, подлежащем применению при определении возможности физического лица заниматься предпринимательской деятельностью.

Право физического лица заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица в качестве индивидуального предпринимателя регулируется *законом страны, где такое физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя*.

Если это правило не может быть применено ввиду отсутствия обязательной регистрации, применяется *право страны основного места осуществления предпринимательской деятельности* (см. ст. 1201 ГК РФ)¹. Как и Модель ГК для стран СІІГ, гражданские кодексы Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Узбекистана подчиняют способность физического лица быть индивидуальным предпринимателем и иметь связанные с этим права и обязанности праву страны, где физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. При отсутствии страны регистрации применяется право страны основного места осуществления индивидуальной предпринимательской деятельности. Последнее правило не приводится в Гражданском кодексе Армении. В Гражданском кодексе Молдавии статус коммерсанта, позволяющий иностранному гражданину или лицу без гражданства осуществлять коммерческую деятельность без образования юридического лица, определяется по закону государства, где иностранный гражданин или лицо без гражданства получили разрешение на осуществление коммерческой деятельности.

Для целей Киевского соглашения 1992 г. *под хозяйствующими субъектами* понимаются не только предприятия, их объединения, организации, но и граждане, обладающие статусом предпринимателя в соответствии с законодательством, действующим на территории государств — участников СІІГ, и их объединения. Гражданская правоспособность и дееспособность предпринимателей определяются в этом Соглашении по законодательству государства — участника

¹ В России отношения, возникающие в связи с государственной регистрацией физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей и государственной регистрацией при прекращении физическими лицами деятельности в качестве индивидуальных предпринимателей, а также в связи с ведением единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей, регулируются Федеральным законом от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. I). Ст. 3431.

Содружества, на территории которого зарегистрирован предприниматель.

Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (ст. 2) рассматривает в качестве *иностранного инвестора*, в частности:

- иностранного гражданина, гражданская правоспособность и дееспособность которого определяются в соответствии с законодательством государства его гражданства и который вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации;
- лицо без гражданства, которое постоянно проживает за пределами Российской Федерации, гражданская право- и дееспособность которого определяются в соответствии с законодательством государства его постоянного места жительства и которое вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации.

§ 4. Защита прав и интересов российских граждан, находящихся за рубежом

Каждый, как гласит ч. 2 ст. 27 Конституции РФ, может свободно выезжать за пределы Российской Федерации. Гражданин Российской Федерации имеет право беспрепятственно возвращаться в Россию.

Российские граждане выезжают за границу на постоянное жительство, временно по приглашению родственников, на работу, учебу, лечение, отдых, в туристические поездки, а также в служебные командировки.

Основными документами, удостоверяющими личность российских граждан за пределами Российской Федерации, признаются паспорт, дипломатический паспорт, служебный паспорт, паспорт моряка (удостоверение личности моряка).

В августе 1996 г. вступил в силу Федеральный закон «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию».

Российские граждане, проживающие за рубежом, находятся как бы в двойном подчинении: с одной стороны, их правовое положе-

ние определяется соответствующим иностранным законодательством, с другой стороны, они пользуются правами и несут обязанности наравне с российскими гражданами, проживающими на территории Российской Федерации, за исключением случаев, установленных международными договорами РФ и законодательством РФ.

Лица, имеющие двойное гражданство, одно из которых — российское, не могут быть ограничены в правах и свободах и не освобождаются от обязанностей, вытекающих из гражданства Российской Федерации, если иное не предусмотрено международным договором или законодательством РФ.

Пребывая за границей, российские граждане находятся под защитой и покровительством России. Как предусмотрено в ч. 2 ст. 61 Конституции, **Российская Федерация гарантирует своим гражданам защиту и покровительство за ее пределами.**

Органы государственной власти Российской Федерации, российские дипломатические представительства и консульские учреждения, должностные лица этих представительств и учреждений обязаны содействовать тому, чтобы российским гражданам была обеспечена возможность пользоваться в полном объеме всеми правами, установленными Конституцией РФ, федеральными конституционными законами, федеральными законами, общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами РФ, законами и правилами государств проживания или пребывания российских граждан, а также возможность защищать их права и охраняемые законом интересы¹.

Защита в государстве пребывания прав и интересов российских граждан и юридических лиц с учетом законодательства государства пребывания, содействие установлению и развитию связей и контактов с проживающими в нем соотечественниками, организация действий загранучреждений Российской Федерации и российских граждан в государстве пребывания в условиях чрезвычайных ситуаций и руководство их действиями отнесены Положением о Посольстве Российской Федерации *к основным задачам и функциям Посольства*².

¹ См. ст. 7 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации».

² См. п. 6 Положения о Посольстве Российской Федерации, утвержденного Указом Президента РФ от 28 октября 1996 г. № 1497 // СЗ РФ. 1996. № 45. Ст. 5090.

Деятельность консульских учреждений по защите за границей прав и интересов Российской Федерации, российских граждан и юридических лиц опирается на консульские конвенции и другие международные договоры РФ, Консульский устав СССР¹, Основы законодательства РФ о нотариате, Федеральный закон от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния»², Положение о Консульском учреждении Российской Федерации, утвержденное Указом Президента РФ от 5 ноября 1998 г. № 1330³, и иные правовые акты.

Положение о Консульском учреждении Российской Федерации включает в **круг основных задач и функций Консульского учреждения**, в частности:

- защиту в государстве пребывания прав и интересов Российской Федерации, российских граждан и юридических лиц;
- оказание помощи и содействия российским гражданам и юридическим лицам;
- осуществление в установленном порядке и в пределах своей компетенции нотариальных действий, государственной регистрации актов гражданского состояния, функций по вопросам гражданства, установления опеки и попечительства, легализации и истребования документов, функций в отношении наследства с соблюдением законодательства государства пребывания;
- представительство или обеспечение надлежащего представительства российских граждан в судебных и иных учреждениях указанного государства с соблюдением его законодательства, если в связи с отсутствием или по другим причинам такие граждане не в состоянии своевременно осуществить защиту своих прав и интересов;
- осуществление соответствующих функций в отношении находящихся в пределах консульского округа на территории государства пребывания морских и речных судов под Государственным флагом Российской Федерации, военных кораблей и военно-вспомогательных судов России, воздушных судов,

¹ Ведомости ВС СССР. 1976. № 27. Ст. 404.

² СЗ РФ. 1997. № 47. Ст. 5340.

³ СЗ РФ. 1998. № 45. Ст. 5509.

зарегистрированных или учтенных в России, и их экипажей, оказание помощи таким судам и кораблям и их экипажам;

- осуществление в пределах своей компетенции функций по вопросам правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам с соблюдением законодательства государства пребывания;
- содействие установлению и развитию связей с соотечественниками, проживающими в пределах консульского округа, и др.

Консул принимает меры к тому, чтобы российские граждане и юридические лица пользовались в полном объеме всеми правами, предоставленными им законодательством государства пребывания и международными договорами РФ, а если эти права нарушены — к восстановлению нарушенных прав. Консул должен следить за тем, чтобы в отношении российского гражданина, заключенного под стражу или задержанного по подозрению в совершении преступления, или подвергнутого иным мерам, ограничивающим его свободу, соблюдались законы государства пребывания и международные договоры РФ.

Консульские учреждения Российской Федерации за пределами ее территории:

- производят государственную регистрацию рождения, заключения брака, расторжения брака, усыновления (удочерения), установления отцовства, перемены имени, а также смерти;
- по заявлениям российских граждан, постоянно проживающих за рубежом, иностранных граждан и лиц без гражданства принимают решения о внесении исправлений и изменений в записи актов гражданского состояния, составленные на территории Российской Федерации;
- вносят исправления и изменения в записи актов гражданского состояния, находящиеся у них на хранении, и выдают на основании этих записей повторные свидетельства о государственной регистрации актов гражданского состояния и иные документы, подтверждающие факты государственной регистрации этих актов;
- выполняют другие полномочия, связанные с государственной регистрацией актов гражданского состояния и предусмотренные федеральными конституционными законами,

федеральными законами (ст. 5 Федерального закона «Об актах гражданского состояния»).

Основами законодательства РФ о нотариате определяются нотариальные действия, совершаемые должностными лицами консульских учреждений Российской Федерации (ст. 38).

При возникновении на территории иностранного государства чрезвычайной ситуации Россией принимаются дипломатические, экономические и иные предусмотренные международным правом меры по обеспечению безопасности российских граждан, пребывающих на территории этого иностранного государства.

Правительственным решением утвержден комплекс мер по обеспечению эвакуации российских граждан из зарубежных государств при возникновении чрезвычайных ситуаций. Координация работ по выполнению этих мер и обеспечение взаимодействия министерств и ведомств возложены на *Министерство иностранных дел РФ*¹.

§ 5. Соотечественники

Федеральный закон от 24 мая 1999 г. № 99-ФЗ «О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом»² понимает под «соотечественниками» лиц, родившихся в одном государстве, проживающих либо проживавших в нем и обладающих признаками общности языка, религии, культурного наследия, традиций и обычаев, а также потомков указанных лиц по прямой нисходящей линии.

Под «соотечественниками за рубежом» в данном Федеральном законе подразумеваются:

- российские граждане, постоянно проживающие за пределами России;
- лица, состоявшие в гражданстве СССР, проживающие в государствах, входивших в состав СССР, получившие гражданство этих государств или ставшие лицами без гражданства;

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 30 декабря 1994 г. № 1451 «О комплексе мер по обеспечению эвакуации российских граждан из зарубежных государств в случае возникновения чрезвычайных ситуаций» // СЗ РФ. 1995. № 2. Ст. 153.

² СЗ РФ. 1999. № 22. Ст. 2670.

- выходцы (эмигранты) из Российского государства, Российской республики, РСФСР, СССР и Российской Федерации, имевшие соответствующую гражданскую принадлежность и ставшие гражданами иностранного государства либо имеющие вид на жительство или ставшие лицами без гражданства;
- потомки лиц, принадлежащих к указанным группам, за исключением потомков лиц титульных наций иностранных государств (титульной нацией в Законе обозначается часть населения государства, национальность которой определяет его официальное наименование).

Определяя принципы и цели государственной политики России в отношении соотечественников, Закон уделяет особое внимание государственной поддержке и помощи соотечественникам в реализации и обеспечении прав и свобод человека и гражданина, в том числе права:

- свободно выражать, сохранять и развивать свою самобытность, поддерживать и развивать духовный и интеллектуальный потенциал;
- устанавливать и свободно поддерживать всесторонние связи между соотечественниками и связи с Российской Федерацией, получать информацию из России, создавать национально-культурные автономии, общественные объединения, средства массовой информации и участвовать в их деятельности;
- участвовать в работе неправительственных организаций на национальном и международном уровнях;
- участвовать в развитии взаимовыгодных отношений между государством проживания и Россией;
- осуществлять свободный выбор места жительства или права возвратиться в Россию.

Во время пребывания на территории Российской Федерации соотечественники, являющиеся иностранными гражданами или лицами без гражданства, пользуются правами и несут обязанности наравне с российскими гражданами, за исключением случаев, установленных Конституцией РФ, международными договорами РФ, федеральными конституционными законами и федеральными законами.

В Законе сформулированы основы отношений с российскими гражданами, проживающими за рубежом, определены меры по поддержке соотечественников, в частности, в области основных прав и

свобод человека и гражданина, в экономической и социальной областях, в области культуры, языка и образования, информации.

Для достижения целей государственной политики России в отношении соотечественников за рубежом российским физическим и юридическим лицам, иностранным лицам и организациям, оказывающим соотечественникам материальную и финансовую помощь и поддержку, могут быть предоставлены налоговые, таможенные и иные льготы и преимущества наравне с соотечественниками и их организациями на основании законодательства РФ.

§ 6. Особенности правового положения переселенцев, беженцев и некоторых других лиц

1. Переселенцы. Распад Союза ССР и превращение граждан единой страны в жителей независимых государств, вызванные этим миграционные процессы и потребность обеспечить правовую защиту граждан одной страны — бывшей союзной республики на территории другой обусловили заключение Россией с некоторыми государствами СНГ и Балтии наряду с договорами о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам *ряда других соглашений*, в том числе:

- 1) о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев;
- 2) о правовом статусе российских граждан, постоянно проживающих на территории другой страны — бывшей союзной республики, и граждан этой страны, постоянно проживающих на территории Российской Федерации;
- 3) по вопросам гражданства.

В соглашениях о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев¹ **переселенцами** считаются лица, добровольно по-

¹ См.: Соглашение от 29 августа 1997 г. между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Армения о регулировании процесса добровольного переселения (СЗ РФ. 2004. № 13. Ст. 1112), Соглашение от 30 октября 1996 г. между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев (СЗ РФ. 1998. № 39. Ст. 4858), Соглашение от 18 июля 1995 г. между Правительством Российской Федерации и Правительством Киргизской Республики о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев (СЗ РФ.

кидающие государство своего проживания и переезжающие на постоянное место жительства на территорию другого государства.

Соглашения не применяются к беженцам, трудящимся-мигрантам, некоторым иным категориям граждан. Государство въезда вправе устанавливать ежегодно «переселенческую» квоту, согласно которой переселенцам и членам их семей выдаются разрешения на въезд в государство, избранное для постоянного проживания. На лиц, переселяющихся самовольно, действие соглашений не распространяется.

Гражданско-правовые споры в отношении имущества, находящегося на территории государства выезда, между переселенцами и членами их семей, с одной стороны, и заинтересованными лицами — с другой, решаются в судебном порядке на территории государства выезда и в соответствии с его законодательством и упомянутыми соглашениями.

В договаривающихся государствах должна обеспечиваться *защита переселенцев и членов их семей* от любого насилия, угроз и запугивания, а также дискриминационных действий по признаку пола, расы, языка, религии и убеждений, политических или иных взглядов, национального, этнического или социального происхождения, экономического, имущественного и семейного статуса со стороны как государственных должностных, так и частных лиц, групп, общественных объединений и других организаций.

Государство выезда оказывает содействие переселенцам и членам их семей в продаже или другой форме распоряжения жильем и иным имуществом, находящимся в их собственности, в приобретении авиационных и железнодорожных билетов, а государство въезда — в аренде, приобретении и строительстве жилья.

Россия и Туркменистан в 1995 г. подписали и ратифицировали Договор о сотрудничестве в целях обеспечения прав российского меньшинства в Туркменистане и туркменского — в Российской

1997. № 38. Ст. 4340), Соглашение от 2 июня 1993 г. между Правительством Российской Федерации и Правительством Латвийской Республики о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев (СЗ РФ. 1999. № 4. Ст. 505), Соглашение от 23 декабря 1993 г. между Российской Федерацией и Туркменистаном о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев (СЗ РФ. 1996. № 10. Ст. 831).

Федерации¹ и Договор о правовом статусе граждан Российской Федерации, постоянно проживающих на территории Туркменистана, и граждан Туркменистана, постоянно проживающих на территории Российской Федерации² (оба договора вступили в силу 10 июня 1997 г.). Стороны первого Договора гарантируют лицам, принадлежащим к меньшинству, гражданские, политические, социальные, экономические, культурные права и свободы в соответствии с общепризнанными нормами международного права в области прав человека.

Для целей Договора о правовом статусе граждан одной Стороны считается постоянно проживающим на территории другой Стороны, если он на основании разрешения, выданного этой другой Стороной, постоянно проживает на ее территории и при этом не является лицом, постоянно проживающим на территории Стороны своего гражданства. Гражданин одной Стороны, постоянно проживающий на территории другой Стороны («постоянный житель»), пользуется такими же правами и свободами и несет такие же обязанности, что и граждане Стороны проживания, постоянно проживающие на ее территории, за изъятиями, установленными Договором.

«Постоянный житель» не пользуется следующими правами:

- 1) избирать и быть избранным на высшие государственные должности и в высшие органы государственной власти страны проживания;
- 2) участвовать во всенародном референдуме, проводимом Стороной проживания;
- 3) занимать должности руководителей в системе органов государственной власти, должности на дипломатической службе, в органах безопасности и внутренних дел, а также должности судьи и прокурора в Стороне проживания.

Стороны в своем законодательстве могут сократить перечень изъятий, предусмотренных Договором в отношении правового статуса «постоянных жителей». Положения Договора не применяются к лицам, имеющим гражданство обеих Сторон (бипатридам).

На «постоянного жителя» не распространяются ограничения в правах или дополнительные обязанности, которые установлены

¹ СЗ РФ. 1997. № 32. Ст. 3747.

² СЗ РФ. 1997. № 32. Ст. 3748.

или могут быть установлены для иностранных граждан в Стороне проживания, включая условия и порядок въезда, пребывания, выдворения и выезда. Правоспособность и дееспособность «постоянного жителя» определяются по законодательству Стороны проживания.

В том, что касается гражданских и семейных отношений, которые не регулируются положениями Договора, Сторонами применяются положения Минской конвенции 1993 г.

Россией заключены также двусторонние договоры о правовом статусе российских граждан, постоянно проживающих на территории Армении, Грузии, Казахстана, Киргизии, и граждан этих стран, постоянно проживающих на территории Российской Федерации.

2. Беженцы. Правовое положение беженцев в России определяется *Конвенцией о статусе беженцев* 1951 г. и *Протоколом, касающимся статуса беженцев* 1967 г.¹, а также *Федеральным законом от 19 февраля 1993 г. № 4528-1 «О беженцах»*², в соответствии с которым принимаются другие федеральные законы и иные нормативные правовые акты Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ, касающиеся беженцев.

Под **беженцем** в Федеральном законе «О беженцах» (ст. 1) понимается лицо, которое не является российским гражданином 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 или не желает пользоваться защитой этой страны вследствие таких опасений: либо, не имея определенного гражданства и находясь вне страны своего прежнего обычного места жительства в результате подобных событий, не может или не желает вернуться в нее вследствие таких опасений.

Беженцем не может быть признано лицо:

- 1) в отношении которого имеются серьезные основания предполагать, что оно совершило преступление против мира, военное преступление или преступление против человечества;

¹ Бюллетень международных договоров. 1993. № 9. Ст. 28–31.

² Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 12. Ст. 425.

- 2) которое совершило тяжкое преступление неполитического характера вне пределов территории Российской Федерации и до того, как оно было допущено на территорию Российской Федерации в качестве лица, ходатайствующего о признании беженцем;
- 3) которое виновно в совершении деяний, противоречащих целям и принципам ООН;
- 4) за которым компетентные власти государства, где проживало это лицо, признают права и обязательства, связанные с гражданством этого государства;
- 5) которое в настоящее время пользуется защитой и (или) помощью других органов или учреждений ООН, кроме Верховного комиссара ООН по делам беженцев.

Федеральный закон «О беженцах» не распространяется и на иностранных граждан и лиц без гражданства, покинувших государство своей гражданской принадлежности (своего прежнего обычного места жительства) по экономическим причинам либо вследствие голода, эпидемии или чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера. Этим Законом определяются права и обязанности лица, признанного беженцем, основания приобретения и утраты этим лицом статуса беженца, порядок лишения беженца этого статуса.

В 1950 г. ООН учредила *Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев*¹ для содействия решению проблемы беженцев. В целях разрешения проблемы беженцев Россия сотрудничает с этим Управлением, другими международными организациями и иностранными государствами.

3. Вынужденные переселенцы. Закон РФ от 19 февраля 1993 г. № 4530-1 «О вынужденных переселенцах» (в редакции Федерального закона от 20 декабря 1995 г. № 202-ФЗ)² именует **вынужденным переселенцем** гражданина Российской Федерации, покинувшего место жительства вследствие совершенного в отношении его или членов его семьи насилия или преследования в иных формах либо вследствие реальной опасности подвергнуться преследованию по признаку расовой или национальной принадлежности, вероисповедания, языка, а также по признаку принадлежности к определенной соци-

¹ Действующее международное право. Т. 1. С. 278–283.

² СЗ РФ. 1995. № 52. Ст. 5110.

альной группе или политических убеждений, ставших поводами для проведения враждебных кампаний в отношении конкретного лица или группы лиц, массовых нарушений общественного порядка.

При наличии обстоятельств, предусмотренных этим определением, вынужденным переселенцем признается гражданин Российской Федерации, вынужденный покинуть:

- 1) место жительства на территории иностранного государства и прибывший на территорию Российской Федерации;
- 2) место жительства на территории одного субъекта РФ и прибывший на территорию другого ее субъекта.

Закон относит к вынужденным переселенцам также иностранного гражданина и лицо без гражданства, постоянно проживающих на законных основаниях на территории Российской Федерации, изменивших место жительства в пределах этой территории по указанным обстоятельствам.

Кроме того, вынужденным переселенцем признается гражданин бывшего СССР, постоянно проживавший на территории республики, входившей в состав СССР, получивший в России статус беженца и утративший этот статус в связи с приобретением российского гражданства, при наличии обстоятельств, препятствовавших обустройству данного лица на территории Российской Федерации в период действия статуса беженца.

В Законе определяются лица, которые не могут быть признаны вынужденными переселенцами, права и обязанности вынужденных переселенцев, решаются вопросы утраты и лишения статуса вынужденного переселенца и некоторые другие вопросы.

4. Лица, которым предоставлено политическое убежище. Содержание права убежища и основания его предоставления определены во Всеобщей декларации прав человека 1948 г., в Декларации о территориальном убежище 1967 г.¹, принятой ООН, в законодательстве многих государств.

Всеобщая декларация прав человека (ст. 14) предусматривает: каждый человек имеет право искать убежища от преследования в других странах и пользоваться этим убежищем. Это право не может быть использовано «в случае преследования, в действительности основанного на совершении неpoliticalического преступления или де-

¹ Действующее международное право. Т. 1. С. 338, 339.

яния, противоречащего целям и принципам Организации Объединенных Наций».

Предоставление политического убежища — суверенное право государства. Своим внутренним актом оно определяет мотивы предоставления убежища, статус лиц, которым оно предоставлено, порядок предоставления и случаи утраты права на убежище. Согласно ч. 1 ст. 63 Конституции РФ политическое убежище предоставляется Российской Федерацией иностранным гражданам и лицам без гражданства в соответствии с общепризнанными нормами международного права.

Указом Президента РФ от 21 июля 1997 г. № 746 утверждено *Положение о порядке предоставления Российской Федерацией политического убежища*¹.

Политическое убежище предоставляется Россией иностранным гражданам и лицам без гражданства с учетом государственных интересов Российской Федерации на основании общепризнанных принципов и норм международного права в соответствии с Конституцией РФ и названным Положением. Россия предоставляет политическое убежище лицам, ищущим убежище и защиту от преследования или реальной угрозы стать жертвой преследования в стране своей гражданской принадлежности или в стране своего обычного местожительства за общественно-политическую деятельность и убеждения, которые не противоречат демократическим принципам, признанным мировым сообществом, нормам международного права.

Предоставление Россией политического убежища производится указом Президента РФ.

Лицо, которому предоставлено политическое убежище, пользуется на территории Российской Федерации правами и свободами и несет обязанности *наравне с гражданами Российской Федерации*, кроме случаев, установленных для иностранных граждан и лиц без гражданства федеральным законом или международным договором РФ.

Политическое убежище Россией не предоставляется, если лицо:

- преследуется за действия (бездействие), признаваемые в России преступлением, или виновно в совершении действий, противоречащих целям и принципам ООН;

¹ СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3601.

- привлечено в качестве обвиняемого по уголовному делу либо в отношении его имеется вступивший в законную силу и подлежащий исполнению обвинительный приговор суда на территории Российской Федерации;
- прибыло из третьей страны, где ему не грозило преследование;
- прибыло из страны с развитыми и устоявшимися демократическими институтами в области защиты прав человека;
- прибыло из страны, с которой Россия имеет соглашение о безвизовом пересечении границ, без ущерба для права данного лица на убежище в соответствии с Законом РФ «О беженцах»;
- представило заведомо ложные сведения;
- имеет гражданство третьей страны, где оно не преследуется;
- не может или не желает вернуться в страну своей гражданской принадлежности или страну своего обычного местожительства по экономическим причинам либо вследствие голода, эпидемии или чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера.

Лицо, которому Россией предоставлено политическое убежище, *утрачивает право на предоставленное политическое убежище в случаях:*

- возврата в страну своей гражданской принадлежности или страну своего обычного местожительства;
- выезда на жительство в третью страну;
- добровольного отказа от политического убежища на территории Российской Федерации;
- приобретения гражданства Российской Федерации или гражданства другой страны.

Лицо может быть лишено предоставленного ему Россией политического убежища:

- по соображениям государственной безопасности;
- если это лицо занимается деятельностью, противоречащей целям и принципам ООН;
- если оно совершило преступление и в отношении его имеется вступивший в законную силу и подлежащий исполнению обвинительный приговор суда.

Лишение политического убежища производится указом Президента РФ.

§ 7. Механизм контроля в области прав и основных свобод человека

Как зафиксировано в ч. 3 ст. 46 Конституции РФ, каждый вправе в соответствии с международными договорами РФ *обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.*

Механизмы контроля в области прав и основных свобод человека формируются:

- на универсальном уровне (в рамках ООН, ее специализированных организаций и органов, включая Верховного комиссара по правам человека, Комиссию по правам человека, Комиссию по правам женщин);
- на региональном уровне (Европейская комиссия по правам человека, Европейский суд по правам человека, Комиссия по правам человека СНГ);
- на национальном уровне (Совет при Президенте РФ по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека, Уполномоченный по правам человека в РФ).

Факультативными протоколами к Международному пакту о гражданских и политических правах 1966 г. признано целесообразным предоставить **Комитету по правам человека**, учрежденному на основании ч. IV этого Пакта, возможность принимать и рассматривать сообщения от отдельных лиц, утверждающих, что они являются жертвами нарушений какого-либо из прав, изложенных в Пакте.

Комитет не рассматривает никаких сообщений от лиц, *пока не удостоверится в том, что:*

- этот же вопрос не рассматривается в соответствии с другой процедурой международного разбирательства или урегулирования;
- данное лицо исчерпало все доступные внутренние средства правовой защиты.

Это правило не действует в тех случаях, когда применение таких средств неоправданно затягивается.

Высказано мнение: «Правило исчерпания внутренних средств является нормой обычного международного права, что неоднократно подчеркивалось в решениях международных судов... Отсутствие такого правила привело бы к тому, что иностранцы оказались в при-

вилегированном положении, при каждом удобном случае обращаясь к защите своего государства, игнорируя местные органы»¹.

Собственный механизм Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.² включает обязательную юрисдикцию **Европейского суда по правам человека** и систематический контроль за выполнением постановлений этого Суда со стороны **Комитета министров Совета Европы**. В соответствии со ст. 35 Конвенции Европейский суд может принимать дело к рассмотрению только после того, как исчерпаны все внутренние средства правовой защиты согласно общепризнанным нормам международного права, в течение шести месяцев с даты вынесения национальными органами окончательного решения по делу.

Российская Федерация как участник упомянутой Европейской конвенции признает юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случае предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих актов, когда предполагаемое нарушение имело место после вступления в силу в отношении Российской Федерации³. Применение судами Конвенции осуществляется с учетом практики Европейского суда по правам человека во избежание любого нарушения Конвенции.

В силу п. 1 ст. 46 Конвенции постановления Европейского суда в отношении Российской Федерации, принятые окончательно, являются *обязательными для всех органов государственной власти Российской Федерации, в том числе и для судов*.

В связи с ратификацией Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и в целях обеспечения эффективной защиты интересов Российской Федерации при рассмотрении дел в Европейском суде по правам человека учреждена должность **Уполномоченного Российской Федерации при Европейском суде по пра-**

¹ Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть: учебник. М., 1997. С. 39.

² СЗ РФ. 1998. № 20. Ст. 2143.

³ См. ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» (СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 1514); постановление Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

вам человека — заместителя Министра юстиции Российской Федерации¹.

К основным функциям Уполномоченного относятся:

- защита интересов России при рассмотрении в Европейском суде по правам человека дел, возбужденных против нее на основании упомянутой Конвенции;
- изучение правовых последствий решений Европейской комиссии по правам человека и Суда для государств — членов Совета Европы;
- подготовка с учетом прецедентного права Совета Европы рекомендаций по совершенствованию законодательства РФ и правоприменительной практики, а также по участию России в международных договорах и по развитию норм международного права, отвечающих интересам Российской Федерации.

В случае вынесения Судом или Комитетом министров Совета Европы решения о выплате истцу денежной компенсации в связи с неправомерными действиями федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления и (или) о восстановлении нарушенного права Уполномоченный информирует об этом указанные органы и Министерство финансов РФ, которые не позднее чем через месяц после получения такого извещения обеспечивают исполнение решения в полном объеме и уведомляют Уполномоченного о принятых мерах. О вынесении Судом или Комитетом министров Совета Европы указанного решения Уполномоченный информирует Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ и Генеральную прокуратуру РФ.

Положение о Комиссии по правам человека Содружества Независимых Государств, утвержденное Советом глав государств СНГ 24 сентября 1993 г.², направлено на регулирование деятельности указанной Комиссии, предусмотренной в ст. 33 Устава СНГ, с целью наблюдения за выполнением обязательств по правам человека, взятых на

¹ См.: Указ Президента РФ от 29 марта 1998 г. № 310 «Об Уполномоченном Российской Федерации при Европейском суде по правам человека — заместителе Министра юстиции Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 1540.

² Бюллетень международных договоров. 1999. № 6. С. 13–16.

себя государствами-членами в рамках Содружества. Каждая Сторона имеет право направлять любой из Сторон письменные запросы по вопросам, связанным с нарушением прав человека какой-либо из Сторон и входящим в компетенцию Комиссии. На Комиссию возлагается также рассмотрение индивидуальных и коллективных обращений любых лиц и неправительственных организаций по вопросам, связанным с нарушениями прав человека любой из Сторон и входящим в компетенцию Комиссии, в соответствии с установленными правилами процедуры.

Комиссия не должна рассматривать обращения по существу, пока не удостоверится в том, что:

- 1) поставленный в обращении вопрос не рассматривается в соответствии с другой процедурой международного разбирательства или урегулирования;
- 2) заявитель исчерпал все доступные внутригосударственные средства правовой защиты и с этого момента прошло не более шести месяцев;
- 3) обращение не является анонимным.

В целях совершенствования государственной политики в области обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина, а также содействия развитию институтов гражданского общества Указом Президента РФ от 6 ноября 2004 г. № 1417 был образован Совет при Президенте Российской Федерации по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека¹.

Среди *основных задач Совета* можно выделить:

- систематическое информирование Президента РФ о положении дел в области соблюдения прав и свобод человека и гражданина в России и за рубежом;
- организацию проведения экспертизы проектов федеральных законов и иных нормативных правовых актов, предусматривающих регулирование вопросов обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина, подготовку соответствующих предложений Президенту РФ;
- содействие разработке механизмов общественного контроля в области обеспечения и защиты прав и свобод человека

¹ СЗ РФ. 2004. № 46 (ч. II). Ст. 4511.

и гражданина, подготовку соответствующих предложений Президенту РФ;

- участие в укреплении международного сотрудничества в области обеспечения прав и свобод человека и гражданина;
- содействие правовому просвещению населения;
- анализ обращений физических и юридических лиц, содержащих информацию о проблемах в области обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина.

Совет не рассматривает обращения по личным вопросам, в том числе связанным с имущественными, жилищными и трудовыми спорами, а также с жалобами на решения судов, органов следствия и дознания.

Создание в целях защиты прав человека системы соответствующих органов СНГ (Комиссии по правам человека, Суда СНГ по правам человека и др.), дополненной европейским региональным механизмом, является существенной гарантией претворения в жизнь основных прав и свобод человека и гражданина на территории стран СНГ.

Контрольные вопросы

1. Как определяются в российском законодательстве понятия «иностран- ный гражданин» и «лицо без гражданства»?
2. В чем суть национального режима, определяющего правовое положение иностранных граждан и лиц без гражданства в области междуна- родного частного права? Какими правовыми актами могут быть уста- новлены изъятия из национального режима?
3. Как определяется в российском законодательстве понятие «личный за- кон физического лица» и какие вопросы решаются на основе этого за- кона?
4. В каких случаях при определении дееспособности физического лица привязка к его личному закону уступает место иным коллизионным правилам?
5. Что понимается под «правилом исчерпания внутренних средств право- вой защиты»?

Рекомендуемая литература

1. Алексеева Л.Б., Жуйков В.М., Лукашук И.И. Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации: практическое пособие. М., 1996.

2. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI: Международное частное право. Комментарий и постатейные материалы / отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004.*
3. *Зимненко Б.Л. Решения Европейского Суда по правам человека и правовая система Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2004. № 2.*
4. *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002.*
5. *Марышева Н.И. Право собственности иностранных граждан и лиц без гражданства // Право собственности. Актуальные проблемы. М., 2008.*
6. *Марышева Н.И., Звеков В.П. Новая кодификация норм международного частного права // Хозяйство и право. 2002. № 4.*
7. *Международное частное право: иностранное законодательство / предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.*
8. *Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / под общ. ред. Е.А. Лукашевой. М., 2002.*
9. *Правовой статус иностранных граждан и юридических лиц в Российской Федерации. М., 1995.*
10. *Романов С.В. О теоретических основах правового регулирования статуса иностранца в Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1996. № 2.*
11. *Шерстобоев О.Н. Законодательство о правовом положении иностранных граждан // Российский юридический журнал. 2008. № 5.*

Глава 6

Правовое положение юридических лиц

§ 1. Национальность и личный статус юридического лица

1. «Привязанность» юридического лица к определенному государству и его правопорядку именуется в международном частном праве «национальность» юридического лица. Принадлежность юридического лица к определенному государству и, соответственно, его правопорядку отличается от гражданства физических лиц.

Гражданство физического лица — это институт государственного права и применяется исключительно к гражданам того или иного государства.

Национальность юридического лица — понятие, которое применяется условно. «Судьям пришлось применить привязку к праву государства и для юридического лица так же, как существует привязка физического лица к соответствующему государству, с учетом того, что юридическое лицо является искусственным, „правом созданным“ образованием, существующим независимо от лиц, в нем участвующих, и независимо от волеизъявления этих лиц»¹.

Национальность юридического лица, таким образом, означает его принадлежность к конкретному государству и определяется в соответствии с критериями, установленными в стране, суд которой рассматривает возникший спор.

¹ Cheshire G.C. Private International Law. Oxford, 1935. P. 122, 123.

В мировой практике существует несколько основных критериев, позволяющих определить национальность юридического лица:

- по месту создания (регистрации или утверждения устава) юридического лица, так называемому месту инкорпорации юридического лица; или
- месту нахождения его административного центра (управляющего органа); или
- месту его основной деятельности.

В разных странах действуют различные критерии для определения национальности юридического лица. В странах англо-американского права — это *место инкорпорации юридического лица*¹.

В странах континентальной Европы принят *критерий места нахождения административного центра или правления юридического лица*. Так, в Италии «компании, ассоциации, учреждения и иные юридические лица, будь то частного или публичного права, подчиняются закону государства, на территории которого эти юридические лица были учреждены. Однако независимо от этого итальянский закон будет применяться всегда, когда *местом органа управления этого юридического лица, равно как местом нахождения его основной деятельности, является Италия*»² (п. 1 ст. 25 Закона Италии) (курсив мой. — Н. Д.). Критерий места нахождения юридического лица согласно итальянскому закону включает в себя *место нахождения органа управления и место основной деятельности юридического лица*. Закон в данном случае исходит из понимания того, что компания осуществляет свою деятельность преимущественно в том государстве, где находится ее орган управления.

В соответствии с Законом о международном частном праве Швейцарии «местом нахождения юридического лица считается место нахождения, указанное в учредительных документах. При отсутствии такого указания местом нахождения компании считается ме-

¹ Согласно английской терминологии для юридического лица место его нахождения (домиций) определяется как домиций «в стране, где оно было учреждено — инкорпорировано», Dicey & Morris. Rules 154 (1) and 155; Stone P. The Conflict of Laws. London, 1995. P. 106.

² Law № 218 of 31.05.1995 «Reformation of the Italian System of Private International Law».

сто нахождения ее органа управления» (п. 2 ст. 21)¹. Что касается личного статута юридического лица, то применительно к коммерческим организациям (товариществам) предусматривается: «К товариществам применяется право государства, в котором они учреждены, при условии соблюдения установленных правом этого государства требований в части оглашения или регистрации, а при отсутствии таких требований — при условии их учреждения в соответствии с правом этого государства. К товариеству, не удовлетворяющему вышеуказанным условиям, применяется *право государства, из которого фактически осуществляется управление им*» (ст. 154)² (курсив мой. — Н. Д.).

Местом нахождения органа управления обычно считается место, указанное в уставе. Отсюда и необходимость обращения к праву государства, где учреждено товарищество и где опубликован («оглашен») или зарегистрирован устав товарищества. При отсутствии такой информации суды рассматривают в качестве места нахождения органа управления место, где управленческое решение трансформируется в повседневную деятельность³.

О «личном законе» (статуте) юридического лица говорится в Федеральном законе «О международном частном праве» Австрии 1978 г. «Личным законом юридического лица или какого-либо другого объединения лиц или имуществ, которое может быть носителем прав и обязанностей, является право того государства, в котором этот носитель прав имеет свое *фактическое местонахождение главного органа управления*» (§ 10) (курсив мой. — Н. Д.).

С ростом объема иностранных инвестиций все большее значение приобретает *критерий места основной деятельности, позволяющий подчинить решение вопросов правового режима иностранных юридических лиц местному законодательству*.

В английском праве для того, чтобы понять связь юридического лица с государством, определяющим правовой режим его деятельности (не национальность, а статус — в смысле «режим деятельности в рамках определенной правовой системы»), применяется *понятие*

¹ Swiss Federal Statute on Private International Law of December 18, 1987 // The American Journal of Comparative Law. 1989. V. 37. P. 193–246.

² Ibid.

³ International and Comparative Law Quarterly. 2003. V. 52. P. 181.

квазидомицилия, поскольку невозможно говорить о домиции или даже о месте нахождения (*residence*) применительно к искусственно созданным образованиям.

Торговая компания, например, имеет квазидомиций в стране, где осуществляется ее основная деятельность или находится центр, откуда контролируется ее деятельность, — место нахождения ее «мозгового центра» — центра управления¹. Однако в любом случае, согласно английскому праву, если юридическое лицо (корпорация) будет иметь местом нахождения Великобританию, где оно было инкорпорировано, то даже при наличии органа управления в любом ином государстве эта компания «всегда будет считаться компанией, инкорпорированной по закону Великобритании (или какой-либо ее части), и будет рассматриваться как компания, имеющая местом нахождения Великобританию»².

Несовпадение рассматриваемых критериев в праве различных стран создает иногда значительные трудности. Компания, учрежденная в Швейцарии, правление которой находится в Лондоне, будет рассматриваться в Великобритании или в США как швейцарская, т.е. имеющая швейцарский статут. В то же время в соответствии с правом Франции или ФРГ эта компания будет рассматриваться как английская компания.

Создание Европейского союза и гармонизация корпоративного права поставили *вопрос о конкуренции правовых систем в области регулирования деятельности иностранных юридических лиц*. Поводом для этого послужило применение коллизионной привязки, согласно которой личным статутом компании является закон страны места учреждения юридического лица. Учредители, действуя на основании положений Договора, лежащего в основании ЕС, о свободе учреждения (ст. 48 Римского Договора об учреждении Европейского Экономического Сообщества 1957 г.³), получают также и свободу выбора правовой системы, в рамках которой будет действовать учрежденное ими юридическое лицо. Так, по мнению У. Батлера, решение инвестора, связанное с выбором английского, российского и иного права, зависит от ряда факторов. Среди них: полнота корпоративного

¹ Cheshire G.C. Op. cit. P. 123–124.

² Stone P. The Conflict of Laws. London, 1995. P. 107.

³ СПС «КонсультантПлюс».

регулирования, судебная практика, предсказуемость управленческих решений, простота регистрации юридического лица, система налогообложения, регулирование труда и социальных отношений как факторов, позволяющих уменьшить расходы иностранного юридического лица¹.

В континентальном праве ряда стран Европейского союза, в которых, следуя теории оседлости, принят критерий реального местонахождения компании, к вопросу о свободе учреждения компании обращались в судебных делах, связанных с таким явлением, как «перемещение компаний». Перенос местонахождения компании «подразумевает, что компания исключается из реестра компаний в государстве своего создания и вносится в реестр принимающего государства»². Гораздо чаще перемещение связывается не с формальной процедурой, а с фактическими действиями, например с открытием за рубежом филиала, который становится центром управления деятельностью компании по месту открытия филиала.



В деле *Centros* отказ в регистрации филиала иностранного юридического лица в Дании обосновывался тем, что компания, учрежденная в Англии датской супружеской парой, не осуществляет в Великобритании хозяйственную деятельность, а действия лиц из Дании представляют собой злоупотребление правом, так как позволяют им избежать исполнения требования датского закона о минимальном размере уставного капитала, что само по себе создает угрозу для кредиторов, находящихся на территории Дании. Европейский суд, рассматривавший это дело, не согласился с тем, что действия супружеской пары из Дании следует рассматривать как злоупотребление правом и попытку избежать требований датского закона. И в Дании, и в Великобритании принят критерий инкорпорации как критерий, определяющий личный статус юридического лица, а Римский договор в ст. 43 и 48 (в старой нумерации 52 и 58) обеспечивает признание иностранных юридических лиц, создаваемых в странах Европейского союза. В то же время Суд признал, что требование датского законодательства о минимальном размере капитала является по характе-

¹ Батлер У. Акционерное законодательство Англии и России: сравнительно-правовой анализ / вступ. ст. Ю.В. Петровичева. М., 2002. С. VI.

² Дубовицкая Е. Европейское корпоративное право: свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. М., 2004.

ру императивной нормой, применяемой в общественных интересах. Применение императивной нормы, как это было сформулировано в решении суда, не должно носить дискриминационный характер. Оно должно обеспечивать достижение цели, ради которой эта норма была принята.

Суд посчитал, что именно это последнее условие не было соблюдено. По мнению Суда, отказ в регистрации филиала не может рассматриваться как способ защиты интересов кредиторов в Дании. «Государства — члены Евросоюза должны обладать возможностью воспрепятствовать совершению обманных действий, однако это невозможно сделать путем отказа в регистрации филиала компании, которая была учреждена в другом государстве»¹.

Европейский суд рассматривал дело *Centros* как дело о фактическом перемещении места нахождения центра управления компании. Критерий инкорпорации, принятый в законодательстве Англии и Дании, не препятствовал принятию решения об изменении места нахождения компании. Отказывая в регистрации филиала, Суд не препятствовал перемещению места фактического нахождения компании из Великобритании в Данию. Он признал отказ органов Дании в регистрации филиала правомерным, так как следовал действующей в Дании императивной норме относительно требования минимального уставного капитала.



Иное решение было принято по делу *Ueberseeing*, в котором применялось право Германии, где критерием определения личного статута является критерий реального местонахождения компании. В случае если центр управления располагается за пределами Германии, международное частное право Германии предусматривает применение права страны, где находится центр управления, включая коллизионные нормы этой страны. В названном деле решение суда основывалось на том, что после переноса местонахождения в Германию иностранная компания прекращает свое существование. Она может рассматриваться лишь как товарищество или как компания, находящаяся в стадии учреждения, т.е. как организация, не обладающая статусом юридического лица².

¹ *Wulf-Henning Roth*. From Centros to Ueberseeing: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law // *International & Comparative Law Quarterly*. V. 52. Part 1, 2001. P. 178, 179.

² *Ibid.* P. 182.

В приведенных делах решение суда во многом зависело от коллизионной привязки, действующей в отношении личного статуса иностранного юридического лица.

2. Коллизионная норма о личном статусе носит императивный характер. Государство определяет, как, т.е. согласно какому критерию, следует определять личный статус юридического лица. По этому критерию можно судить о юридическом лице как о швейцарском, французском, германском юридическом лице, а это влечет за собой применение норм права соответствующего государства по перечисленным в законе вопросам (является ли организация юридическим лицом, каков объем правоспособности, в каком порядке оно возникает и прекращает свое существование).

В российском законодательстве на основе личного статуса определяются:

- статус организации в качестве юридического лица;
- его организационно-правовая форма;
- требования к наименованию;
- вопросы создания, реорганизации и ликвидации, включая вопросы правопреемства;
- содержание правоспособности;
- порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и обязанностей;
- внутренние отношения, в том числе и отношения юридического лица с его участниками;
- способность юридического лица отвечать по своим обязательствам (п. 2 ст. 1202 ГК РФ).

В английском праве, согласно доктрине «внутренних отношений», личный статус применяется при регулировании так называемых внутрикорпоративных отношений, т.е. отношений между участниками юридического лица, а также отношений между самим юридическим лицом и его участниками. Личный статус в Великобритании определяет также порядок реорганизации и ликвидации юридического лица¹.

Коллизионный вопрос о личном статусе юридического лица иногда связывается с регулированием (определением правового режима) экономической, в частности инвестиционной, деятельности

¹ Stone P. Conflict of Laws. N.Y., 1995. P. 106.

иностранного лица. Некоторые авторы относят к коллизионным критериям *критерий контроля*, используемый при регулировании инвестиций, а также критерии, встречаемые в законе о валютном регулировании, налоговом законодательстве. Однако следует признать, что *только критерий, содержащийся в ст. 1202 ГК РФ (место учреждения юридического лица), служит цели определения личного статуса юридического лица.*

Что касается норм о нерезидентах в валютном и налоговом законодательстве, то эти нормы относятся к характеристике режима деятельности иностранных юридических лиц на территории государства, где ими совершаются соответствующие действия. На важность разграничения коллизионных норм, направленных на определение личного статуса, от других норм обращалось внимание в нашей литературе¹.

При определении режима деятельности иностранного юридического лица в стратегически важных отраслях народного хозяйства Российской Федерации применен критерий контроля. Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»² регулирует отношения, связанные с осуществлением инвестиций в форме приобретения акций (долей) в уставном капитале хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение. Кроме того, данный Закон регулирует отношения, связанные с совершением сделок, в результате которых устанавливается контроль иностранных инвесторов или группы лиц над такими хозяйственными обществами (п. 1 ст. 2).

Указанный Закон устанавливает запрет на совершение сделок, влекущих за собой установление контроля над хозяйственными обществами стратегического значения не только для иностранных государств и международных организаций, но также и для организаций, находящихся под их контролем (п. 2 ст. 2). Названные лица (иностранное государство, международные организации и организации, находящиеся под их контролем) не вправе совершать сделки,

¹ См., напр.: *Асосков А.В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М., 2003. С. 42–45.

² СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

влекущие за собой установление контроля. В случае совершения сделок, результатом которых явится приобретение 25% голосов в хозяйственном обществе, имеющем стратегическое значение, либо иная возможность блокировать решения органов управления такого хозяйственного общества, эти сделки подлежат согласованию в порядке, предусмотренном законом (п. 3 ст. 2).

Для цели реализации приведенных положений Закона установлены признаки существования контроля над хозяйственным обществом со стороны иностранного инвестора. К ним относятся, например, право распоряжаться более чем 50% голосов в контролируемом обществе, возможность определять решения, принимаемые контролируемым лицом, назначать единоличный орган или более чем 50% коллегиального органа, состава совета директоров, наблюдательного совета (п. 1–3 ст. 5).

Как следует из п. 2 ст. 3 названного Закона, для целей применения закона понятие «иностраный инвестор» включает в себя, помимо лиц, перечисленных в Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», также организации, созданные на территории Российской Федерации, находящиеся под контролем иностранных инвесторов.

Принятие Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» означает применение метода регулирования, характерного для системы рыночных отношений. Этот метод антимонопольного регулирования используется в Федеральном законе от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹. Не случайно, что в приведенном Федеральном законе «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» ряд понятий используется в значении, которое им придается в антимонопольном законодательстве. Понятия «группа лиц», «соглашение», «согласованные действия» используются в значениях, указанных в Федеральном законе «О защите конкуренции».

В понятие «режим деятельности» входит не только режим совершения сделок иностранными инвесторами, но также и нормы валют-

¹ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434.

ного и налогового законодательства, в которых регулируется деятельность нерезидентов. Нормы о нерезидентах в валютном и налоговом законодательстве относятся к характеристике режима деятельности юридических лиц, осуществляющих экономическую деятельность на территории данного государства. Они определяют сферу применения, соответственно, валютного, налогового или инвестиционного законодательства и по своей природе и назначению не являются коллизионными нормами, т.е. не служат цели определения личного статуса.

Ошибочное понимание норм валютного и налогового законодательства об иностранных лицах (нерезидентах) приводит к появлению теорий, которые пытаются объяснить сложные вопросы, возникающие в связи с вывозом капитала (валютное регулирование) и «международной» деятельностью (т.е. деятельностью в иностранном государстве) компаний (налоговое законодательство). Хотя «международная» деятельность компаний действительно создает предпосылки для применения разного рода критериев к юридическим лицам, в зарубежной литературе всегда разграничивается коллизионное и материальное право, применяемое к иностранным юридическим лицам¹.

По этой же причине было бы неправильно, на наш взгляд, рассматривать приведенные выше примеры с перемещением места нахождения компаний или выбором учредителями места учреждения новой компании как действие принципа автономии воли сторон². Норма о личном статусе иностранного юридического лица носит императивный характер и в условиях действия принципа свободы перемещения капитала, т.е. свободы выбора места учреждения компании.

Различие между коллизионными критериями и критериями, содержащимися в материальном праве, можно проиллюстрировать на примере английского права. В английском праве «любое лицо, физическое или искусственно созданное (юридическое лицо), в момент рождения приобретает домицилий по происхождению в результате

¹ International and Comparative Law Quarterly. 2003. V. 52. P. 181–184.

² Асосков А.В. Рецензия на статьи Дж. Дэммана, посвященные концепции свободы выбора права, применимого к корпоративным отношениям // Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. № 4. С. 271–280.

применения права. У физического лица — это домиций родителей, у юридического — это страна, в которой оно было учреждено»¹. Когда речь идет о налогообложении, английское право использует критерий места нахождения (*residence*), а не домиций — место, где юридическое лицо было учреждено. Компания является резидентом в стране, если страна является местом контроля и управления компанией.

В результате применения критериев, содержащихся в материальном праве, возможно отношение к английским компаниям как к псевдоиностранным. Примером этого являются английские компании, рассматриваемые в период Первой и Второй мировых войн как «враждебные иностранцы», с которыми было запрещено совершать коммерческие сделки². Признаки, по которым компания могла быть отнесена к категории «враждебных» или «иностранных», не были критериями, по которым можно было бы определить государственную принадлежность юридического лица. Признаки, определяющие подобный характер компании, являлись признаками, необходимыми для применения правового режима лишь к ограниченному кругу юридических лиц.

После Второй мировой войны с появлением новых независимых государств в законах (кодексах) об иностранных инвестициях, принятых этими государствами, к иностранным юридическим лицам стали относить не только компании, имеющие «иностраный» статус (созданные по закону другого государства), но и национальные, с точки зрения действующих коллизионных критериев, юридические лица, находящиеся под контролем иностранных.

Подобно критерию, определяющему «враждебный» характер германских компаний, осуществлявших свою деятельность в Великобритании в период войны, целью критерия контроля, применяемого в законах об иностранных инвестициях развивающихся стран, было выделение круга юридических лиц, подпадающих под особый правовой режим. В отличие от предыдущих лет компании, подчиняющиеся особому режиму, относились к категории не «враждебных», а «иностранных». Деятельность одних и тех же юридических лиц

¹ Dicey & Morris. Rule 152—1.

² См.: Луиц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 42, 43.

в различных государствах привела к тому, что они стали именоваться «международные».

3. «Международными» нередко называют **многонациональные предприятия**, имеющие разбросанную по всему миру сеть филиалов и дочерних компаний. При этом экономическая подчиненность и юридическая независимость дочерних компаний от головной организации являются основной характеристикой таких «международных» организаций.

Л.А. Лунц, ссылаясь на известного английского юриста К. Шмиттгоффа, выделяет **характерную для многонациональных предприятий черту: экономическое единство при юридической множественности**¹.

В современной литературе выделяются два подхода к определению национальности транснациональных корпораций (ТНК) или многонациональных предприятий:

- первый основан на определении личного статуса самой ТНК (*entity approach*);
- второй — на понимании ТНК как множества предприятий (*enterprise approach*), каждое из которых имеет свой личный статус².

Первый подход к определению национальности ТНК заключается в том, что личным статутом такой корпорации является закон страны места ее учреждения. Такой подход был распространен до 80-х гг. прошлого столетия. Он применялся как к ТНК, признаваемым международными корпорациями в силу участия в них своим капиталом иностранных юридических лиц, так и к ТНК, имеющим разветвленную сеть филиалов, дочерних компаний и представительств в иностранных государствах³.

В настоящее время к ТНК, состоящим из множества дочерних компаний, применяется *второй подход (enterprise approach)*. Однако и при этом подходе дочерняя компания рассматривается как юри-

¹ См.: Лунц Л.А. Многонациональные предприятия капиталистических государств в аспекте международного частного права // Советское государство и право. 1975. № 5.

² См.: Rueven S. Avi-Yonah, National Regulation of Multinational Enterprises: An Essay on Comity, Extraterritoriality, and Harmonization // Columbia Journal of Transnational Law. 2003. V. 42. N. 1. P. 9.

³ О классификации ТНК см.: Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2004. С. 144.

дическое лицо, являющееся частью ТНК, чей личный статус определяется в соответствии с национальным правом того или иного государства.

Выделение двух подходов к определению национальности ТНК позволяет регулировать деятельность многонациональных («международных») или транснациональных корпораций исключительно в рамках международного частного права.

4. Унификация правового регулирования «международных» компаний велась в двух направлениях:

- 1) создание Кодекса поведения ТНК в рамках ООН;
- 2) создание единого корпоративного права в странах Европейского союза.

Работа над Кодексом поведения предполагала создание единого образного режима деятельности для юридических лиц, имеющих разветвленную сеть филиалов и дочерних компаний в зарубежных странах. Унификация в Европейском союзе проводилась в направлении гармонизации права о компаниях в государствах — членах ЕС.

Принцип свободы перемещения капитала, лежащий в основе Европейского союза, означает свободу выбора правовой системы для учреждения юридического лица. В этих условиях международному частному праву отводится важная роль в осуществлении контроля за деятельностью многонациональных предприятий.

В тех государствах, где принят *критерий инкорпорации*, присутствует стремление подчинить своей юрисдикции зарубежную деятельность юридического лица. *Критерий местонахождения* компании позволяет государству контролировать деятельность иностранной компании в пределах своей территории. И та, и другая теория, по мнению многих авторов, имеет свои недостатки¹. Однако эти недостатки позволяют тому или иному государству установить свои приоритеты в осуществлении контроля: либо за деятельностью своих компаний за рубежом, либо за деятельностью иностранных юридических лиц на своей территории.

¹ *Tzaganatos D. Private International Law as a Means to Control the Multinational Enterprise // Vanderbilt Journal of Transnational Law. 1986. V. 19. N. 3. P. 513.*

Коллизионная норма, появившаяся в результате реформы международного частного права в Италии¹, по существу, обеспечила наиболее полный контроль за деятельностью иностранных юридических лиц, включая деятельность своих компаний за рубежом и иностранных на своей территории. Реформа коллизионного права в Италии осуществлялась во многом благодаря работе по гармонизации права, ведущейся в странах Европейского союза. Результатом работы по унификации корпоративного права является появление новых организационно-правовых форм деятельности. Одной из правовых форм организации деятельности многонациональных предприятий в 70-е гг. XX в. стало юридическое лицо, создаваемое за рамками действия национально-правовой системы. В Евросоюзе гармонизация права о компаниях завершилась принятием *Регламента Совета (ЕС) от 8 октября 2001 г. № 2157/2001 «О статуте Европейской компании»*². Однако и до этого времени имеются многочисленные примеры деятельности иностранных юридических лиц, создаваемых в соответствии с условиями международных договоров.

В 70-е гг. XX в. существовала практика создания международных хозяйственных объединений (МХО), которая предполагала обращение к международному договору как к надлежащей форме правового регулирования иностранных инвестиций из социалистических стран — членов СЭВ; сторонами в отношениях являлись государства в лице различных отраслевых министерств и ведомств.

Условия международных договоров о создании МХО рассматривались как учредительные документы, лежащие в основе таких организаций. МХО могли принимать форму международных хозяйственных товариществ в случаях, когда договор не предусматривал создание юридического лица. Они могли также существовать в форме созданного на территории одного из государств юридического лица, условия деятельности которого определялись в международном договоре. Их особенность заключалась в том, что они создавались не по законодательству государства, на территории которого осуществлялась их деятельность, а в соответствии с условиями международного

¹ Law N 218 of 31.05.1995 «Reformation of the Italian System of Private International Law» (см. сноску 2 на с. 158).

² *European Company and Financial Law. Third Edition Nexts and Leading Cases* / ed. by Klaus Hopt and Eddy Wymeersch. Oxford University Press, 2004. P. 432.

договора. Международные хозяйственные объединения при этом не рассматривались в качестве субъектов международного публичного права¹.

Обращение к международному праву в практике социалистических государств в сфере регулирования хозяйственной деятельности иностранных юридических лиц не было случайностью. Именно в эти годы с целью усиления положительного эффекта привлечения иностранных инвестиций была начата работа Центром ООН по транснациональным корпорациям над Кодексом поведения транснациональных корпорации².

В дальнейшем эту работу продолжила Организация по экономическому сотрудничеству и развитию (ОЭСР). В 1976 г. ОЭСР приняла *Декларацию по иностранным инвестициям и многонациональным предприятиям* и *Руководство*, в котором содержались рекомендации государств — членов ОЭСР, обращенные непосредственно к транснациональным корпорациям, относительно их поведения на территории государства, где ими осуществляется экономическая деятельность. Эти документы являются примером регулирования деятельности многонациональных предприятий с помощью так называемого мягкого права, основанного на добровольном его применении. Задачей международного права на этом этапе являлось устранение конфликта интересов, который существовал между государствами инвесторов и государствами, принимающими инвестиции.

Руководство ОЭСР по многонациональным предприятиям подвергается изменениям по мере того, как меняются условия деятельности многонациональных предприятий. Так, Декларация ОЭСР по иностранным инвестициям и многонациональным предприятиям, принятая в 1976 г., подвергалась ревизии и уточнению в 1979, 1982 и в 1984 гг.³ В 2000 г. вышла новая редакция Руководства по многонациональным предприятиям⁴. В новой редакции произошла смена

¹ См. об этом подробнее: *Грингольц И.А.* Международные хозяйственные организации в странах — членах СЭВ (понятие и виды) // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 28. М., 1973.

² *Vaghts.* The Multinational Enterprise: A Ten Year's Review // Die Actiengesellschaft. 1980. V. 25. P. 154.

³ The OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Paris. OECD. 1986.

⁴ The OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Revision 2000.

ориентиров. Руководство ориентировало государства — члены ОЭСР не на привлечение иностранных инвесторов, а на создание конкурентных условий для местных и зарубежных инвесторов. Об этом свидетельствует появление новой главы, посвященной конкуренции. Согласно положениям этой главы многонациональные предприятия обязаны действовать в рамках добросовестной конкуренции, как ее определяет национальное право страны, где осуществляется деятельность¹.

Таким образом, источники международного права рассматривают многонациональные (транснациональные) предприятия (корпорации) в качестве субъектов международного частного права. Такой же подход принят и в европейском праве.

В 2001 г. Совет Европейского союза принял, как отмечалось, Регламент о статуте Европейской компании². В соответствии с этим Регламентом предусматривается **введение новой организационно-правовой формы публичной акционерной Европейской компании с ограниченной ответственностью, или *Societas Europaea* (SE)**³. Принятие Регламента о статуте Европейской компании является одним из этапов работы в области унификации корпоративного права, которое в настоящее время представляет собой блок нормативных актов, принятых органами ЕС.

Первые директивы Совета были посвящены вопросу признания иностранных юридических лиц⁴. Последующие директивы касались вопросов отчетности, слияния и поглощения компаний. Все они обеспечивали гармонизацию требований, предъявляемых к той или иной форме компании в рамках национального правопорядка. Так, Вторая Директива Совета касается порядка создания публичной акционерной компании с ограниченной ответственностью и порядка форми-

¹ Tully S. The 2000 Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises // International and Comparative Law Quarterly. 2001. Part 2. P. 397.

² Council Regulation (EC) N. 2157/2001 on the Statute for a European Company (SE) // OJ L294. P. 1.

³ Надмитов А. Европейская компания становится реальностью // Хозяйство и право. 2002. № 10. С. 82.

⁴ См., например, Первую Директиву Совета ЕС: First Council Directive of 9th of March 1968 on coordination of safeguards which are required by Member States of companies for the protection of the interests of members and others // OJ L65. 14 March. 1968. P. 8–12.

рования капитала этой компании. Она предусматривает минимальный размер уставного капитала публичной акционерной компании, который должен быть отражен в национальном законодательстве.

Среди нормативных актов о компаниях, принятых в Европейском союзе, выделяются регламенты, предусматривающие **создание общеевропейских организационно-правовых форм деятельности**. Это Регламенты о Европейском Объединении лиц с общей экономической целью и о Статуте Европейской компании.

Регламент Совета Европейского Союза (ЕС) от 25 июля 1985 г. № 2137/85 «О Европейском Объединении лиц с общей экономической целью» (далее — Европейское Объединение) предусматривает, что порядок учреждения этой организации определен положениями данного Регламента и что лица, желающие создать Европейское Объединение, должны заключить договор и зарегистрировать организацию в порядке, предусмотренном ст. 6 указанного Регламента. В соответствии со ст. 6 регистрация Европейского Объединения осуществляется в государстве в соответствии с правилами и на основании документов, которые определяет соответствующее государство¹.

Упомянутый выше Регламент о Статуте Европейской компании предусматривает **порядок создания и управления особой формы акционерной компании, именуемой Европейской акционерной компанией**. Европейское акционерное общество должно содержать указание на его правовую форму в фирменном наименовании этой компании. В соответствии со ст. 2 данного Регламента учредителями Европейской компании могут быть акционерные компании, чей капитал формируется путем обращения к широкой публике с предложением о подписке на акции (публичные акционерные компании), имеющие зарегистрированные в государствах — членах ЕС структурные подразделения и головные организации, путем слияния по крайней мере двух из них, находящихся в юрисдикции различных государств — членов ЕС². Помимо приведенного способа создания Европейской компании в Регламенте предусмотрены еще и другие, в том числе **создание холдинга компаниями, находящимися в разных стра-**

¹ *Council Regulation of 25 July 1985 No. 2137 on the European Economic Interest Grouping (EEIG) // Official Journal L199. 31 July. 1985. P. 1–9.*

² *Council Regulation of the 8-th of October 2001 on the Statute for a European Company (SE) // Official Journal L294. 10 October. 2001. P. 1–21.*

нах — членах ЕС, путем подписки на акции дочерней компании, образованной компаниями из разных государств — членов ЕС. В последнем случае по крайней мере две из таких компаний должны подчиняться законам разных государств или не меньше чем в течение двух лет иметь дочерние компании в других государствах.

Как следует из указанных регламентов, Европейское Объединение и Европейская компания являются *субъектами частного права, созданными в соответствии с национальным законом государства — члена ЕС*¹. Унификация корпоративного права стран — членов ЕС не приводит к появлению организации, обладающей международной правосубъектностью. Будучи субъектом гражданского права, Европейская компания обладает общей правоспособностью в отличие от Европейского Объединения, правоспособность которого ограничена.

С оговорками следует применять категорию «иностранное инвестор» также и к *международной организации, создаваемой в современных условиях предпринимательской деятельности*. Такая организация, созданная на основании международного соглашения, может обладать статусом юридического лица и выполнять функции коммерческой организации, как, например, Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР). В этом случае регулирование деятельности такой «международной» организации будет аналогично тому, как если бы иностранным инвестором было иностранное юридическое лицо. Если международная организация не наделяется статусом юридического лица или если ее деятельность связана с исполнением публично-правовых функций, как это имеет место, например, в случае предоставления кредитов Международным банком реконструкции и развития (МБРР) государству — члену МБРР, международная организация рассматривается как субъект международного публичного права и отношения между ней и государством, принимающим инвестиции в форме кредитов, основываются на международном договоре.

5. По российскому праву в основе определения иностранного юридического лица лежит **критерий места его учреждения** (п. 1 ст. 1202 ГК РФ). Согласно этому критерию к иностранным юридическим ли-

¹ *Гражданское и торговое право зарубежных государств* / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. М., 2004. С. 273–276.

цам следует относить компании, учрежденные по закону иностранного государства, а также филиалы указанных компаний, которые осуществляют деятельность на территории Российской Федерации и являются частью (структурным подразделением) головной организации — иностранного юридического лица.

Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» в качестве **иностранного инвестора** рассматривает иностранное юридическое лицо, гражданская правоспособность которого определяется в соответствии с законодательством государства, в котором оно учреждено. Действия иностранного инвестора по созданию юридического лица в России подчинены требованиям указанного Федерального закона.

К категории «иностранный инвестор» данный Федеральный закон относит также иностранную организацию, не являющуюся юридическим лицом, правоспособность которой определяется в соответствии с законодательством государства, в котором она учреждена.

Как правило, организация, не являющаяся юридическим лицом, создается на основе гражданско-правового договора, например договора о совместной деятельности, и заключения такого договора достаточно для того, чтобы считать организацию созданной. Действующие на основе договора юридические и физические лица обычно реализуют свою правоспособность самостоятельно в соответствии с условиями и целями, предусмотренными договором. В этом случае иностранным инвестором следует считать иностранное юридическое или физическое лицо, участвующее в договоре.

Личный закон иностранной организации, не являющейся юридическим лицом, определен в ст. 1203 ГК РФ. Таковым является *право страны, где эта организация учреждена*¹. Определение личного статуса такой организации связывается с фактом ее учреждения, который может быть подтвержден соответствующей записью в реестре. В то же время учреждение организации, не являющейся юридическим лицом, может и не быть связано с регистрацией такой организации. В соответствии с Федеральным законом от 30 декабря 1995 г.

¹ В литературе есть предложения по изменению ст. 1203 и 1202. См.: Аухатов А.Я. Российское законодательство в области коллизионно-правового регулирования юридических лиц // Журнал российского права. 2009. № 7. С. 108–109.

№ 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»¹ инвесторами являются помимо юридических лиц также «создаваемые на основе договора о совместной деятельности и не имеющие статуса юридического лица объединения юридических лиц». Указанные объединения юридических лиц не подлежат регистрации.

Если к деятельности такой организации должно быть применено российское право, применяются правила ГК РФ, которые регулируют деятельность юридических лиц, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов, существа отношения (ч. 2 ст. 1203). Приравливание организаций, не обладающих статусом юридического лица, к юридическим лицам путем распространения на эти организации действия норм ГК РФ о юридических лицах связано с тем, что для этих неправосубъектных организаций так же, как и для юридических лиц, важным условием деятельности является признание их существования. Именно поэтому «учреждение» такой организации, с которым связан ее личный статут, не следует понимать обязательно как внесение этой организации в тот или иной реестр; важно то, что эта организация является легально созданной в соответствии с законом данного государства.

Пример организации, не являющейся юридическим лицом, — *паевой инвестиционный фонд*, цель которого — создание обособленного имущественного комплекса — фонда, формируемого за счет объединения имущественных взносов учредителей паевого инвестиционного фонда, передаваемых в доверительное управление управляющей компании. Федеральный закон от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах»² специально подчеркивает, что паевой инвестиционный фонд не является юридическим лицом³.

Условия признания инвестиционных фондов и определение применимого к ним права содержатся в Гаагской конвенции о праве, применимом к доверительной собственности (*trust*), и признании организаций, созданных на основе этого института, 1985 г., согласно которой под доверительной собственностью (*trust*) понимается не только институт права справедливости, существующий в английском праве,

¹ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18.

² СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4562.

³ См.: Доронина Н.Г., Семилюткина Н.Г. Комментарий к Федеральному закону «Об иностранных фондах». М., 2003. С. 44, 45.

но также и «различные его модификации в праве других государств, относимые к своеобразным правовым институтам»¹.

Особое положение в Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» занимают **филиалы иностранных юридических лиц**. В соответствии с п. 3 ст. 4 этого Федерального закона филиал иностранного юридического лица, созданный на территории Российской Федерации, выполняет часть функций или все функции, включая функции представительства, от имени создавшего его иностранного юридического лица (головная организация) при условии, что головная организация несет непосредственную имущественную ответственность по обязательствам, принятым ею в связи с ведением указанной деятельности на территории Российской Федерации. В отношении филиалов иностранного юридического лица применяется требование о его аккредитации (ст. 21). Отказ в аккредитации может быть признан обоснованным только в случае необходимости защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

6. Одним из способов решения сложной проблемы, обусловленной применением в праве разных государств различных критериев при определении национальности, государственной принадлежности юридических лиц, является **унификация и гармонизация права отдельных государств**.

В целях гармонизации права в Римском Договоре об учреждении Европейского экономического сообщества 1957 г. (далее — Римский договор) была сформулирована правовая норма-принцип, направленная на признание иностранного юридического лица, осуществляющего деятельность в странах Сообщества: «Компании или фирмы, которые учреждены в соответствии с законодательством какого-либо государства-члена, а также компании или фирмы, зарегистрированное местопребывание, центральное управление и основная предпринимательская деятельность которых находятся внутри Сообщества, приравниваются с точки зрения данной главы (Римского договора. — *Н. Д.*) к физическим лицам, являющимся гражданами государств-членов». При этом под компаниями или фирмами подразумеваются «компании или фирмы, учрежденные на основе гражданского или

¹ Конвенция вступила в силу 1 января 1992 г. Россия не является ее участницей.

коммерческого права, в том числе кооперативные общества, а также другие юридические лица, регулируемые государственным или частным правом, за исключением обществ, не преследующих коммерческие цели» (ст. 58)¹.

Статья 58 Римского договора обеспечила **унифицированное понимание термина «национальность юридического лица»**. Суд или административный орган на основе национального закона может определить, к какой иностранной правовой системе принадлежит данная организация. Соответственно, компания, учрежденная по национальным законам, даже если она контролируется иностранной материнской компанией или имеет стопроцентный иностранный капитал либо фактически выполняет функции филиала (представительства) зарубежной компании, будет подчинена режиму деятельности, предусмотренному для отечественных компаний, исходя из правила, по которому ее национальность определяется в соответствии с установленным в законе признаком (место incorporation или место нахождения органа управления, т.е. место «домицилия» компании).

Надо вместе с тем иметь в виду, что согласно действующему национальному законодательству «термин „национальность“» в применении к юридическим лицам не имеет и не может иметь того значения, которое он имеет в применении к физическим лицам»².

Категория национальности применительно к юридическим лицам чаще используется для разграничения собственных (национальных) и чужих (иностранных) юридических лиц и в целях определения правового режима деятельности последних в границах национально-правовой системы. При этом к иностранным («чужим» в данной правовой системе) могут относиться и часто относятся местные (собственные или национальные) юридические лица, контролируемые компаниями другого государства.

Для решения вопроса, является ли данное юридическое лицо собственным (национальным) или иностранным (принадлежит иной правовой системе, чем правовая система регулирующего государства), следует обращаться к законодательству, соответственно, того государства, где данное юридическое лицо осуществляет свою дея-

¹ Хартли Т.К. Основы права Европейского Сообщества. М., 1998. С. 552.

² Луиц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 45.

тельность, например к законам об иностранных инвестициях. Нормы этих законов являются обязательными для определения правового режима деятельности иностранных компаний. Такие нормы, называемые часто **условиями допуска иностранных инвестиций**¹, имеют административно-правовой характер.

Условия допуска иностранных инвестиций могут быть сформулированы и как требования к регистрации (аккредитации) филиалов иностранных юридических лиц или коммерческих организаций с участием иностранного капитала.



Так, например, согласно законодательству Дании иностранное юридическое лицо, которое не осуществляет хозяйственной деятельности в стране, где оно было учреждено, обязано обеспечить минимальный размер основного капитала в 200 000 крон, чтобы гарантировать права датских кредиторов, заключающих сделки с такой компанией. Именно это положение законодательства Дании стало предметом разбирательства в Европейском суде по вопросу о соответствии его нормам ст. 52 и 58 Римского договора, согласно которым, в частности, создание предприятий должно осуществляться «на условиях, установленных законодательством страны для собственных граждан и в соответствии с положениями главы, касающейся свободного движения капиталов»².

Согласно решению Европейского суда вопрос о соответствии Римскому договору норм датского законодательства об условиях регистрации филиала должен быть решен с учетом следующих обстоятельств: носит ли их применение характер дискриминации, обеспечивает ли достижение объективно необходимой цели, для которой было принято это законодательство³.

¹ Согласно Единому инвестиционному кодексу 1969 г., действующему в Андском общем рынке, под «иностранными» следует понимать предприятия, чей капитал в размере по меньшей мере в 51% общей суммы капитала, принадлежит национальным инвесторам: государству, принимающему инвестиции, гражданам этого государства, юридическим лицам, созданным по законам этого государства. См.: Decision 220 de la Comision del Acuerdo de Cartagena de 11 de Mayo de 1997. Lima — Peru.

² ECJ 9 Mar 1999 — Case C-21997 — Centros Limited v Erhvervs — og Selskabsstyrelsen, 1999 ECR I-1459.

³ Указанные условия были сформулированы Европейским судом в деле Гебхарда (ECJ 30 nov. 1995 Case C-55/94 Gebhard v. Consiglio del Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano // ECR 1995 I-4165, 4197-8 para 37).

Относительно допуска иностранных инвестиций *Руководство по регулированию иностранных инвестиций*, разработанное и принятое Мировым банком в 1992 г., предусматривает (ст. 2), что «каждое государство сохраняет за собой право регулировать допуск иностранных частных инвестиций. При формулировании норм и при их применении государства будут принимать во внимание, что открытый доступ, возможно, в рамках списка отраслей, открытых для иностранных частных инвестиций (при существовании списка ограниченного числа отраслей, видов деятельности, закрытых для иностранных инвестиций или требующих оценки условий допуска (*screening*), лицензирования), является наиболее эффективным решением проблемы правового регулирования иностранных инвестиций». Унификация национальных законов об иностранных инвестициях на основе рекомендаций Мирового банка обеспечивает реализацию государством своих прав по управлению иностранными инвестициями и одновременно содействует их притоку в национальную экономику¹.

Развитие экономического сотрудничества стран СНГ также потребовало единообразного решения проблемы, связанной с определением государственной принадлежности юридического лица. Модель ГК для стран СНГ предусматривает, что законом юридического лица является право страны, где это юридическое лицо учреждено (ст. 1211).

7. На основе личного закона юридического лица определяется, является ли рассматриваемая организация юридическим лицом и к какому виду юридических лиц она относится.

Так, созданный в Германии филиал английской компании, следуя коллизионной привязке, принятой в международном частном праве Германии (местонахождение юридического лица), будет рассматриваться как товарищество торгового или гражданского права Германии. Этот же филиал по английскому праву будет рассматриваться как часть английской компании (частная компания с ограниченной ответственностью).

На основании личного статута будут решаться и иные вопросы, связанные с правовой формой юридического лица: требование к его

¹ См.: *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*. World Bank. 1992. Текст документа на русском языке см. в кн.: *Дорогина Н.Г.* Комментарий к Закону об иностранных инвестициях. М., 2000. С. 63–74.

наименованию, регистрации, минимальному уставному капиталу. Примерный перечень вопросов, решаемых на основе личного статута юридического лица, содержится в п. 2 ст. 1202 ГК РФ. Помимо названных, как было отмечено ранее, им охватываются вопросы создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, правопреемства, содержания правоспособности. Согласно п. 2 ст. 1202 личный статут определяет также порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей; внутренние отношения, включая отношения юридического лица с его участниками; способность юридического лица отвечать по своим обязательствам.

Приведенный в п. 2 ст. 1202 перечень содержит такую адресованную инвестору информацию, на основании которой он мог бы принять решение о месте деятельности будущей компании, если решит осуществлять инвестиции путем создания юридического лица. «Решение инвестора, связанное с выбором английского, российского или иного права, зависит от ряда факторов. Среди них: полнота права компаний, как такового (законодательства о компаниях, или *company law*. — Н. Д.), стабильное и конструктивное применение судами законодательства... конкурентоспособность структур права компаний (включая простоту регистрации, налогообложение, уменьшение расходов компании и т.д.)»¹.

С выбранным инвестором правопорядком и будет связан личный статут создаваемой им компании. Однако **свобода выбора инвестора ограничивается** присутствием в законодательстве об инвестициях тех или иных требований относительно учреждения филиалов иностранных юридических лиц, а также юридических лиц, создаваемых в форме коммерческих организаций с участием иностранного капитала.

Согласно п. 3 ст. 1202 ГК РФ юридическое лицо не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, не известное праву страны, в которой орган или представитель юридического лица совершил сделку, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанном ограничении.

¹ Батлер У. Акционерное законодательство Англии и России: сравнительно-правовой анализ / вступ. ст. Ю.В. Петровичева.

В этой норме содержится требование подчинения законодательству страны, где иностранными юридическими лицами совершаются те или иные юридические действия. Основным условием совершения таких действий является то, что иностранное юридическое лицо не может ссылаться на ограничения полномочий своего органа или представителя, не известные праву страны, где совершается сделка. Указанная норма содержалась и в ранее действовавшем законодательстве (в п. 2 ст. 161 Основ ГЗ 1991 г.). Эта норма предусматривает, по существу, **обязанность иностранного юридического лица при осуществлении своей деятельности в Российской Федерации учитывать российское законодательство.**

В соответствии с рекомендациями Модели ГК для стран СНГ, согласно которой личным законом юридического лица считается право страны, где оно учреждено, решаются вопросы определения правоспособности иностранного юридического лица и его личного статуса в гражданских кодексах стран СНГ.

Так, в ст. 1272 Гражданского кодекса Армении¹ установлено, что личным законом иностранного юридического лица считается право государства, где это юридическое лицо учреждено (п. 1). На основе личного закона решается, в частности, вопрос о том, является ли та или иная организация юридическим лицом, какова его организационно-правовая форма, какие требования предъявляются к наименованию, созданию, прекращению и реорганизации юридического лица, включая вопросы правопреемства, определяется содержание правоспособности юридического лица, порядок приобретения им гражданских прав и принятия на себя гражданских обязательств, отношения внутри юридического лица, в том числе с его участниками, способность отвечать по своим обязательствам (п. 2). В п. 3 ст. 1272 Гражданского кодекса Армении предусматривается, что иностранное юридическое лицо не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя, не известное праву страны, в которой орган или представитель юридического лица совершил сделку, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанном ограничении.

¹ См.: <<http://www.base.spinform.ru/show.fwx?Regnom=2998>>.

Гражданский кодекс Узбекистана¹ устанавливает, что законом юридического лица считается право страны, где это юридическое лицо учреждено (ст. 1175). Предусматривается также, что гражданская правоспособность юридического лица определяется законом юридического лица. Иностранное юридическое лицо не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, не известное праву страны, в которой орган или представитель иностранного юридического лица совершил сделку (ст. 1176). Аналогичны указанным статьям Гражданского кодекса Узбекистана ст. 1111 и 1112 Гражданского кодекса Белоруссии², ст. 1100–1101 Гражданского кодекса Казахстана³, ст. 1184–1185 Гражданского кодекса Киргизии⁴.

В соответствии с Законом Украины от 23 июня 2005 г. «О международном частном праве»⁵ (далее — Закон Украины о международном частном праве) личным законом юридического лица считается право государства местонахождения юридического лица. Местонахождением юридического лица является государство, в котором зарегистрировано или иным образом создано в соответствии с правом этого государства. В случае невозможности установить местонахождение юридического лица применяется право государства, в котором находится исполнительный орган управления юридического лица.

Приведенные примеры свидетельствуют о стремлении государств подчинить своему национальному закону не только решение вопросов, связанных с определением личного статуса иностранного юридического лица, но также и режим их деятельности.

Международные договоры о правовой помощи, заключенные Россией, содержат коллизионные нормы, касающиеся личного статуса юридических лиц. Как правило, в них предусматривается, что «правоспособность юридического лица определяется законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой оно учреждено». Такое положение содержится в договорах с Азербайджаном

¹ <http://fmc.uz/legisl.php?id=k_grajd>.

² <<http://www.base.spinform.ru/show.fwx?Regnom=1822>>.

³ <<http://base.spinform.ru/show.fwx?Regnom=1167>>.

⁴ <<http://www.jguard.ru/obj1155040105/obj1154960171/obj1155038329>>.

⁵ <<http://www.base.spinform.ru/show.fwx?Regnom=16954>>.

(ст. 22), Грузией (п. 2 ст. 22), Киргизией (п. 2 ст. 22), Латвией, Литвой, Молдавией и Эстонией. Встречаются и иные формулировки.

Например, в Договоре с Венгрией действие коллизионной нормы ограничивается вопросами возникновения правоспособности юридического лица: «Возникновение юридического лица определяется законодательством той Договаривающейся Стороны, на территории которой оно было зарегистрировано» (ст. 35/В)¹. Согласно договору с Польшей «правоспособность и дееспособность юридического лица определяются по закону Договаривающейся Стороны, на территории которой оно имеет местонахождение» (п. 2 ст. 22)².

В *Минской конвенции 1993 г.* предусматривается, что правоспособность юридического лица определяется законодательством государства, по законам которого оно было учреждено (п. 3 ст. 23). Это положение сохранено и в *Кишиневской конвенции 2002 г.* (п. 3 ст. 26)³.

§ 2. Правовой режим деятельности иностранных юридических лиц

1. Правовой режим деятельности иностранного юридического лица обычно определяется на базе режима наибольшего благоприятствования и принципа национального режима, которые формулируются, как правило, в международных договорах.

Внешнеэкономическая деятельность иностранного юридического лица подчинена действию режима наибольшего благоприятствования. В практике заключения двусторонних и многосторонних международных договоров предоставление этого режима часто формулируется как «принцип наиболее благоприятствуемой нации».

Содержание режима наибольшего благоприятствования в двусторонних торговых договорах и соглашениях составляет обязательство государства предоставить договаривающейся стороне режим не менее благоприятный, чем тот, который предоставлен или будет пре-

¹ Ведомости ВС СССР. 1958. № 35. Ст. 423.

² Сборник действующих договоров СССР. Вып. XX. М., 1961. С. 329–358.

³ Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. № 2(41). С. 82–130.

доставлен этим государством в отношениях с любым третьим государством.

Для многосторонних договоров формулировка режима наибольшего благоприятствования означает: если одно государство предоставило преимущество в отношениях с другим государством-участником, то указанное преимущество должно быть согласно рассматриваемому принципу распространено на остальных участников (*favour one, favour all*).

В зависимости от содержания международных договоров принцип наиболее благоприятствуемой нации может иметь разные формулировки. В *Генеральном соглашении по тарифам и торговле (ГАТТ)* 1947 г.¹ этот принцип формулируется применительно к товарам. В ст. 1 ГАТТ, названной «Общий режим наиболее благоприятствуемой нации», предусматривается: «Любое преимущество, благоприятствование, привилегия или иммунитет, предоставляемые в отношении любого товара, происходящего из любой другой страны или предназначенного в любую другую страну, должны немедленно и безусловно предоставляться подобному же товару, происходящему из территории всех других Договаривающихся Сторон или предназначенному для территории всех других Договаривающихся Сторон». В *Генеральном соглашении по торговле услугами (ГАТС)* 1994 г.² принцип наибольшего благоприятствования сформулирован как в отношении оказываемых услуг, так и в отношении поставщиков этих услуг. В ст. II ГАТС предусматривается обязанность государства-участника предоставить поставщикам услуг любого другого договаривающегося государства режим не менее благоприятный, чем тот, который это государство предоставляет для аналогичных услуг или для поставщиков услуг любой другой страны.

При формулировании в международном договоре принципа национального режима за базу сравнения берется режим деятельности, которым пользуются национальные физические или юридические лица.

При этом национальный режим может быть сформулирован или как общий принцип недискриминации (в абстрактной формуле), или в конкретной формулировке, сходной с формулировкой режима

¹ Генеральное соглашение по тарифам и торговле ГАТТ. СПб., 1994.

² СПС «КонсультантПлюс».

наиболее благоприятствуемой нации, например как режим не менее благоприятный, чем тот, который предоставляется собственным, т.е. национальным юридическим и физическим лицам.

Как режим недискриминации национальный режим сформулирован в ГАТТ применительно к торговле товарами: «Договаривающиеся Стороны признают, что внутренние сборы, законы, правила и требования, относящиеся к внутренней продаже, предложениям о продаже, покупке, перевозке, распределению или использованию товаров, а также внутренние правила количественного регулирования, требующие смешения, переработки или использования товаров в определенных количествах или долях, не должны применяться к импортным или отечественным товарам таким образом, чтобы создавать защиту для внутреннего производства» (§ 1 ст. III).

Предоставление национального режима для сферы услуг в ГАТС имеет особенность, которая связана с принятием государством специфических (по каждой отрасли правового регулирования) обязательств. Обязательства направлены на либерализацию доступа на рынок соответствующего вида услуг. Принятие таких обязательств позволяет рассматривать предусмотренный в ГАТС национальный режим как цель, которую государство достигает в результате исполнения принятых им специфических обязательств.

Особенность ГАТС как международного договора объясняется тем, что содержанием ГАТС является не хозяйственная деятельность иностранных физических и юридических лиц, а меры регулирования этой деятельности, принимаемые «центральными, региональными или местными правительствами или органами власти, а также неправительственными органами власти при осуществлении полномочий, делегированных им центральными, региональными или местными правительствами или органами власти» (ст. I).

В наиболее развернутом виде национальный режим формулируется в двусторонних соглашениях о защите инвестиций. В *типовом соглашении между Правительством РФ и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений*, утвержденном постановлением Правительства РФ от 9 июня 2001 г. № 456¹ (далее — Типовое соглашение РФ), с учетом дополнений и изменений, внесенных в 2002 г., содержится абстрактная форму-

¹ СЗ РФ. 2001. № 25. Ст. 2578.

ла режима недискриминации: «Каждая Договаривающаяся Сторона обеспечивает на своей территории справедливый режим капиталовложениям инвесторов другой Договаривающейся Стороны в отношении управления и распоряжения ими» (п. 1 ст. 3)¹.

При этом в последней редакции Типовое соглашение РФ предусматривает применение режима не менее благоприятного, чем тот, который стороны предоставят друг другу «в соответствии с обязательствами, принятыми по Соглашению об учреждении Всемирной торговой организации (ВТО) от 15 апреля 1994 г., включая обязательства по Генеральному соглашению по торговле услугами (ГАТС), а также любой иной многосторонней договоренностью, которая может быть достигнута с участием обеих Договаривающихся Сторон и которая будет касаться режима капиталовложений» (п. 5 ст. 3).

Новая редакция Типового соглашения РФ предусматривает, что двусторонние соглашения о поощрении и взаимной защите инвестиций должны учитывать действие Соглашения о партнерстве и сотрудничестве, учреждающее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны, от 24 июня 1994 г.: в той степени, в которой вопросы, охватываемые Типовым соглашением, регулируются Соглашением о партнерстве и сотрудничестве, к ним применяется Соглашение о партнерстве и сотрудничестве (п. 6 ст. 3).

В двусторонних международных договорах о поощрении и взаимной защите инвестиций, которые были подписаны и ратифицированы Российской Федерацией, применяются условия, содержащиеся в Типовом соглашении РФ. При этом формулировки таких условий международных договоров могут отличаться друг от друга. Условие «о недискриминации» нередко дополняется указанием на то, что при этом режим должен быть не менее благоприятным, чем тот, который предоставляется:

- «капиталовложениям собственных инвесторов» (п. 4 ст. 5 Соглашения с Испанией);

¹ Постановление Правительства РФ от 11 апреля 2002 г. № 229 «О внесении дополнения и изменений в типовое соглашение между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений, одобренное Постановлением Правительства Российской Федерации от 9 июня 2001 г. № 456» // СЗ РФ. 2002. № 15. Ст. 1445.

- «капиталовложениям собственных инвесторов или любого третьего государства» (п. 2 ст. 3 Договора с Болгарией);
- «капиталовложениям собственных инвесторов или любого третьего государства в зависимости от того, какой из них является более благоприятным» (п. 1 ст. 3 Соглашения с Грецией).

Правовой режим иностранного юридического лица всегда составляет предмет регулирования международных торговых договоров и соглашений. Предоставляя на условиях взаимности те или иные уступки в реализации юридическими и физическими лицами своих прав, а также договариваясь о порядке принятия мер регулирования, государства на основе международных договоров реализуют свою внешнеэкономическую политику.

Вопросы режима деятельности иностранных инвесторов, являющиеся предметом международных соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений, включают в себя не только общий принцип регулирования, например условие о предоставлении режима на основе принципа недискриминации, принципа наибольшего благоприятствования и др. (ст. 3 Типового соглашения РФ), но и другие вопросы, связанные с деятельностью иностранного юридического лица. К наиболее важным из них относятся:

- порядок разрешения споров между государством и иностранным инвестором (инвестиционные споры) (ст. 8 Типового соглашения РФ);
- порядок выплаты компенсации иностранному инвестору в случае экспроприации его имущества (ст. 4 Типового соглашения РФ);
- порядок возмещения ущерба в результате войны, гражданских беспорядков и иных подобных обстоятельств (ст. 5 Типового соглашения РФ);
- порядок перевода платежей (ст. 6 Типового соглашения РФ).

Указанные международные соглашения, таким образом, предусматривают применение норм валютного, налогового и иного законодательства государства местонахождения иностранного юридического лица, признаваемого иностранным инвестором, как основных элементов режима деятельности иностранных юридических лиц.

Одним из положений международных соглашений о поощрении и защите капиталовложений, заключаемых Российской Федерацией, является условие о том, что по выбору инвестора спор может быть

передан на рассмотрение в компетентный суд или арбитраж договаривающегося государства, на территории которого осуществлены капиталовложения. Возможность выбора, предоставляемая иностранному инвестору международным соглашением, предопределяет содержание будущего арбитражного соглашения в договорах, заключаемых иностранными инвесторами. Иностранный инвестор может предусмотреть либо арбитражный суд *ad hoc*, либо инвестиционный арбитраж в соответствии с международными договоренностями своего государства¹. Достигнутое арбитражное решение будет окончательным и обязательным для обеих сторон (п. 3 ст. 8 Типового соглашения РФ).

2. В российском законодательстве положение, предусматривающее предоставление иностранным юридическим лицам национального режима, содержится в ГК РФ. Так, в ст. 2 предусматривается, что правила, установленные гражданским законодательством, применяются и к отношениям с участием иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральными законами. К числу таких законов относятся Федеральные законы «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» и «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности».

В соответствии со ст. 29 Федерального закона «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» **национальный режим предоставляется в отношении товаров, происходящих из иностранных государств**: не допускается устанавливать дифференцированные ставки налогов и сборов, а также применять к товарам требования иные, чем те, которые применяются к товарам российского происхождения.

Федеральный закон предусматривает **предоставление национального режима услугам** (ст. 34), а также **иностранным исполнителям услуг**. К иностранным исполнителям услуг относятся иностранные лица (физические, юридические), а также организации, не являющиеся российскими лицами, которые оказывают услуги, выполняют работу.

¹ Инвестиционным часто именуют арбитраж, созданный в соответствии с положениями Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств, подписанной в Вашингтоне 18 марта 1965 г. (Советский журнал международного права. 1991. № 2. С. 210–229).

Данный Федеральный закон формулирует национальный режим для торговли услугами как режим, который не должен быть менее благоприятным, чем режим, предоставляемый российским исполнителям услуг или услугам, оказываемым на территории Российской Федерации. Режим считается менее благоприятным, если он изменяет условия конкуренции в пользу российских исполнителей услуг по сравнению с аналогичными иностранными или по сравнению с услугами, оказываемыми способами, указанными в п. 2, 4, 6, 8 ч. 1 ст. 33¹.

В соответствии со ст. 4 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» правовой режим деятельности иностранных инвесторов не может быть менее благоприятным, чем режим, предоставленный российским инвесторам. Федеральными законами могут быть установлены **изъятия ограничительного характера**, однако лишь в той мере, в какой они допускаются Конституцией РФ, т.е. если это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Допускаются также **изъятия стимулирующего характера** в виде льгот для иностранных инвесторов. При этом льготы могут устанавливаться законодательством РФ и в интересах социально-экономического развития страны.

Конкретные условия деятельности иностранных юридических лиц могут предусматриваться в разных правовых актах. Они содержатся, например, в Федеральном законе от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»², поскольку субъектами инвестиционной деятельности могут быть также ино-

¹ В ч. 1 ст. 33 перечислены способы оказания услуг, из описания которых можно сделать вывод о присутствии в отношении иностранного элемента. В частности, в п. 2 ч. 1 ст. 33 говорится об услугах, осуществляемых с территории иностранного государства на территорию Российской Федерации; в п. 4 ч. 1 ст. 33 — об услугах, оказываемых на территории иностранного государства российскому заказчику услуг; в п. 6 — об услугах, осуществляемых иностранным исполнителем услуг, не имеющим коммерческого присутствия, и в п. 8 — об услугах, оказываемых иностранным исполнителем услуг путем коммерческого присутствия.

² СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096.

и иностранные инвесторы. Они присутствуют также и в Законе РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации»¹, в котором определяются условия деятельности иностранных юридических лиц на российском страховом рынке.

Изъятия из национального режима могут касаться осуществления иностранными юридическими лицами экономической деятельности в форме филиалов и представительств. Согласно ГАТС на филиалы и представительства иностранных юридических лиц, являющиеся формой, обеспечивающей коммерческое присутствие на зарубежном рынке, не распространяются положения ГАТТ о национальном режиме.

В российском законодательстве филиалы и представительства иностранных юридических лиц рассматриваются как различные формы осуществления экономической деятельности иностранными юридическими лицами, регулируемые различными правовыми актами. Порядок создания филиалов иностранных юридических лиц определяется в Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации». Представительства охватываются постановлениями правительства, принятыми еще до начала экономических реформ².

Создание коммерческих организаций с участием иностранного капитала как форма осуществления экономической деятельности на территории Российской Федерации регулируется нормами ГК РФ и другими федеральными законами за изъятиями, которые могут быть установлены федеральными законами в соответствии с п. 2 ст. 4, п. 1 ст. 20 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Рос-

¹ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 2. Ст. 56.

² Экономическая деятельность на территории Российской Федерации может осуществляться в форме открытия представительств иностранных фирм и организаций. Относительно этой формы сохраняет свое действие порядок, предусмотренный в постановлении Совета Министров СССР от 30 ноября 1989 г. № 1074 «Об утверждении Положения о порядке открытия и деятельности в СССР представительств иностранных фирм, банков и организаций» // СП СССР. 1990. № 1. Ст. 8.

В части, касающейся кредитных организаций, действует приказ Центрального Банка РФ от 7 октября 1997 г. № 02-437 «О порядке открытия и деятельности в Российской Федерации Представительств иностранных кредитных организаций» // Вестник Банка России. 1997. № 76.

сийской Федерации». Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» предусматривает, что регистрация коммерческих организаций с иностранными инвестициями осуществляется в общем порядке, определяемом этим Законом.

При создании самим иностранным инвестором или при его участии юридического лица на территории Российской Федерации иностранный инвестор, следуя общему порядку создания юридического лица, должен представить необходимые документы¹. Что касается общей характеристики правового положения иностранных юридических лиц, осуществляющих свою деятельность вне правовой формы предприятия с иностранными инвестициями, то оно определяется, как и ранее, перечнем ограничений, составляющих изъятия из национального режима, предоставляемого иностранным инвесторам на территории Российской Федерации.

Нормы, предоставляющие национальный режим иностранным юридическим лицам, содержатся в новых гражданских кодексах стран Содружества. Так, в соответствии со ст. 1177 Гражданского кодекса Узбекистана «иностранное юридическое лицо осуществляет в Республике Узбекистан предпринимательскую и иную деятельность, регулирующую гражданским законодательством, если законом Республики Узбекистан для иностранных юридических лиц не предусмотрено иное». Аналогичная норма содержится в ст. 1273 Гражданского кодекса Армении, ст. 1113 Гражданского кодекса Белоруссии, ст. 1186 Гражданского кодекса Киргизии.

3. Важен вопрос о сфере действия национального режима. Понятие «национальный режим» подразумевает применение при регулировании деятельности иностранных юридических лиц норм гражданского

¹ Постановление Правительства РФ от 17 мая 2002 г. № 319 «Об уполномоченном федеральном органе исполнительной власти, осуществляющем государственную регистрацию юридических лиц, крестьянских (фермерских) хозяйств, физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей» // СЗ РФ. 2002. № 20. Ст. 1872.

В соответствии с Положением о Федеральной налоговой службе, утвержденным постановлением Правительства РФ от 30 сентября 2004 г. № 506, ФНС России является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим государственную регистрацию юридических, физических лиц в качестве предпринимателей (СЗ РФ. 2004. № 40. Ст. 3961).

законодательства. Распространяется ли такой режим на регулирование порядка допуска иностранных юридических лиц к деятельности на территории соответствующего государства? Рекомендации в отношении того, какова должна быть сфера действия национального режима, даны Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). В 1992 г. ОЭСР подготовила доклад «Национальный режим для предприятий, контролируемых из-за рубежа»¹.

В Декларации, опубликованной ОЭСР, в связи с определением термина «национальный режим» говорится, что Декларация не затрагивает право государства — члена ОЭСР регулировать иностранные инвестиции и определять условия реализации иностранными предприятиями «права на поселение», предусмотренного в ст. 52 Римского договора, т.е. условия учреждения иностранными лицами местных компаний.

В соответствии со ст. 52 Римского договора «право на поселение» (*establishment*) — это принцип, в соответствии с которым обеспечивается национальный режим и отказ от дискриминации иностранных лиц в части, касающейся *создания ими дочерних компаний и фирм, учрежденных по закону одного из государств — членов ЕС*². Приведенное выше решение Европейского суда по делу *Centros* является иллюстрацией применения принципа недискриминации, содержащегося в международном договоре, при анализе норм национального законодательства, касающихся режима деятельности иностранных компаний и фирм.

Если следовать выработанному в рамках ОЭСР единообразному пониманию термина «национальный режим», необходимо признать, что допуск иностранных инвестиций в страну и предоставление «права на поселение» являются формой реализации суверенных прав государства и выходят за рамки действия национального режима.

Нормы национального законодательства о допуске иностранных инвестиций, учитывая единообразное понимание термина «национальный режим» в международных документах, следует относить к изъятиям из национально-правового режима. Соответствующие

¹ См.: *National Treatment for Foreign Controlled Enterprises*. Paris. OECD. 1993. P. 23.

² См.: Юмашев Ю.М. Правовое регулирование прямых иностранных капиталовложений в ЕС. М., 1988. С. 46.

изъятия могут быть установлены в национальном законодательстве об иностранных инвестициях или регулироваться в международных договорах. К ним относятся международные договоры о гарантиях и защите иностранных инвестиций, о создании экономических союзов государств, о создании зон свободной торговли или общего рынка как на дву-, так и на многосторонней основе.

В большинстве законов стран Содружества, принятых в конце 90-х гг. XX в., само понятие «национальный режим» не употребляется, с учетом того что основное содержание законов сводится к установлению условий допуска иностранных инвестиций, что выходит за рамки действия национального режима.

Принятие Инвестиционного кодекса Республики Беларусь 2001 г.¹, Закона Республики Казахстан «Об инвестициях» 2003 г.², Хозяйственного кодекса Украины в 2003 г.³, в которых содержатся нормы, регулирующие инвестиционные отношения, возникающие с участием национальных и иностранных инвесторов, отражает общую тенденцию развития инвестиционного законодательства как законодательства, основанного на конкуренции национальных и иностранных инвесторов при условии недискриминации последних. Однако содержание этих комплексных правовых актов значительно отличается друг от друга. В некоторых из них названная тенденция выражена лишь в самом факте принятия единого закона для инвестиций.

Что же касается содержания правового регулирования иностранных инвестиций, то оно отражает в одних случаях усложнение процедуры допуска иностранных инвестиций (например, в Инвестиционном кодексе Республики Беларусь), а в других чисто формальный подход, поскольку нормы об иностранных инвестициях, выделенные в самостоятельный раздел, по содержанию мало отличаются от ранее действовавших норм законов об иностранных инвестициях (например, глава 38 Хозяйственного кодекса Украины).

¹ Инвестиционный кодекс Республики Беларусь от 22 июня 2001 г. // Национальный Реестр правовых актов Республики Беларусь. 2001. № 62. Ст. 2/780.

² Закон Республики Казахстан от 8 января 2003 г. «Об инвестициях» // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2003. № 1–2. Ст. 4.

³ Хозяйственный кодекс Украины от 16 января 2003 г. // Ведомости Верховной Рады Республики Украины. 2003. № 18. Ст. 144.

Принятие новых законов, регулирующих инвестиции, не всегда влечет за собой отмену ранее принятых законов об иностранных инвестициях. В Законе Украины от 19 марта 1996 г. «О режиме иностранного инвестирования» предусматривается, что для иностранных инвесторов на территории Украины устанавливается национальный режим инвестиционной и другой хозяйственной деятельности, за исключениями, предусмотренными законодательством и международными договорами Украины (ст. 7).

4. Важную роль в процессе включения России в мировую систему международных экономических отношений играет *Соглашение о партнерстве и сотрудничестве*¹, подписанное Россией и Европейским союзом на острове Корфу 24 июня 1994 г. и ратифицированное 25 ноября 1996 г.² (далее — Соглашение о партнерстве). По указанному Соглашению Россия приняла на себя обязательство исполнять нормы и принципы, содержащиеся в соглашениях ГАТТ/ВТО.

«Стороны предоставляют друг другу общий режим наиболее благоприятствуемой нации, описанный в параграфе 1 статьи I ГАТТ» (ст. 10 Соглашения о партнерстве). Исходя из принципа предоставления иностранным юридическим лицам режима наибольшего благоприятствования и национального режима, а также принципа свободной торговли и недискриминации иностранных лиц, правовое регулирование внешнеэкономической деятельности, включая деятельность иностранных юридических лиц на территории Российской Федерации, не должно препятствовать осуществлению торговли коммерческих организаций других государств — участников ГАТТ/ВТО.

В соответствии с Соглашением о партнерстве нормы российского законодательства, касающиеся экономической деятельности иностранных юридических лиц на территории Российской Федерации, следует оценивать с учетом характера ограничений, которые в них могут содержаться:

¹ Дипломатический вестник. 1994. № 15–16. С. 29–59.

² Федеральный закон от 25 ноября 1996 г. № 135-ФЗ «О ратификации Соглашения о партнерстве и сотрудничестве, учреждающего партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими Сообществами и их государствами-членами, с другой стороны» // СЗ РФ. 1996. № 49. Ст. 5494.

- установленные законом ограничения, не противоречащие международным договоренностям;
- ограничения, которые противоречат международным обязательствам Российской Федерации в части проведения экономических реформ и обеспечения свободного доступа на российский рынок.

К числу первых, допустимых ограничений можно отнести ограничения, устанавливаемые в форме определенного законом перечня отраслей, закрытых для иностранных инвестиций. К «допустимым» относятся также и ограничения, касающиеся осуществления иностранными кредитными организациями хозяйственной деятельности на территории Российской Федерации.

Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности»¹ (ст. 18) предусматривает квоту для участия иностранного капитала в банковской деятельности (т.е. в совокупном капитале кредитных организаций с иностранными инвестициями). Данное ограничение воспринимается международными экономическими организациями (МВФ, МБРР) как необходимая мера регулирования в сложившихся экономических условиях. Об этом говорит и Соглашение о партнерстве (Приложение 7 «Финансовые услуги»).

К числу ограничений в банковской сфере, установленных законом и не противоречащих международным соглашениям, относятся также ограничения, вытекающие из полномочий Центрального банка РФ регулировать валютные и кредитные отношения на территории Российской Федерации. Центральный банк РФ вправе по согласованию с Правительством РФ устанавливать для кредитных организаций с иностранными инвестициями и для филиалов иностранных кредитных организаций ограничения на банковские операции в качестве ответной меры по отношению к государствам, устанавливающим ограничения для российских предприятий и их филиалов.

Центральный банк РФ вправе устанавливать для кредитных организаций с иностранными инвестициями ограничения в отношении обязательных нормативов, требования к порядку предоставления отчетности, утверждения состава руководства кредитных организаций,

¹ СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

перечня банковских операций, минимального размера уставного капитала вновь регистрируемого банка и вновь регистрируемого филиала банка.

К числу противоречащих международным договорам РФ ограничений можно, по-видимому, отнести ограничения, установленные в связи с регулированием деятельности иностранных юридических лиц в области добычи полезных ископаемых. Россия, представляя документы о вступлении во Всемирную торговую организацию¹, признала, что к числу ограничений, противоречащих международным обязательствам по обеспечению свободного доступа на российский рынок, относится абз. 2 п. 2 ст. 7 Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции». Норма этого Федерального закона, согласно которой предоставление российским юридическим лицам при прочих равных условиях преимущественного права на участие в выполнении работ по соглашению в качестве подрядчиков, поставщиков, перевозчиков или в ином качестве на основании договоров (контрактов) с инвесторами, была признана противоречащей нормам соглашений ГАТТ/ВТО о национальном режиме.

К числу такого же рода ограничений можно отнести и норму абз. 9 п. 2 ст. 7 вышеназванного Федерального закона, согласно которой «стороны должны предусматривать в соглашении условие, что не менее 70% технологического оборудования в стоимостном выражении для добычи полезных ископаемых, их транспортировки и переработки (если это предусматривается соглашением), приобретаемого и (или) используемого инвестором для выполнения работ по соглашению, должно быть российского происхождения. Данное положение не распространяется на использование объектов магистрального трубопроводного транспорта, строительство и приобретение которых не предусмотрены соглашением».

Основными инструментами осуществления государством внешне-экономической политики являются принятие мер по регулированию отношений, складывающихся на национальном рынке, а также участие государства в международных договорах, предусматривающих

¹ WTO Working Party on the Accession of Russian Federation: WT/ACC/RUS/S/add. 1 of 21/11/1997.

порядок введения в действие и снятия разного рода ограничений в торговле на международных рынках товаров и услуг.

В Федеральном законе «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» предусматривается, что Правительство РФ может вводить ограничения внешней торговли товарами, услугами и интеллектуальной собственностью. Такие ограничения вводятся, если иностранное государство не выполняет принятые им по международным договорам обязательства в отношении Российской Федерации, предпринимает меры, которые нарушают экономические интересы Российской Федерации, муниципальных образований или российских лиц, не предоставляет российским лицам адекватную и эффективную защиту их законных интересов, не предпринимает разумных действий для борьбы с противоправной деятельностью физических и юридических лиц этого государства на территории Российской Федерации (ч. 1 ст. 40). Ограничительные меры согласно этому Федеральному закону вводятся в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права (ч. 2 ст. 40).

Ограничительные условия допуска иностранных юридических лиц к хозяйственной деятельности, согласно которым для контролируемых из-за границы предприятий действуют специальные нормы, присутствуют в той или иной форме практически во всех, в том числе и в промышленно развитых, государствах. В США они представлены «специальными мерами» ст. 1301 Закона о конкуренции и торговле 1988 г., в Канаде — Законом об инвестициях 1985 г., в Европе — законодательством о конкуренции, принятым органами ЕС на основе ст. 85 и 86 Римского договора¹. Меры, принимаемые государством по защите конкуренции в области регулирования и контроля над иностранными юридическими лицами, находятся в соответствии с нормами международного права, в частности с нормами *Хартии экономических прав и обязанностей государств*, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1975 г.²

¹ См., например, о Регламенте Совета ЕЭС 4064/89 «О концентрациях в производстве» в сб.: *Правовое регулирование иностранных инвестиций в России*. М., 1995. С. 183.

² UN GA Res. 3281.

§ 3. Правовой режим деятельности иностранных некоммерческих организаций

На современном этапе развития международного сотрудничества все большее значение приобретает общепользная деятельность частных лиц, не подчиненная цели извлечения прибыли¹. Такая деятельность, как правило, осуществляется некоммерческими организациями. Их выделяет среди предпринимательских организаций, помимо общепользных целей, также и то, что в формировании капитала большую роль играет частная инициатива, выраженная чаще всего в форме пожертвования².

В российском законодательстве понятие «иностранная некоммерческая неправительственная организация» впервые появилось в Федеральном законе от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» после внесения в него изменений Федеральным законом от 10 января 2006 г. № 18-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»³.

Под **иностранной некоммерческой неправительственной организацией** понимается «организация, не имеющая извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и не распределяющая полученную прибыль между участниками, созданная за пределами территории Российской Федерации в соответствии с законодательством иностранного государства, учредителями (участниками) которой не являются государственные органы».

Из приведенного определения следует, что российское законодательство рассматривает в качестве иностранной некоммерческой неправительственной организации любую организацию, если последняя:

¹ В российском законодательстве отсутствует определение того, что представляет собой общепользная деятельность. Возможно, к «общепользным целям» законодатель также относит и цели деятельности некоммерческих организаций, которые перечислены в ст. 2 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145.

² В ст. 582 ГК РФ содержится определение «пожертвования», под которым понимается «дарение вещи или права в общепользных целях». Далее в этой статье следует перечисление лиц, которые могут получать пожертвование. К ним наряду с гражданами и органами государственной и муниципальной власти относятся и некоммерческие организации.

³ СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 282.

- создана за пределами территории Российской Федерации по законодательству иностранного государства, т.е. ее личным законом является иностранное право;
- обладает признаками, общими для всех некоммерческих организаций по российскому законодательству, а именно: является организацией, которая не преследует цели извлечения прибыли в качестве основного вида своей деятельности и не распределяет полученную прибыль между участниками¹;
- является частной организацией, т.е. ее учредителями (участниками) не являются государственные органы.

В отличие от российского законодательства в законодательстве большинства государств Европы и Америки отсутствует общее определение такого рода организаций как некоммерческих организаций. В то же время в зарубежном законодательстве можно встретить сходные категории юридических лиц.

В Германии употребляются понятия «некоммерческое объединение», «фонд» как организационно-правовые формы различного рода деятельности. При этом под «некоммерческим объединением» понимается «объединение, не преследующее цели осуществлять предпринимательскую деятельность, приобретающее правоспособность после внесения его в реестр объединений, который ведется в компетентном участковом суде»².

В налоговом законодательстве США под «юридическим лицом, не преследующим цели извлечения прибыли» (*nonprofit entity*) понимается любая организация (независимо от того, имеет она коммерческую или некоммерческую направленность в своей деятельности), которая создана не для получения прибыли, а для достижения благотворительных, образовательных, религиозных, научных и других целей. Отличительной чертой такой организации является то, что она не распределяет доход между своими участниками, учредителями и работниками. В Кодексе Налогового управления США (*Code of Federal Regulations*) и Законе о подоходном налоге (*Internal Revenue Code*) данный термин используется исключительно для обозначения

¹ Определение «некоммерческая организация» содержится в ст. 50 ГК РФ и в п. 1 ст. 2 Федерального закона «О некоммерческих организациях».

² См.: *Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению* / пер. с нем.; под ред. А.Л. Маковского. М., 2004. С. 2.

особого налогового режима (статуса) *non-for-profit* (буквально с англ.: «не для прибыли») с целью освобождения от налогообложения или смягчения налогового бремени организаций, которые имеют такой статус¹.

В Великобритании для обозначения организаций, не ставящих своей целью извлечение прибыли, применяется термин *charity*. Содержание его охватывает все неправительственные организации, деятельность которых направлена на достижение общественных благ.

Различия в определении понятия «некоммерческая организация», существующие в разных странах, необходимо учитывать при решении коллизионного вопроса в отношениях с участием таких организаций. Чтобы применить соответствующий режим к деятельности некоммерческой организации, необходима предварительная квалификация этой организации как некоммерческой по российскому законодательству или как благотворительной по праву Великобритании или как организации, «не преследующей цели извлечения прибыли», по праву США.

В России иностранным некоммерческим неправительственным организациям, как и всем иностранным юридическим и физическим лицам, предоставлен национальный режим (ст. 2 ГК РФ). В соответствии с характером своей деятельности они могут заключать договоры, например, договор о гранте² или соглашения о добровольческой деятельности, выступать в качестве учредителей некоммерческих организаций, а также создавать свои структурные подразделения, например, открывать отделения, представительства и филиалы на территории Российской Федерации.

Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» не распространяет свое действие на отношения, связанные с вложением иностранного капитала в некоммерческие организации для достижения определенной общественно полезной цели, в том числе образовательной, благотворительной, научной или религиозной (п. 2 ст. 1), поэтому к вложению капитала в некоммерче-

¹ См.: Code of Federal Regulations (CFR) here (<<http://www.findlaw.com/cascode/>>) and Internal Revenue Code here (<<http://caselaw.lp.findlaw.com/cascode/uscodes/>>).

² Кумаритова А.А. Гранты международных и иностранных организаций: понятие, содержание и правовое регулирование // *Отдельные виды обязательств в международном частном праве* / отв. ред. В.П. Звезков: *Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ*. М., 2008. С. 217–246.

ские организации, в том числе и в форме пожертвований, применяются общие нормы ГК РФ, касающиеся деятельности юридических лиц, и нормы специального законодательства.

Хотя ГК РФ прямо не называет иностранные некоммерческие неправительственные организации среди возможных получателей пожертвования (ст. 582), однако данная статья указывает, что пожертвования могут делаться и «иным некоммерческим организациям в соответствии с законом». Отсюда следует, что российское законодательство допускает для иностранных некоммерческих неправительственных организаций получение пожертвования, в том числе и через свои структурные подразделения — отделения, филиалы и представительства.

Национальный режим, предоставляемый иностранным некоммерческим неправительственным организациям, имеет некоторые **специально установленные исключения (изъятия)**. Они касаются, например, лиц, занимающих государственные и муниципальные должности¹, которые не вправе входить в состав органов управления, попечительских (наблюдательных) советов и иных органов иностранных некоммерческих неправительственных организаций, а также действующих на территории Российской Федерации их структурных подразделений.

Правовой режим деятельности иностранных некоммерческих неправительственных организаций включает в себя регулирование порядка создания структурных подразделений на территории Российской Федерации, установление режима налогообложения, особых

¹ Например, члены Совета Федерации Федерального Собрания РФ, депутаты Государственной Думы ФС РФ, федеральные судьи и т.д., а также Главный государственный инспектор, Государственный налоговый инспектор, Торговый представитель РФ, прокурорские работники и т.д. См.: Федеральный конституционный закон от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации» (СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5712); Федеральный закон от 8 мая 1994 г. № 3-ФЗ «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» (СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3466); Закон РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» (Российская газета. 1992. 29 июля) и т.д., а также Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» (СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215); Федеральный закон от 2 марта 2007 г. № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» (СЗ РФ. 2007. № 10. Ст. 1152) и т.д.

требований к отчетности иностранных некоммерческих неправительственных организаций, требования валютного регулирования.

Многие из вопросов режима деятельности иностранных некоммерческих неправительственных организаций являются предметом международных договоров, например международных соглашений об освобождении от двойного налогообложения.

Для осуществления общепольной деятельности на территории Российской Федерации иностранные некоммерческие неправительственные организации могут открывать свои **структурные подразделения — отделения, филиалы и представительства**. Однако для таких подразделений установлены свои особенности.

В соответствии с п. 5 ст. 2 Федерального закона «О некоммерческих организациях» отделение иностранной некоммерческой неправительственной организации «признается формой некоммерческой организации и подлежит государственной регистрации в порядке, предусмотренном статьей 13¹» данного Федерального закона. Филиалы и представительства иностранной некоммерческой неправительственной организации «приобретают правоспособность на территории Российской Федерации со дня внесения в реестр филиалов и представительств международных организаций и иностранных некоммерческих неправительственных организаций сведений о соответствующем структурном подразделении в порядке, предусмотренном статьей 13²» данного Федерального закона.

Следует напомнить, что в соответствии с п. 1 и 2 ст. 55 ГК РФ филиал и представительство являются хотя и обособленными, но всего лишь подразделениями юридического лица. Обособленность данных подразделений в организационной структуре юридического лица и их расположение вне места его нахождения не предполагает наделение филиала и представительства правами юридического лица. Вопросы правоспособности и представления отчетности, соответственно, решаются применительно к юридическому лицу, а не только к его филиалу или представительству.

Согласно ст. 55 ГК РФ отличие филиала от представительства состоит в объеме осуществляемой ими деятельности. Филиал выполняет функции юридического лица или их часть, в то время как представительство лишь представляет интересы юридического лица и осуществляет их защиту. Ни филиал, ни представительство не являются юридическими лицами. Руководители представительств и филиалов

назначаются юридическим лицом и действуют на основании его доверенности.

Таким образом, иностранные некоммерческие неправительственные организации могут создавать на территории Российской Федерации свои структурные подразделения — филиалы и представительства, которые не являются юридическими лицами, а также структурные подразделения — отделения, которые, напротив, обладают правами юридического лица и подлежат государственной регистрации.

Для иностранных некоммерческих неправительственных организаций особенно важное значение имеют **требования валютного законодательства**. Учитывая, что эти организации не попадают в сферу действия Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», контроль за движением капитала в этой области полностью возложен на валютное регулирование.

Для некоммерческих организаций характерен такой способ привлечения средств, как **публичный сбор пожертвований от физических лиц** через ящики-копилки. Иностранные некоммерческие неправительственные организации, их структурные подразделения не могут осуществлять сбор частных пожертвований на территории Российской Федерации. В соответствии с ч. 3 ст. 14 Федерального закона «О валютном регулировании и валютном контроле» такие действия признаются валютной операцией. Физическое лицо — резидент может сделать пожертвование в адрес юридического лица — нерезидента (имеются в виду структурные подразделения иностранных некоммерческих неправительственных организаций) только через свой личный банковский счет.

В целях предотвращения злоупотреблений в сфере валютно-денежного обращения (например, отмывание доходов, полученных преступным путем)¹, российским банкам запрещается открывать анонимные счета. В случае если пожертвование получено из-за границы в размере, равном или превышающем 600 000 руб. со счета (вклада), открытого на анонимного владельца, то такая операция по

¹ Федеральный закон от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» (п. 5 ст. 7) // СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. I). Ст. 3418.

перечислению денежных средств подлежит обязательному контролю со стороны Федеральной службы по финансовому мониторингу.

В соответствии с Федеральным законом «О валютном регулировании и валютном контроле» иностранные некоммерческие неправительственные организации, их структурные подразделения признаются в России нерезидентами (пп. 7 ч. 1 ст. 1). По общему правилу, **валютные операции между резидентами и нерезидентами** осуществляются без ограничений, за исключением валютных операций, предусмотренных указанным Федеральным законом (купля-продажа иностранной валюты).

При осуществлении валютных операций между резидентами и нерезидентами применяются установленные Центральным банком РФ¹ единые правила оформления паспорта сделки резидентами в уполномоченных банках². Так, согласно установленным правилам необходимо оформить паспорт сделки при получении пожертвования от иностранной организации, иностранного гражданина или лица без гражданства на сумму более 5 тыс. долл. США по курсу иностранных валют к рублю, установленному Центральным банком РФ на дату заключения договора, российской некоммерческой организацией.

Контрольные вопросы

1. Как определяется национальность юридического лица?
2. Что означают понятия «национальность», «личный статут», «правовой статус» юридического лица?

¹ Раздел II Инструкции Центрального банка РФ от 15 июня 2004 г. № 117-И // Вестник Банка России. 2004. № 36.

² В соответствии с пп. 8 ч. 1 ст. 1 Федерального закона «О валютном регулировании и валютном контроле» уполномоченными банками признаются «кредитные организации, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации и имеющие право на основании лицензий Центрального банка Российской Федерации осуществлять банковские операции со средствами в иностранной валюте, а также действующие на территории Российской Федерации в соответствии с лицензиями Центрального банка Российской Федерации филиалы кредитных организаций, созданных в соответствии с законодательством иностранных государств, имеющие право осуществлять банковские операции со средствами в иностранной валюте».

3. На базе каких законов определяется правовое положение иностранных юридических лиц? Как определяется правовой статус транснациональной корпорации, международной организации?
4. Какие международные договоры регулируют правовое положение иностранных юридических лиц?
5. Каковы особенности правового режима деятельности иностранных юридических лиц в Российской Федерации?
6. Каковы особенности правового режима деятельности иностранных некоммерческих неправительственных организаций?

Рекомендуемая литература

1. *Асосков А.В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М., 2003.
2. *Богуславский М.М.* Международное частное право. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2009. Гл. 5.
3. *Доронина Н.Г., Семилютин Н.Г.* Государство и регулирование инвестиций. М., 2003.
4. *Дубовицкая Е.* Европейское корпоративное право: свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. М., 2004.
5. *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. Гл. 7, 8.
6. *Кумаритова А.А.* Гранты международных и иностранных организаций: понятие, содержание и правовое регулирование // *Отдельные виды обязательств в международном частном праве* / отв. ред. В.П. Звеков. М., 2008.
7. *Лунц Л.А.* Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002.
8. *Лунц Л.А.* Многонациональные предприятия капиталистических стран в аспекте международного частного права // *Советское государство и право.* 1976, № 5.

Глава 7

Участие государства в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом

§ 1. Понятие иммунитета государства

Иммунитет государства предполагает, что ни одно государство не может осуществлять свою власть в отношении другого государства, его органов и его собственности. С давних времен это положение выражалось латинской формулой *par in parem non habet imperium* (равный над равным не имеет власти). Иммунитет иностранного государства можно определить двояко.

С одной стороны, **иммунитет иностранного государства** — это право государства не подчиняться юрисдикции другого государства, т.е. право на неприменение к нему каких-либо принудительных мер судебных, административных и иных органов другого государства. С другой стороны, это отказ государства от своей территориальной юрисдикции относительно действий и собственности иностранного государства, т.е. отказ от применения каких-либо принудительных мер со стороны судебных, административных и иных органов.

С развитием международного гражданского оборота расширяется сфера участия государства в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом. Государства могут за-

ключать с иностранными юридическими лицами договоры о поставке товаров, предоставлении услуг, выполнении подрядных работ и другие договоры. Они могут заключать кредитные договоры с иностранными банками. Государство может предоставить гарантии относительно сделок, заключенных его юридическими лицами. Государство является стороной концессионных договоров при предоставлении концессий иностранным инвесторам, оно совершает сделки о приобретении земельных участков за рубежом, заключает подрядные договоры о строительстве зданий посольств, договоры аренды зданий, помещений.

Во всех этих случаях государство выступает как особый субъект гражданского права. Эта концепция отражена в российском праве, в частности в ст. 124–127 ГК РФ. Согласно ст. 124 Российская Федерация, ее субъекты выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений: гражданами и юридическими лицами. Статья 1204 ГК РФ в разделе, посвященном международному частному праву, предусматривает, что его правила применяются на общих основаниях к осложненным иностранным элементом гражданско-правовым отношениям с участием государства, если иное не установлено законом Российской Федерации. В этой норме имеется в виду и иностранное государство. Возникает вопрос: можно ли предъявить иностранному государству иск, если оно не выполнило своих обязательств по гражданско-правовому договору? Обладает ли иностранное государство судебным иммунитетом?

В доктрине международного права существуют две теории относительно иммунитета иностранного государства:

- 1) теория абсолютного иммунитета;
- 2) теория функционального иммунитета¹.

¹ В доктрине было высказано мнение о том, что существует еще и теория «ограниченного» иммунитета. По мнению Г.К. Дмитриевой, теория функционального иммунитета ограничивает иммунитет государства на основании общего принципа (критерия): деления деятельности государства на суверенно-властную и частную. А теория ограниченного иммунитета не использует никаких формальных критериев, а лишь формулирует перечень конкретных случаев, когда государство не пользуется иммунитетом в соответствии с нормами международных договоров. См.: *Международное частное право: учебник* / под ред. Г.К. Дмитриевой. С. 269.

Теория абсолютного иммунитета исходит из того, что иммунитет государства вытекает из принципа суверенного равенства государств. Именно поэтому иностранное государство на территории другого государства пользуется иммунитетом. При этом в теории и практике различают три вида иммунитета:

- а) *судебный иммунитет*. Судебный иммунитет означает, что иски к иностранному государству не могут рассматриваться без его согласия в судах другого государства;
- б) *иммунитет от предварительных мер*. Иммунитет от предварительных мер предполагает, что в порядке обеспечения иска имущество иностранного государства не может быть подвергнуто обеспечительным мерам со стороны другого государства;
- в) *иммунитет от исполнительных действий*. Иммунитет от исполнительных действий означает недопустимость обращения мер принудительного исполнения на имущество иностранного государства без его согласия.

Абсолютный иммунитет в качестве обычной нормы международного права появился уже в средние века. Первый случай признания абсолютного иммунитета относится к 1668 г., когда иностранный суд признал недопустимость ареста трех испанских военных судов, которые были задержаны в связи с задолженностью испанского короля¹. В течение XIX в. в странах общего права сложилась система прецедентов, в которых обосновывалась теория абсолютного иммунитета государства.

Согласно теории функционального иммунитета иностранное государство пользуется иммунитетом только тогда, когда оно совершает суверенные действия. Если же иностранное государство совершает действия коммерческого характера: заключает внешнеторговые сделки, эксплуатирует торговый флот, то оно не пользуется иммунитетом. Иными словами, если государство ставит себя в положение торговца, частного лица, к нему могут предъявляться иски, а на его собственность распространяются принудительные меры.

Впервые теория функционального иммунитета была сформулирована в 1891 г. в проекте Регламента Института международного

¹ См.: Богуславский М.М. Иммунитет государства. М., 1962. С. 25, 26.

права «О компетенции судов в делах против иностранных государств и государей». Этот проект, в частности, предусматривал, что против иностранного государства допускаются иски, если они предъявлены к какому-либо торговому или промышленному предприятию, которое принадлежит иностранному государству¹.

«Второе рождение» данной теории произошло после возникновения Советского государства, в котором была введена государственная монополия внешней торговли, по существу, любая предпринимательская деятельность в сфере внешней торговли осуществлялась государством.

«Третье рождение» теории функционального иммунитета приходится на период 70–80 гг. XX в., когда в ряде стран были изданы законы, ограничивающие иммунитет иностранного государства. Законодательство этих стран исходит из того, что необходимо защищать интересы физических и юридических лиц, которые вступают в частноправовые отношения с иностранным государством. Цель принятия этих законов — в предоставлении таким лицам судебной защиты для того, чтобы иностранное государство не могло пользоваться привилегиями на основании иммунитета.

Важную роль в распространении теории функционального иммунитета сыграла растущая задолженность развивающихся стран, так как их кредиторы стремятся обеспечить соблюдение соглашений о займах, оградить свои интересы в случае отказа от уплаты долгов. Кроме того, вкладывая капиталы в национальную экономику развивающихся стран, иностранные инвесторы стремятся защитить свою собственность от возможной национализации.

Принцип иммунитета иностранного государства является общепризнанным принципом современного международного права, так как и государства, применяющие теорию функционального иммунитета, и государства, придерживающиеся теории абсолютного иммунитета, признают его в качестве такового. Этот принцип базируется на обычной норме международного права и имеет диспозитивный характер.

¹ См.: Камаровский Л. О съезде Института международного права в Гамбурге в 1891 г. // Юридический вестник. 1892. Т. XII. Кн. 4. С. 596–600.

§ 2. Законодательство и судебная практика зарубежных стран об иммунитете иностранного государства

В 70-х гг. XX в. в ряде зарубежных стран (Австралии, Великобритании, Канаде, Пакистане, Сингапуре, США, ЮАР) были приняты законодательные акты, основанные на теории ограниченного (функционального) иммунитета государства. В некоторых странах (Австрии, Бельгии, Греции, Дании, Норвегии, Финляндии, ФРГ, Франции, Швейцарии), где специальное законодательство об иммунитете иностранного государства отсутствует, теории функционального иммунитета государства придерживается судебная практика.

Все законодательные акты, посвященные иммунитету иностранного государства, содержат норму о предоставлении иностранному государству иммунитета. Более того, законы Великобритании, Канады, Пакистана, Сингапура закрепляют обязанность суда предоставить иностранному государству иммунитет, даже если оно не участвует в разбирательстве.

Иностранное государство не пользуется иммунитетом, если оно подчинилось юрисдикции судов другого государства. Такое подчинение возможно в виде **отказа от иммунитета**. Отказ может быть выражен в форме соглашения. Заключение иностранным государством соглашения, в котором определяется подлежащее применению иностранное право, не означает его отказа от иммунитета. Иными словами, выбор права не означает отказ от иммунитета. Именно так это изложено в законах Великобритании, Пакистана, Австралии.

В законах США и Канады подобных положений нет. Закон США (п. а § 1605) устанавливает, что иностранное государство может отказаться от иммунитета прямо или косвенно. Четкие положения, определяющие случаи косвенного отказа от иммунитета, содержат законы Великобритании, Канады, Пакистана, Сингапура, Канады, Австралии. Предполагается, что иностранное государство подчинилось юрисдикции, если оно:

- возбудило разбирательство;
- вступило в дело или предприняло меры в отношении разбирательства.

При этом если иностранное государство вступило в дело или предприняло меры в отношении дела только для того, чтобы потребовать предоставления иммунитета, не считается, что оно подчинилось юрисдикции суда. Иной позиции придерживается закон

США, в соответствии с которым факт появления иностранного государства перед судом означает, что оно признало юрисдикцию судов США по конкретному делу. Поэтому иностранному государству, к которому был предъявлен иск в судах США, следует обращаться к процедуре так называемого специального обращения в суд (*special appearance*), которая означает согласие на подчинение юрисдикции суда для единственной цели — защиты юрисдикционного иммунитета. К этой процедуре обращался Советский Союз в деле о «царских займах» (1987), которое было возбуждено по иску фирмы «Карл Маркс энд К^о» и еще двумя физическими лицами к СССР¹.

Согласно законам Сингапура, Великобритании, США, Пакистана заключение иностранным государством соглашения о подчинении спора международному коммерческому арбитражу означает, что оно не пользуется иммунитетом в разбирательствах относительно осуществления государством надзорных функций, например относительно отмены арбитражных решений.

Признание за отдельным субъектом статуса «иностранного государства» является необходимой предпосылкой для признания его иммунитета. Законы по-разному подходят к решению вопроса о том, что представляет собой иностранное государство. Как правило, закрепленное в национальных законах понятие «иностранное государство» охватывает главу государства, правительство, агентство, учреждение иностранного государства. Закон США уточняет, что под агентством понимается государственное образование, которое является самостоятельным юридическим лицом, корпорацией, органом государства или его политическим подразделением, большинство акций которого или иным образом заявленной собственности принадлежит иностранному государству.



В деле по иску Есенина-Вольпина к ТАСС и Агентству печати «Новости» (АПН) (1978) американский суд пришел к выводу, что АПН представляет собой «иностранное государство» по смыслу закона 1976 г., так как большинство собственности АПН принадлежало Советскому государству².

¹ См.: Белов А. Н. Международное предпринимательское право: практическое пособие. М., 2001. С. 318, 319.

² *Materials on jurisdictional immunities of states and their property*. New York, 1982. P. 470.

Если иностранное государство ведет торговую деятельность, заключает торговые сделки, оно, как это следует из приведенных законов, не пользуется иммунитетом. **Определение торговой деятельности** имеет важное значение, так как, даже признав за какой-либо спорящей стороной статус «иностранного государства», суд откажет ей в предоставлении иммунитета, если иностранное государство ведет торговую деятельность.

Законодательство иностранных государств по-разному подходит к определению понятия «торговая деятельность», «торговая сделка». Законодательные акты Великобритании, Пакистана, Сингапура содержат только перечень видов сделок, совершение которых может привести к утрате государством иммунитета, а само определение торговой деятельности в них отсутствует. Законы этих стран под торговой сделкой понимают:

- контракты о поставке товаров или предоставлении услуг;
- договоры займа или другие сделки финансового характера, гарантии и поручительства;
- сделки или деятельность торгового, промышленного, профессионального или подобного характера, в которую государство вступает или с которой государство связано иным образом, чем при осуществлении суверенных функций.

В Канаде и США торговая деятельность определяется лишь в самом общем виде. Так, согласно закону Канады «торговая деятельность» означает любую сделку, акт либо регулярное ведение деятельности, которые по своей природе имеют торговый характер. Предусматривается, что суды при определении характера деятельности иностранного государства должны принимать во внимание природу этой деятельности, отдельной сделки, а не ее цель.



В качестве примера можно привести дело американской компании MOL Inc. v The People's Republic of Bangladesh, которое было рассмотрено апелляционным судом США в 1984 г. Обстоятельства таковы: компания MOL и правительство Республики Бангладеш заключили лицензионное соглашение сроком на 10 лет. Это соглашение предоставило компании MOL право отлавливать и экспортировать обезьян резус макак из Бангладеш. Оно также определило количество обезьян, которое компания могла отлавливать. Соглашением устанавливалось, что обезьяны могли использоваться только в медицинских целях. Так как компания MOL использовала обезьян не по назначению, Бангладеш расторгла

соглашение. В связи с этим компания предъявила иск в американский суд. Апелляционный суд постановил, что отмена лицензионного соглашения была суверенным актом, поскольку заключенное соглашение затрагивало право Республики Бангладеш регулировать естественные ресурсы. Апелляционный суд предоставил Бангладеш иммунитет. Это решение было отменено Верховным судом США на том основании, что апелляционный суд принял во внимание не природу сделки, а ее цель¹.

Хотя в законах Пакистана, Великобритании, Сингапура подобной нормы нет, на практике суды и этих стран применяют критерий природы сделки.



Примером может служить рассмотренное судами Великобритании дела *I Congresso del Partido* (1979)².

Суды стран, в которых отсутствует законодательство об иммунитете, также исследуют характер деятельности, осуществляемой иностранным государством. Так, в деле французской компании *Euroquipment S.A.* к Корпорации Республики Кот-д'Ивуар французский суд исследовал природу деятельности государственной корпорации. В решении от 7 февраля 1991 г. суд постановил, что ответчик — корпорация Республики Кот-д'Ивуар — предоставила в аренду помещения французской компании для ведения предпринимательской деятельности. Эта деятельность регулируется частным правом, и на нее не распространяется юрисдикционный иммунитет. Суд не признал иммунитет корпорации Республики Кот-д'Ивуар, несмотря на то что ответчик расторг договор аренды по прямому указанию президента своей республики³.

Законы зарубежных стран предусматривают и другие требования, относительно которых иностранное государство не пользуется иммунитетом. Так, при соблюдении определенных условий иммунитет иностранному государству не предоставляется в отношении споров, связанных с контрактом о найме на работу, причинением вреда здо-

¹ См.: *Feldman M.B.* The United States foreign immunities Act of 1976 in perspective: a founder's view // *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 35. № 1–2. 1986. P. 310, 311.

² *Materials on jurisdictional immunities of states and their property*. P. 453–468.

³ См.: *Donner R.* Some recent Case Law Concerning State Immunity before National courts // *Finish Yearbook of International Law*. Vol. 5. 1994. P. 403.

ровую, утратой или повреждением имущества, споров, связанных с интеллектуальной собственностью, участием государства в корпорациях, споров относительно торговых судов. Еще до введения соответствующих поправок к закону США на практике американские суды не предоставляли иностранному государству иммунитет в отношении разбирательств, связанных с трудовыми спорами.



В деле *Segni v Commercial Office of Spain* (1987) апелляционный суд США отказал ответчику — Торговому представительству Испании в предоставлении иммунитета. Спор возник из контракта о найме на работу, который Торговое представительство заключило с гражданином Аргентины, имевшим постоянное место жительства в США. Контракт предусматривал, что в обязанности работника входило распространение испанских вин на Среднем Западе. Так как Торговое представительство досрочно расторгло контракт, гражданин Аргентины обратился с иском в американский суд. Апелляционный суд постановил, что работу, которая выполнялась истцом, можно квалифицировать как предоставление услуг, т.е. осуществление деятельности, которая по своей природе является торговой. Поэтому апелляционный суд не признал иммунитет за Торговым представительством Испании.

От судебного иммунитета законодательство иностранных государств отличает **иммунитет от предварительных мер и исполнительных действий**. В соответствии с законами Великобритании, Пакистана, Австралии, Канады согласие иностранного государства подчиниться юрисдикции иностранных судов не считается согласием на применение предварительных мер и исполнительных действий. Иными словами, отказ от судебного иммунитета не считается отказом от иммунитетов от предварительных мер и исполнительных действий.



Например, в деле *Ipitrade International v Federal Republic of Nigeria* (1978) заявитель добивался приведения в исполнение арбитражного решения, которое было вынесено арбитражем Международной торговой палаты в Париже.

Рассматривая дело, американский суд установил, что арбитражное решение подлежит исполнению согласно Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., в которой участвуют, в частности, Франция, Нигерия, США. Суд учел, что согласно закону США иммунитет не предоставляется, если иностранное государство пря-

мо или косвенно отказалось от него, и пришел к выводу, что отказ от судебного иммунитета в силу заключенного арбитражного соглашения представляет собой и отказ от иммунитета от исполнительных действий. Был издан приказ об исполнении арбитражного решения¹.

Согласно законам Великобритании, Пакистана, Сингапура, США, Канады, Австралии иммунитет от исполнительных действий иностранному государству не предоставляется в отношении собственности, которая используется в торговых целях.

В странах, где не было издано законодательства об иммунитете государства, но судебная практика которых применяет положения теории функционального иммунитета, иностранному государству также не предоставляется иммунитет от предварительных мер и исполнительных действий, если его собственность используется в торговых целях.



Например, во Франции Кассационный суд рассмотрел дело *Eurodif v Iran* (1984). Обстоятельства дела таковы: компания *Eurodif* заключила с Ираном соглашение о создании совместной программы по производству обогащенного урана. В силу этого соглашения Иран приобретал право на получение 10% обогащенного урана. Так как Иран досрочно расторг соглашение, компания *Eurodif* предъявила в арбитраж Международной торговой палаты в Париже иск о возмещении ущерба вследствие расторжения договора. Истец потребовал наложения ареста на банковские счета французского государственного агентства, с которым Иран заключил договор займа для финансирования проекта по производству обогащенного урана.

Кассационный суд выдал приказ о наложении ареста и указал, что денежные фонды иностранного государства, из которых оплачивалась совместная программа по обогащению урана, использовались в торговой и экономической деятельности. Суд пришел к выводу, что такой собственности иммунитет от ареста не предоставляется².

¹ См.: *Materials on jurisdictional immunities of states and their property*. P. 476, 477.

² См.: *Fox II. Enforcement Jurisdictional, Foreign State Property and Diplomatic Immunity // International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 34. № 1. London, 1985. P. 139, 140.

Вместе с тем существуют виды собственности иностранного государства, которым предоставляется **полный иммунитет от предварительных мер и исполнительных действий**. По законодательству ряда стран (Великобритании, Пакистана и др.) такой иммунитет предоставляется собственности иностранного государства, которая используется или предназначена для использования:

- для нужд консульского и дипломатического представительства;
- в связи с военной деятельностью или является военной по своей природе либо находится под контролем военных властей (законы США, Канады, Австралии).

В некоторых странах иммунитет от предварительных мер и исполнительных действий предоставляется (в определенных пределах) собственности центральных банков иностранных государств. Так, закон США вводит презумпцию: имуществу иностранного центрального банка, которым он пользуется для удовлетворения собственных нужд, предоставляется иммунитет от предварительных мер и исполнительных действий при условии, что центральный банк иностранного государства не отказался от иммунитета.



В то же время, например, в ФРГ, законодательство которой не содержит на этот счет указаний, Федеральный конституционный суд в деле *Non-Resident Petitioner v Central Bank of Nigeria*¹ (1975) издал приказ о наложении ареста на счета центрального банка Нигерии в связи с тем, что собственность банка использовалась в торговых целях. Иными словами, суд не признал иммунитет за собственностью центрального банка иностранного государства.

Таким образом, несмотря на некоторые особенности законодательных актов различных стран, базирующихся на теории функционального иммунитета, все они в принципе разрешают применение предварительных мер и исполнительных действий в отношении собственности иностранного государства, но определяют виды собственности, которые пользуются полным иммунитетом от предварительных мер и исполнительных действий. К таким видам собственности, как отмечалось, относится собственность, используемая в дипломатических и консульских целях, в военных целях.

¹ См.: *Materials on jurisdictional immunities of states and their property*. P. 290–293.

Важная роль в применении теории функционального иммунитета отводится суду, так как именно **суд является органом, в компетенцию которого входит решение вопроса о том, пользуется ли сторона иммунитетом.** Однако страны, в которых были приняты законы об иммунитете, органы исполнительной власти продолжают в различной степени участвовать в решении вопроса о предоставлении иммунитета. Теперь органы исполнительной власти выдают заключения, удостоверяющие, что конкретная спорящая сторона является иностранным государством, толкующие положения законов об иммунитете, устанавливающие взаимность. Это право исполнительной власти закреплено в законах Австралии, Великобритании, Канады, Пакистана, Сингапура. В законе США отсутствуют подобные нормы. Однако и там органы исполнительной власти оказывают влияние на деятельность судов.

Мнение Государственного департамента (инициатива получения такого заключения может исходить как от исполнительной власти, так и от суда) рассматривается судом в качестве «дружеского совета». Но по существу оно обязательно для суда. Целесообразность такого вмешательства доктрина обосновывает ссылками на интересы внешней политики. В странах, в которых не были изданы законы об иммунитете государства, вопрос о предоставлении иммунитета иностранному государству также относится к компетенции суда. На практике органы исполнительной власти пытаются оказывать влияние на суды. Суды относятся к этому негативно. В Австрии, Германии, Италии органы исполнительной власти полностью отстранены от решения вопроса о предоставлении иммунитета иностранному государству.

§ 3. Международно-правовые кодификации по вопросам иммунитета государства

1. О широком распространении теории функционального иммунитета свидетельствует и то, что существуют международные договоры, положения которых основаны на этой теории. К числу таких договоров относятся **Брюссельская конвенция для унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных торговых судов**

от 10 апреля 1926 г. (далее — Брюссельская конвенция 1926 г.) и **Дополнительный протокол к ней** от 24 мая 1934 г.¹

По существу, Брюссельская конвенция 1926 г. приравнивает режим государственных торговых судов и грузов, принадлежащих этим государствам, к режиму торговых судов и грузов, находящихся в собственности юридических и физических лиц. Она допускает арест государственных торговых судов и обращение на них взыскания.

Для определения судов, к которым Брюссельская конвенция 1926 г. не применяется, в ней (ст. 3) использовано два способа:

- во-первых, установлен общий критерий: осуществление государственными торговыми судами некоммерческой службы;
- во-вторых, включен перечень категорий судов, изъятый из сферы ее действия.

В этот перечень входят военные, патрульные, санитарные, вспомогательные, снабженческие суда, государственные яхты. Указанные суда не подлежат конфискации, аресту или задержанию.

24 мая 1934 г. Брюссельская конвенция была дополнена Протоколом, который устранил некоторые неточности и пробелы, имевшиеся в ней. В частности, Протокол (ст. 1) предоставил иммунитет зафрахтованным государством на время и на рейс судам, которые используются исключительно на правительственной некоммерческой службе.

Брюссельскую конвенцию 1926 г. до Второй мировой войны ратифицировали Бразилия, Бельгия, Германия, Голландия, Италия, Мексика, Норвегия, Португалия, Чили, Швеция. В 1951 г. к ней присоединилась Греция, а в 1955 г. ее ратифицировала Франция. В 1953 г. Польша денонсировала указанную Конвенцию, но впоследствии вновь к ней присоединилась. Всего в Брюссельской конвенции 1926 г. участвуют более 20 государств.

2. К многосторонним международным договорам, положения которых основаны на теории функционального иммунитета, относятся и **Европейская конвенция об иммунитете государств**². Она была заключена странами Европы 16 мая 1972 г. и содержит нормы, которые условно можно разделить на следующие группы:

¹ *Materials on jurisdictional immunities of states and their property*. P. 173–175.

² *Международное частное право: сб. документов*. С. 41–51.

- 1) определяющие форму и условия отказа иностранного государства от иммунитета в судах другого государства-участника;
- 2) устанавливающие виды требований и разбирательств, в отношении которых иммунитет иностранному государству не предоставляется;
- 3) процессуальные нормы, в частности, регламентирующие порядок вручения судебных документов;
- 4) нормы, регулирующие исполнение судебных решений;
- 5) нормы факультативного характера.

Особенность Конвенции состоит в том, что в ней не только разрешены вопросы юрисдикционного иммунитета, но и урегулированы проблемы признания и исполнения судебных решений, вынесенных против иностранного государства.

Конвенция не распространяется на разбирательства относительно социального обеспечения, возмещения ядерного ущерба или вреда, таможенных обязательств, налоговых или уголовных взысканий, разбирательств, связанных с управлением государственными морскими судами.

Согласно Европейской конвенции об иммунитете государств иностранное государство не пользуется иммунитетом в двух случаях:

во-первых, когда оно отказалось от иммунитета;

во-вторых, если его деятельность или сделки охватываются перечнем случаев, в силу которых иммунитет не предоставляется.

Конвенция (ст. 1–3) регламентирует **формы отказа иностранного государства от иммунитета**. Такой отказ может быть:

- 1) явным;
- 2) подразумеваемым.

Явный отказ может иметь форму:

- а) международного договора;
- б) ясно выраженного условия, содержащегося в контракте, который был заключен в письменной форме;
- в) явного согласия, которое было дано после возникновения спора.

Конвенция регламентирует и *формы подразумеваемого отказа* от иммунитета. К ним относятся:

- а) предъявление иностранным государством иска или вступление в разбирательство в суде другого государства-участника;

- б) предъявление иностранным государством основного иска в суде другого государства-участника (это влечет непризнание за ним иммунитета в отношении встречного иска);
- в) предъявление иностранным государством встречного иска в суде другого государства-участника;
- г) принятие иностранным государством каких-либо мер в отношении существа разбирательства.

Конвенция устанавливает перечень случаев, когда иностранное государство не пользуется иммунитетом в силу проводимой им деятельности или заключенной сделки. Она предусматривает, что **судебный иммунитет** иностранному государству (при соблюдении ряда требований) **не предоставляется в отношении разбирательств:**

- связанных с контрактами о найме на работу;
- относительно обязательств, возникающих из контрактов, которые подлежат исполнению на территории государства суда;
- связанных с участием государства в компаниях и иных юридических лицах, имеющих местонахождение на территории государства суда;
- связанных с производственной, торговой и финансовой деятельностью, которую государство осуществляет через свое агентство или учреждение;
- в отношении патентов, промышленных образцов, товарных знаков, недвижимости, находящейся на территории государства суда;
- касающихся имущества, право на которое возникло у государства в результате наследования;
- вытекающих из возмещения вреда или ущерба.

В Конвенции содержатся нормы, регламентирующие **порядок вручения судебных повесток и заочных судебных решений**. Такие документы вручаются министру иностранных дел государства, против которого было возбуждено разбирательство или было вынесено судебное решение.

Конвенция отделяет судебный иммунитет от иммунитетов от предварительных мер и исполнительных действий. Из этого следует, что отказ иностранного государства от судебного иммунитета не означает его отказа от иммунитетов от предварительных мер и исполнительных действий. Предусматривается (ст. 23), что никакие предварительные меры или исполнительные действия не могут

быть предприняты в отношении собственности другого государства-участника, за исключением случая, когда это государство ясно согласилось в письменной форме в каждом отдельном случае на применение таких мер. Это означает, что заинтересованная сторона не вправе требовать ареста или обращения судебного взыскания на имущество государства-ответчика от суда государства, на территории которого это имущество находится.

Согласно Конвенции государство, против которого было вынесено решение, обязано его исполнить. **Такое государство вправе не исполнять вынесенное против него решение лишь в строго ограниченных случаях:**

- 1) если решение противоречит публичному порядку страны исполнения;
- 2) если разбирательство между теми же сторонами по тому же основанию:
 - а) имеется в производстве суда этого государства и возбуждено первым;
 - б) находится в производстве суда другого участника Европейской конвенции и было возбуждено там первым;
- 3) если не были соблюдены требования о вручении судебных повесток, государство не явилось в суд и не подало апелляцию на заочное судебное решение.

Если государство не исполняет судебное решение, сторона, добивающаяся его исполнения, вправе обратиться в суд государства, против которого было вынесено решение. Этот суд должен определить, подлежит ли исполнению вынесенное против государства решение. При ратификации, утверждении или присоединении к Конвенции государство-участник должно указать такие компетентные суды. Иными словами, важная особенность данной Конвенции состоит в том, что для принудительного исполнения судебного решения, вынесенного против иностранного государства, заявитель **должен обратиться в компетентный суд государства, против которого было вынесено решение.**

Европейская конвенция об иммунитете государств вступила в силу 11 июня 1976 г. В ней участвуют Австрия, Бельгия, Великобритания, Кипр, Люксембург, Нидерланды, Португалия, ФРГ, Швейцария.

16 мая 1972 г. был подписан **Протокол к Европейской конвенции**¹. Протокол (ст. 4) учредил Европейский трибунал по вопросам иммунитета государств. Согласно Протоколу (ст. 1), если против государства — участника Европейской конвенции было вынесено судебное решение и оно не исполняет его, заинтересованная сторона вправе обратиться в Европейский трибунал по вопросам иммунитета государства при условии, что это государство является участником Протокола. Если государство, против которого было вынесено решение, желает обратиться в суд своей страны, оно обязано уведомить об этом сторону, в пользу которой было вынесено решение. Если эта сторона в течение трех месяцев не обратится в Европейский трибунал по вопросам иммунитета, она утрачивает право обращения в этот орган. Трибунал был сформирован 28 мая 1985 г. Протокол вступил в силу 22 мая 1985 г. Его участниками являются Австрия, Бельгия, Кипр, Люксембург, Нидерланды, ФРГ, Швейцария.

3. Организация Американских Государств, Ассоциация международного права также предпринимали попытки кодифицировать нормы относительно иммунитета иностранного государства². Проекты этих международных организаций основаны на теории функционального иммунитета.

О широком распространении теории функционального иммунитета свидетельствует и тот факт, что подготовленный Комиссией международного права проект статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности в основном базируется на положениях названной теории. Этот проект был одобрен резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1994 г. № 49/91.

2 декабря 2004 г. Генеральная Ассамблея ООН резолюцией № 59/38 одобрила **Конвенцию ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности** (далее — Конвенция)³.

Конвенция явилась результатом согласования позиций представителей как стран, придерживающихся теории абсолютного иммунитета иностранного государства, так и государств, поддерживающих теории функционального иммунитета иностранного государства.

¹ *Международное частное право: сб. документов.* С. 51–53.

² *International Legal Materials.* Vol. 22.1983. P. 292. *International Law Association. Report of the 66 Conference.* Buenos Aires, 1984. P. 488.

³ СПС «КонсультантПлюс».

В итоге Конвенция базируется на теории функционального иммунитета государства с определенными уточнениями, которые позволяют учитывать интересы государства, которое является стороной в разбирательстве в суде другого государства.

3.1. Конвенция (ст. 2) содержит определение понятия «государство». Оно означает:

- 1) государство и его различные органы управления;
- 2) составные части федеративного государства, его политические подразделения, которые правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве;
- 3) учреждения, институты, организации в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства;
- 4) представителей государства, действующих в этом качестве.

Понятие «государство» охватывает все иностранные государства независимо от формы правления. Очень часто в международных частноправовых отношениях государство представлено правительством, например при выдаче гарантий в отношении частноправовых сделок, при заключении кредитных договоров и др. Поэтому иск, предъявленный к правительству государства, рассматривается как иск против иностранного государства, что соответствует сложившейся практике (например, дело *X. v Government of the United States*¹, рассмотренное Верховным судом Австрии в 1961 г.).

Конвенция относит к понятию «государство» составные части государства, под которыми имеются в виду субъекты федеративного государства. В некоторых государствах субъекты, входящие в федерацию, по историческим и иным причинам пользуются иммунитетом. Субъект федерации, политическое подразделение вправе ссылаться на иммунитет при условии, что наделены полномочиями совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве. Если они заключают частноправовые сделки, они не вправе пользоваться иммунитетом. Конвенция (пп. iv п. 1b ст. 2) относит к понятию «государство» представителей государства, действующих в этом качестве.

¹ *Materials on jurisdictional immunities of states and their property.* P. 203–207.

3.2. Конвенция устанавливает форму явного отказа иностранного государства от иммунитета. Отказ возможен в силу:

- а) международного соглашения;
- б) письменного контракта;
- в) заявления в суде или письменного сообщения в рамках конкретного разбирательства.

Учитывается и подразумеваемое согласие. Согласно п. 1 ст. 8 Конвенции государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции судов другого государства, если оно само возбудило разбирательство, приняло участие в разбирательстве существа дела или предприняло какое-либо иное действие по существу дела. Свидетельством согласия может быть поведение государства. Например, государство является истцом по делу или представитель государства, который оспаривает существо дела, явился в суд. Конвенция исходит из того, что выбор права не означает отказа иностранного государства от иммунитета (п. 2 ст. 7 Конвенции).

Из п. 2 ст. 8 Конвенции следует, что иностранное государство, которое явилось в суд другого государства только для того, чтобы потребовать предоставления иммунитета, не дает согласия на осуществление юрисдикции этого суда. Кроме того, иностранное государство, не будучи стороной разбирательства, вправе выдвигать претензии на право или интерес в отношении имущества, которое является предметом этого разбирательства, не подчиняясь юрисдикции суда другого государства. Явка представителя иностранного государства в суд другого государства для дачи свидетельских показаний не должна пониматься как согласие иностранного государства на осуществление юрисдикции этим судом (п. 3 ст. 8 Конвенции).

Согласно Конвенции (ст. 9) другим случаем подразумеваемого отказа является предъявление встречного иска.

Устанавливается (ст. 5) **общий принцип** — государство пользуется иммунитетом в отношении себя и своей собственности от юрисдикции судов другого государства с учетом положений Конвенции.

3.3. Случаи, ограничивающие иммунитет государств, сформулированы в ст. 10–17 Конвенции. В этих случаях иностранное государство не может ссылаться на иммунитет независимо от того, выразило ли оно согласие на отказ от иммунитета. Другими словами, сам факт осуществления иностранным государством деятельности или совершения действий, предусмотренных названными статьями Конвенции, ведет к утрате им права на иммунитет.

□ Согласно п. 1 ст. 10 Конвенции иностранное государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства **при разбирательстве относительно коммерческой сделки**. Под коммерческой сделкой понимаются:

- а) любой коммерческий контракт или сделка купли-продажи товаров или о предоставлении услуг;
- б) любой контракт о займе или иная сделка финансового характера, включая любое обязательство по гарантии или компенсации в отношении любого такого займа или сделки;
- в) любой иной контракт или сделка финансового характера коммерческого, промышленного, торгового или профессионального характера, за исключением трудовых договоров.

В частности, Конвенция относит к коммерческим сделкам все виды сделок купли-продажи товаров, предоставления услуг, договоров займа, кредитные договоры, предоставление государством гарантий при осуществлении сделок физическими и юридическими лицами. Для определения того, имеет ли сделка коммерческий характер, Конвенция (п. 2 ст. 2) обязывает использовать два критерия. Прежде всего необходимо исходить из природы этого контракта или сделки. Следует учитывать также их цель, если:

- а) стороны договорились об этом;
- б) согласно практике государства суда эта цель имеет отношение к определению некоммерческого характера этого контракта или сделки.

Иными словами, при определении характера сделки в этих случаях сторона вправе требовать, чтобы учитывалась ее цель.

Использование критерия — цель сделки позволяет государству защитить свои национальные интересы в случаях, когда сделка заключается в государственных интересах. Например, закупка иностранным государством медикаментов для борьбы с распространением эпизоотий ящура будет рассматриваться как совершение гражданско-правовой сделки в осуществление суверенной власти при условии, что стороны договорились об этом при заключении сделки или если это предусматривает законодательство государства суда.

□ Согласно Конвенции (п. 1 ст. 11) иностранное государство не может ссылаться на иммунитет в суде другого государства по делам, касающимся трудового договора между этим иностранным государством и физическим лицом относительно работы, которая была или должна

быть выполнена полностью или частично на территории государства суда, за определенными исключениями.

□ Нельзя ссылаться на иммунитет от юрисдикции судов другого государства и в отношении разбирательств, касающихся денежного возмещения в случае смерти или телесного повреждения какому-либо лицу или нанесения ущерба имуществу или его утраты в результате действия или бездействия, если ответственность за такое действие или бездействие предположительно *может быть возложена на иностранное государство* (ст. 12). При этом для определения юрисдикции имеет значение тот факт, что вредоносное деяние имеет место полностью или частично на территории государства суда и причинитель вреда находится на территории государства суда в момент этого деяния. Эта норма направлена на то, чтобы предоставить потерпевшему в различных инцидентах, в частности в дорожных происшествиях, причиненных должностными лицами иностранного государства, возможность предъявить иск в своей стране.

□ Другое важное изъятие из принципа иммунитета иностранного государства **касается права собственности**. Согласно ст. 13 Конвенции иностранное государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции в суде другого государства по делам, которые касаются установления:

- а) любых прав и интересов иностранного государства в отношении недвижимого имущества, находящегося в государстве суда;
- б) любых прав или интересов иностранного государства в отношении движимого или недвижимого имущества, которые возникают в силу наследования, дарения или вследствие того, что имущество является бесхозным;
- в) любых прав и интересов иностранного государства относительно управления имуществом, таким как доверительная собственность, собственность банкрота или собственность компании в случае ее ликвидации.

□ Согласно ст. 14 Конвенции иностранное государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства по делам, касающимся: установления любого права иностранного государства в отношении патента, промышленного образца, торгового или фирменного наименования, товарного знака, авторского права или любой другой формы интеллектуальной или промышленной собствен-

сти, пользующейся правовой защитой, в том числе и на временной основе, в государстве суда.

□ В соответствии с Конвенцией (ст. 15) иностранное государство не может сослаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства по делам, связанным с его участием в компании или другом объединении, независимо от того, зарегистрировано оно или нет в качестве юридического лица, если разбирательство касается взаимоотношений между государством и объединением или другими его участниками при определенных условиях.

□ Иностранное государство, которое является собственником судна или эксплуатирует его, не может согласно ст. 16 Конвенции сослаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства по делам, касающимся эксплуатации этого судна, если в момент возникновения факта, послужившего основанием иска, это судно использовалось в иных целях, чем государственные некоммерческие цели.

Статья 16 Конвенции выделяет два вида использования судов: используемые на государственной некоммерческой службе и используемые в коммерческих целях. Такое деление соответствует Брюссельской конвенции для унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных торговых судов 1926 г.¹, Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.²

Из сферы действия ст. 16 исключены военные, вспомогательные корабли и другие суда, принадлежащие государству или эксплуатируемые и используемые им на данном этапе исключительно на государственной некоммерческой службе.

□ При заключении соглашения о передаче спора в международный коммерческий арбитраж иностранное государство не обладает иммунитетом в отношении надзорной и контрольной функции государственного суда другого государства (ст. 17 Конвенции).

Употребленное в Конвенции выражение «коммерческая сделка» распространяется и на сферу инвестиций. Иными словами, если спор возникает из коммерческой сделки, связанной с инвестиционной деятельностью иностранного государства, и относительно его заключено арбитражное соглашение, это государство не будет поль-

¹ *Materials on jurisdictional immunities of states and their property.* P. 173–175.

² СЗ РФ. 1997. № 48. Ст. 5493.

зоваться иммунитетом от юрисдикции суда другого государства в отношении надзорных функций государственного суда.

3.4. Конвенция (ст. 18, 19) проводит различие между судебным иммунитетом и иммунитетом от предварительных мер и исполнительных действий. Такое разграничение принято как в отечественной¹, так и в зарубежной литературе. В Конвенцию включена ст. 18, запрещающая применение предварительных мер, за исключением случаев, когда иностранное государство отказалось от этого иммунитета.

□ Согласно Конвенции (ст. 18, 19) иностранное государство пользуется иммунитетом от исполнительных действий, за исключением случая, когда оно отказалось от него.

□ Еще одно исключение из предоставления иммунитета иностранному государству от исполнительных действий. Это касается случая, когда было установлено, что собственность непосредственно используется или предназначена для использования иностранным государством для иных целей, чем государственные некоммерческие цели. Такая собственность должна находиться на территории государства суда и иметь связь с образованием (организацией), против которого было направлено судебное разбирательство. Следовательно, в этом случае не требуется какого-либо согласия иностранного государства на применение исполнительных действий.

□ В третьем случае имеется в виду непредоставление иностранному государству иммунитета от исполнительных действий на основании характера собственности: использование ее в иных целях, чем государственные некоммерческие цели. Конвенция исходит из того, что иммунитет от исполнительных действий иностранному государству не предоставляется лишь в отношении собственности, которая имеет связь с образованием (организацией), против которого было направлено судебное разбирательство.

Представляется, что требования о наличии связи между иностранным государством и образованием, против которого было направлено судебное разбирательство, оправданно. Иностранные физические и юридические лица, получив решения в свою пользу,

¹ См.: Богуславский М.М. Иммунитет государства. М., 1962. С. 26; Ушаков Н.А. Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности. М., 1993. С. 182, 183.

стремятся обратить взыскание на всю собственность государства, находящуюся за рубежом.



Например, в 2000 г. компания «Нога Трейдинг С.А.» на основании решения Стокгольмского арбитража наложила арест на барк «Седов», который прибыл во Францию по приглашению французского правительства для участия в спортивных соревнованиях в честь Дня Бастилии¹. Барк «Седов» принадлежал Мурманскому государственному техническому университету².

Учитывая, что Конвенция (ст. 19) содержит достаточно широкие изъятия из иммунитета от исполнительных действий, она (ст. 21) выделяет **особые категории собственности, которые пользуются полным иммунитетом от исполнительных действий**. К ним относятся:

- а) собственность, включая любой банковский счет, используемая или предназначенная для использования при исполнении функций дипломатического представительства государства, его консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях или делегаций в органах международных организаций или на международных конференциях;
- б) собственность военного характера или используемая или предназначенная для исполнения военных функций;
- в) собственность центрального банка или иного финансового органа государства;
- г) собственность, составляющая часть культурного наследия государства или часть его архивов, не выставленная на продажу или не предназначенная для продажи;
- д) собственность, составляющая часть экспозиции объектов, которые представляют научный, культурный или исторический интерес, и не выставленная на продажу и не предназначенная для продажи.

В последние годы судебная практика различных стран неодинаково подходила к решению вопроса о предоставлении иммунитета

¹ См.: Новая газета. 2000. 5–11 июня; Российская газета. 2000. 8 июля.

² См.: Силкина И.В. Лица, имеющие право ссылаться на государственный иммунитет: современные тенденции в зарубежной судебной практике // Московский журнал международного права. 2005. № 1. С. 211.

банковскому счету посольства. В различных странах банковские счета дипломатических представительств неоднократно подвергались аресту¹.



Например, в Великобритании в 1984 г. по делу *Alcom v Republic of Columbia*, когда был наложен арест на банковский счет посольства Колумбии². В 2000 г. по ходатайству швейцарской корпорации *Compagnie Noga d'Exportation S.A.*³ был арестован банковский счет Посольства Российской Федерации во Франции. Конвенция предоставила иммунитет банковскому счету посольства. Тем самым был восполнен пробел, имевшийся в Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г.

Конвенция (п. «е» ст. 21) распространяет защиту на принадлежащую иностранному государству собственность, являющуюся частью экспозиции, которая представляет собой культурный, научный или исторический интерес при условии, что она не выставлена на продажу или не предназначена для продажи. Это положение распространяется на случаи проведения государственными музеями выставок за рубежом.



Например, 16 июня 1993 г. Парижский суд Большой инстанции вынес решение по искам И. Щукиной и И. Коновалова к Российской Федерации, Государственному Эрмитажу, Государственному музею изобразительных искусств им. А.С. Пушкина и Центру Помпиду. Иски были предъявлены при проведении выставки картин А. Матисса из собраний российских музеев в Центре Помпиду⁴. Этим решением в исковых требованиях было отказано.

3.5. Конвенция (ст. 22–24) содержит ряд положений относительно судопроизводства. Она определяет порядок вручения судебных документов, вынесения заочных судебных решений, запрещает приме-

¹ См.: Хлестова И.О. Венская конвенция о дипломатических сношениях 1961 г.: нужны ли изменения? // Российский ежегодник международного права. 1992. СПб., 1994.

² Materials on jurisdictional immunities of states and their property. P. 297–321.

³ См.: Богуславский М.М. Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования // Международное частное право. Современная практика. М., 2000. С. 226.

⁴ Там же. С. 221.

нять к иностранному государству наказания или штрафы за какие-либо упущения, отказ предоставить какую-либо информацию или документ.

Конвенция (ст. 25) содержит приложение, которое является ее неотъемлемой частью. В этом приложении **раскрывается значение ряда терминов**, так, например, в нем указывается, что ссылка в п. 2d ст. II на интересы безопасности государства-работодателя преследует цель затронуть вопросы национальной безопасности и безопасности дипломатических представительств и консульских учреждений.

Конвенция (ст. 26) указывает, что ничто в ней не затрагивает прав и обязательств государств по действующим международным договорам по указанным вопросам. Из этого положения следует, что **нормы обычного международного права продолжают регламентировать вопросы, не урегулированные в Конвенции**.

Конвенция явилась результатом более чем 20-летней работы различных органов такой авторитетной международной организации, как ООН. Она представляет собой компромисс, достигнутый в результате усилий, которые были предприняты государствами международного сообщества. Конвенция является кодификацией международно-правового регулирования юрисдикционных иммунитетов государств. В ней отражена тенденция развития международного права, направленная на ограничение случаев, когда иностранное государство пользуется иммунитетом. Уже сейчас положения Конвенции используются государствами в качестве обычных норм международного права. Конвенцию подписали 28 государств, а ратифицировали семь: Австрия, Норвегия, Португалия, Румыния, Иран, Ливан, Швеция¹.

§ 4. Российское законодательство по вопросам иммунитета иностранного государства

1. Советское законодательство последовательно воплощало в жизнь теорию абсолютного иммунитета государства, что было закреплено в ст. 61 Основ ГЗ СССР 1961 г. Соответственно, ст. 435 Граждан-

¹ См.: <<http://treaties.un.org/Pages/Home>>.

ского процессуального кодекса РСФСР¹ 1964 г. устанавливала, что предъявление иска к иностранному государству, обеспечение иска и обращение взыскания на имущество иностранного государства, находящееся на территории Российской Федерации, могут быть допущены лишь с согласия соответствующего иностранного государства. Это означает, что для предъявления иска в российском суде к иностранному государству необходимо было получить на это согласие его компетентных органов. Нельзя в качестве обеспечительной меры наложить арест на имущество иностранного государства без согласия его компетентных органов. Нельзя также привести в исполнение вынесенное против иностранного государства решение без согласия его компетентных органов, в частности, нельзя обратить судебное взыскание на имущество иностранного государства.

2. Со времени принятия союзных законодательных актов, посвященных иммунитету иностранного государства, в жизни нашего государства произошли значительные изменения: распался Советский Союз, были ликвидирована государственная монополия внешней торговли, государственная валютная монополия. В ноябре 2002 г. Европейский союз признал Россию страной с рыночной экономикой. В принятых в последнее время законодательных актах вопросы юрисдикционного иммунитета государства и его собственности решены несколько по-новому.

Так, согласно ст. 401 ГПК РФ предъявление в российском суде иска к иностранному государству, привлечение его к участию в деле в качестве ответчика или третьего лица, наложение ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории Российской Федерации, принятие по отношению к этому имуществу иных мер по обеспечению иска, обращение взыскания на это имущество в порядке исполнения решений суда допускаются только с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено международным договором РФ или федеральным законом.

Таким образом, норма ч. 1 ст. 401 ГПК РФ предоставляет иностранному государству судебный иммунитет, иммунитеты от предварительных мер и исполнительных действий, если иное не предусмотрено международным договором РФ или федеральным законом.

¹ Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

Пока такой закон не принят. Отсюда следует, что ч. 1 ст. 401 ГПК РФ основана на теории абсолютного иммунитета иностранного государства, хотя и предполагает, что федеральный закон или международный договор могут устанавливать иное, т.е. основываться на теории функционального иммунитета.

Согласно ч. 1 ст. 251 АПК РФ *иностранное государство, выступающее в качестве носителя власти*, обладает судебным иммунитетом по отношению к предъявленному к нему иску в российском арбитражном суде, привлечению его к участию в деле в качестве третьего лица, наложению ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории Российской Федерации, и принятию по отношению к нему судом мер по обеспечению иска и имущественных интересов. Обращение взыскания на это имущество в порядке принудительного исполнения судебного акта арбитражного суда допускается только с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено международным договором РФ или федеральным законом. Иными словами, если иностранное государство не выступает в качестве носителя власти, оно не пользуется судебным иммунитетом и иммунитетом от обеспечительных мер.

При этом за иностранным государством всегда признается иммунитет от исполнительных действий при условии, что оно не отказалось от него и международный договор РФ и федеральный закон не устанавливают иного. Из изложенного следует, что признание судебного иммунитета и иммунитета от предварительных мер в АПК РФ основано на теории функционального иммунитета. А предоставление иностранному государству иммунитета от исполнительных действий согласно АПК РФ осуществляется на основе теории абсолютного иммунитета иностранного государства¹.

Необходимо отметить, что нормы АПК РФ и ГПК РФ, посвященные иммунитету иностранного государства, не соответствуют друг другу. Согласно АПК РФ во внешнеэкономических спорах предоставление иностранному государству судебного иммунитета и

¹ Из такой же позиции исходят Г.В. Игнатенко и И.В. Федоров (см.: *Игнатенко Г.В., Федоров И.В.* Арбитражный процессуальный кодекс РФ в международно-правовом измерении: достижения и упущения // Журнал российского права. 2003. № 7. С. 28).

иммунитета от предварительных мер основано на теории функционального иммунитета. Однако в соответствии с ГПК РФ в спорах с участием граждан, например трудовых спорах, иностранному государству предоставляется абсолютный иммунитет. Подобное регулирование ведет к неравенству участников гражданско-правовых отношений, что не соответствует п. 1 ст. 1 ГК РФ.

3. Федеральный закон «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» (ст. 50) установил, что Правительство РФ принимает решения об учреждении в иностранных государствах **торговых представительств**. Торговые представительства РФ, так же как дипломатические представительства и консульские учреждения, обеспечивают внешнеэкономические интересы России в иностранных государствах.

В развитие этого Закона было принято Положение о Торговом представительстве Российской Федерации в иностранном государстве от 27 июня 2005 г. № 401¹ (далее — Положение № 401). Постановление Правительства РФ от 5 июня 2008 г. № 437 «О Министерстве экономического развития Российской Федерации»² предусматривает, что Министерство экономического развития осуществляет руководство деятельностью торговых представительств Российской Федерации в иностранных государствах.

Согласно Положению № 401 **торговое представительство Российской Федерации** в иностранном государстве является государственным органом, обеспечивающим в государстве пребывания внешнеэкономические интересы Российской Федерации. Торговое представительство (или торгпредство) учреждается на основании договора между Российской Федерацией и соответствующим иностранным государством.

Торговое представительство является составной частью дипломатического представительства Российской Федерации в государстве пребывания и действует под непосредственным политическим руководством посла РФ в этом государстве.

Торговое представительство может совершать в установленном порядке от своего имени сделки и иные юридические действия, не-

¹ СЗ РФ. 2005. № 27. Ст. 2761.

² СЗ РФ. 2008. № 24. Ст. 2867.

обходимые для осуществления возложенных на него задач, выступать в судах в качестве истца или представителя истца.

В Положении № 401 имеется определенная непоследовательность. С одной стороны, торговое представительство является государственным органом и составной частью дипломатического представительства Российской Федерации в государстве пребывания. С другой — торговое представительство является юридическим лицом (п. 14 Положения № 401). Следовательно, торговое представительство вправе выступать истцом в иностранных судах. Тем более что согласно пп. «е» п. 13 Положения № 401 торговый представитель вправе совершать от имени торгового представительства юридически значимые действия.

В соответствии с Положением № 401 в качестве ответчика торговое представительство может выступать в судах только по спорам, вытекающим из сделок и иных юридических действий, совершенных торговым представительством в государстве пребывания, и только в тех случаях, когда Российская Федерация в международном договоре с государством пребывания либо путем заявления в суде или письменного уведомления в рамках разбирательства дела выразила согласие на подчинение торгового представительства юрисдикции суда государства пребывания по указанным спорам.

Таким образом, Положение № 401 исходит из того, что в ряде случаев торговое представительство пользуется иммунитетом в отношении тех сделок, по спорам из которых Российская Федерация не подчинилась юрисдикции иностранных судов.

Положение № 401 определяет формы отказа от судебного иммунитета:

- 1) международный договор;
- 2) заявление в суде;
- 3) письменное уведомление в рамках судебного разбирательства.

Как видно, торговое представительство вправе выступать ответчиком лишь в отдельных случаях, когда Российская Федерация согласилась на подчинение юрисдикции судов страны пребывания. В то же время как юридическое лицо торговое представительство должно отвечать по своим обязательствам. Из изложенного вытекает, что торговые представительства Российской Федерации за рубежом не пользуются юрисдикционным иммунитетом автоматически,

в особенности в тех странах, законодательство и судебная практика которых основаны на теории функционального иммунитета.

В принципе нормы об иммунитете иностранного государства зеркально отражают позицию государства, которую оно хотело бы занимать в отношении предъявляемых к нему исков иностранными юридическими и физическими лицами. Такая позиция, в частности, отражена в Федеральном законе «О соглашениях о разделе продукции». Согласно этому Закону (ст. 23) в соглашениях о разделе продукции, заключаемых с иностранными гражданами и юридическими лицами, может быть предусмотрен в соответствии с российским законодательством отказ государства от судебного иммунитета, иммунитетов от предварительного обеспечения иска и исполнения судебного и (или) арбитражного решения. Иными словами, этот Закон исходит из того, что государство вправе отказаться от юрисдикционного иммунитета в отношении определенной категории споров, а именно споров из соглашений о разделе продукции, если это предусмотрено федеральным законом. Пока в России такой закон не принят. Однако ведется работа по его подготовке¹.

На принципе абсолютного иммунитета иностранного государства базируется и законодательство Армении (ст. 245 Гражданского процессуального кодекса от 7 августа 1998 г.), Белоруссии (ст. 553 Гражданского процессуального кодекса от 11 января 1999 г.), Казахстана (ст. 422 Гражданского процессуального кодекса от 13 июля 1999 г.), Киргизии (ст. 377 Гражданского процессуального кодекса от 24 ноября 1999 г.), Таджикистана (ст. 390 Гражданского процессуального кодекса от 5 января 2008 г.), Украины (ст. 413 Гражданского процессуального кодекса от 18 марта 2004 г.; ст. 125 Хозяйственного процессуального кодекса от 6 ноября 1991 г.; ст. 79 Закона о международном частном праве 2005 г.), Узбекистана (ст. 389 Гражданского процессуального кодекса от 30 августа 1997 г.)².

Вопросы иммунитета иностранного государства затрагиваются в таких международных двусторонних договорах, как торговые договоры, договоры о судоходстве, о защите капиталовложений. Так как Российская Федерация является государством — правопреем-

¹ См.: Ертылева Н.Ю. Государства как субъекты международного частного права // Право и политика. 2009. № 3. С. 558–561.

² См.: <<http://www.base.spinform.ru>>.

ником СССР, по-прежнему сохраняют свое значение двусторонние международные договоры по указанным вопросам, заключенные СССР.

Анализ торговых договоров, заключенных СССР, показывает, что некоторые из них, по существу, предусматривали собой *отказ Советского Союза от судебного иммунитета* в отношении определенной категории споров — споров из торговых сделок, заключенных и гарантированных торгпредствами, при условии что эти сделки не содержат арбитражных оговорок (ст. 4 договора с Болгарией 1971 г., ст. 5 договора с Эквадором 1969 г.), отказ от иммунитета от исполнительных действий в отношении определенной категории имущества — долговых требований, авуаров, товаров, являющихся собственностью торгпредства (ст. 4 договора с Болгарией 1971 г., ст. 4 договора с Италией 1948 г.) или в отношении всей собственности, находящейся на территории государства-участника (ст. 7 договора с Бельгией, ст. 7 договора с Нидерландами 1971 г., ст. 4 договора с Японией 1957 г.).

Заключенные Россией соглашения о правовом статусе торгпредств (с Азербайджаном 1992 г., Арменией 1992 г., Белоруссией 1992 г., Грузией 1995 г.) не предоставляют торгпредствам какого-либо иммунитета.

В заключенных Россией двусторонних международных договорах, посвященных торгово-экономическому сотрудничеству (с Аргентиной 1993 г., Великобританией 1992 г., Испанией 1994 г., Канадой 1992 г.), правовое положение торговых представительств не регламентируется. По существу, эти международные договоры ставят решение вопроса о предоставлении иммунитета торгпредству в зависимость от национального законодательства страны его местонахождения.

4. Иммунитет иностранного государства связан и с вопросом иммунитета государственных торговых судов, который регулируется двусторонними международными договорами о торговом мореплавании. Заключенные СССР международные договоры о торговом мореплавании не предоставляют судебный иммунитет государственным торговым судам (ст. I Протокола к договору с Великобританией 1974 г., ст. 14 договора с Гвинесей-Бисау 1975 г., ст. 15 договора с Португалией 1974 г.).

Группа международных договоров предоставляет государственным торговым судам так называемый *условный иммунитет от испол-*

нительных действий: ответчик должен указать представителя, который примет на себя возникающие из спора обязательства.

Договор с Ганой 1978 г. (ст. 16) признает за государственными торговыми судами иммунитет от обеспечительных мер, но не предоставляет судебный иммунитет и иммунитет от исполнительных действий.

В заключенных Россией двусторонних договорах с Болгарией 1995 г., Грузией 1996 г., Латвией 1995 г., Китаем 1994 г., Украиной 1995 г. проблемы иммунитета государственных торговых судов не затрагиваются.

Таким образом, в 70–80 гг. XX в. в договорной практике СССР сложилась тенденция к отказу от иммунитета государственных торговых судов. Этой же практике последовала и Россия. Решение вопроса о предоставлении иммунитета государственному торговому суду зависит от национального законодательства страны, где судно находится.

5. К числу международных договоров, связанных с проблемами иммунитета, относятся двусторонние международные договоры в области капиталовложений. В этих договорах, в частности договорах с Австрией 1990 г., Аргентиной 1998 г., Великобританией 1989 г., Германией 1989 г., Италией 1996 г., Турцией 1997 г., Японией 1998 г., предусмотрен арбитражный порядок разрешения споров между государством и иностранным инвестором.

В свете законодательства зарубежных стран, основанного на теории функционального иммунитета, такое подчинение органам международного коммерческого арбитража означает отказ России от иммунитета в отношении надзорных функций государственных арбитражных судов, а при некоторых обстоятельствах и отказ от иммунитета от исполнительных действий. Таким образом, в договорной практике СССР, а впоследствии России появилась тенденция к отказу от определенных видов иммунитета. Это отражает новый подход России к проблеме иммунитета иностранного государства.

Контрольные вопросы

1. Какие существуют виды иммунитета государства?
2. Каковы основные положения теории абсолютного иммунитета и теории функционального иммунитета государства?

3. В каких странах были приняты законы, ограничивающие иммунитет иностранного государства, и какова практика их применения?
4. Какова позиция российского законодательства по вопросу об иммунитете иностранного государства?

Рекомендуемая литература

1. *Богуславский М.М.* Иммунитет государства. М., 1962.
2. *Богуславский М.М.* Международное частное право. 6-е изд. М., 2009.
3. *Богуславский М.М.* Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования // *Международное частное право. Современная практика: сб. статей / под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова.* М., 2000.
4. *Ерпылева Н.Ю.* Государства как субъекты международного частного права // *Право и политика.* 2009. № 3.
5. *Жуков В.А.* Юрисдикционные иммунитеты государств — вызов времени // *Юридический мир.* 2001. № 10.
6. *Канашевский В.А.* Сделки с участием государства в международном частном праве // *Журнал международного частного права.* 2006. № 1.
7. *Лукашук И.И.* Международная унификация иммунитета государства: новые тенденции // *Московский журнал международного права.* 2002. № 4.
8. *Ушаков Н.А.* Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности. М., 1993.
9. *Хлестова И.О.* Юрисдикционный иммунитет государства. М., 2007.

Глава 8

Вещное право

§ 1. Общие вопросы

Вещное право — это, прежде всего, право собственности, но есть и другие вещные права. В действующем российском праве (ст. 216 ГК РФ) к ним относятся: право пожизненного наследуемого владения земельным участком, право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком, право хозяйственного ведения и право оперативного управления имуществом, сервитуты.

В настоящее время обсуждается вопрос о внесении изменений в раздел ГК РФ, посвященный праву собственности и другим вещным правам. В частности, предлагается изменить название самого раздела, дать ему новое название «Вещное право» и урегулировать в нем также право владения, право залога и другие права как самостоятельные виды вещных прав¹.

В сравнении с гражданскими кодексами других стран такие изменения означают определенное сближение с принятым в западно-европейских странах пониманием института вещных прав. Однако различия в регулировании вещных прав в разных странах сохраняются. Поэтому значение коллизионного регулирования вещных прав не умаляется.

Важную роль играет также признание вещного права как субъективного права, получившего надлежащее «оформление» в той или

¹ См.: *Иванов А.А.* Об основных направлениях совершенствования законодательства о вещных правах // *Вестник гражданского права.* 2008. Т. 8. № 4. С. 97.

иной национально-правовой системе. Так, например, заключение договоров во внешнеторговом обороте требует, чтобы его участники признавали друг в друге надлежащих собственников. Организация выставок, показов произведений искусства за рубежом требует признания вещных прав на выставляемые культурные ценности. Признание вещных прав в целях развития экономического и культурного сотрудничества отражает общий принцип юридического равноправия государств.

Надлежащее «оформление» вещного права лежало в основании признания права собственности на имущество, национализированное советским государством в первые годы советской власти. Советскому государству пришлось вести длительную борьбу за признание его права собственности на национализированное имущество в международных кругах¹. В настоящее время вопрос признания собственности Российской Федерации ставится в связи с прекращением существования СССР и признанием собственности Российской Федерации как государства-продолжателя на имущество, находящееся за рубежом.

Отсутствие признания сдерживает процедуру перерегистрации недвижимости, принадлежащей СССР, в собственность Российской Федерации. Например, по данным на 2009 г. правительства Австрии, Ирландии, КНДР, Румынии, Швейцарии, Японии пока еще не дали своего согласия на переоформление прав собственности Российской Федерации на имущество бывшего СССР, ссылаясь на претензии Украины на часть собственности бывшего СССР.

§ 2. Коллизионные вопросы вещных прав

1. Общий коллизионный принцип, применяемый к вещным правам. Господствующим коллизионным принципом в отношении вещного права в законодательстве и доктрине России, как и других стран СНГ, признается закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*).

В Российской Федерации принцип *lex rei sitae* выражен в нормах ст. 1205 ГК РФ. В п. 1 этой статьи предусматривается, что «содержа-

¹ О признании со стороны иностранных государств советских законов о национализации банков, страховых обществ, промышленных, транспортных и других предприятий см.: Луиц Л.А. Международное частное право. М., 1949. С. 198–206.

ние права собственности и иных вещных прав на недвижимое и движимое имущество, их осуществление и защита определяются по праву страны, где это имущество находится». Согласно п. 2 той же статьи «принадлежность имущества к движимым или недвижимым вещам определяется по праву страны, где это имущество находится».

Применение общего принципа закона места нахождения вещи характерно для многих стран. Обращение к нему по-разному объясняется в доктрине международного частного права различных государств. Когда-то данный принцип выводили из учения о вещных правах как правах господства лица над вещью. Отечественная доктрина объясняла господство указанного принципа тесной связью вещных прав с производственными (социально-экономическими) отношениями, основанными на государственной собственности. С развитием рыночных отношений в Российской Федерации вновь возникает необходимость в акценте на отношении правообладателя собственно к вещи, а не ко всем третьим лицам, в выделении основных признаков вещных прав в противоположность обязательственным и в совершенствовании способов защиты вещных прав.

Защита вещного права государства обеспечивает защиту национальных интересов за рубежом. Связь общего принципа с защитой национальных интересов можно найти в доктрине ряда иностранных государств. Так, в германской доктрине международного частного права применение этого принципа объяснялось стремлением обеспечить защиту финансовых интересов государства, составляющих основу его внутренней и внешней экономической политики¹. Связь действия рассматриваемого коллизионного принципа с национальными интересами, политикой государства объясняет сложности в постановке и решении проблемы защиты вещных прав собственника, осуществляющего инвестиции.

Коллизионный принцип *lex rei sitae* происходит из теории статутов, в основе которой лежит территориальное разграничение законодательной компетенции в регулировании вещно-правовых отношений. Территориальный принцип связан с признанием за иностранцами их прав в пределах территории того или иного государства. На основе указанной теории статутов был предложен метод, согласно которому для каждой категории гражданских правоотношений был

¹ См.: Раане Л. Международное частное право. М., 1960. С. 530.

сформулирован подходящий коллизионный принцип. Для вещно-правовых отношений господствующим был признан принцип *lex rei sitae*.

Распространению и всеобщей рецепции принципа *lex rei sitae* в различных национально-правовых системах способствовали простота, ясность и определенность его применения, а также стремление расширить пространственную сферу применения национально-го закона путем отнесения того или иного имущества к категории недвижимого. Названные обстоятельства предопределили принятие принципа *lex rei sitae* как общего принципа в регулировании коллизионных вопросов вещных прав и в действующем законодательстве.

Новым в части третьей ГК РФ является то, что принцип *lex rei sitae* применяется *не только к недвижимому, но и к движимому имуществу*. Эта новелла отражает произошедшие в мировых экономических отношениях и в экономике различных стран изменения, связанные прежде всего:

- с движением капитала;
- с перемещением различного вида имуществ (и выявляющиеся, в частности, в практике рассмотрения инвестиционных споров).

2. Квалификация вещей как движимого или недвижимого имущества. Отсылая к правопорядку страны, где находится движимое или недвижимое имущество, коллизионная норма п. 1 ст. 1205 ГК РФ не отвечает на вопрос, к какой категории будет отнесено имущество, являющееся предметом спора. А это может иметь определенное значение для результата рассмотрения спора, так как понятия, которыми оперирует закон одной страны, могут не соответствовать адекватным понятиям в другой стране.

В п. 2 ст. 1205 ГК РФ решается вопрос квалификации объекта вещных прав как движимого или недвижимого имущества. Правило п. 2 соотносится с правилами квалификации, предусмотренными в ст. 1187. **Толкование понятий движимого и недвижимого имущества** согласно этому правилу дается по праву страны, где это имущество находится.

Если принадлежность вещи к движимому или недвижимому имуществу определяется по российскому праву, то применяется ст. 130 ГК РФ, согласно которой *все, что прочно связано с землей, относится к недвижимому имуществу*. «Прочно» означает, что объект невоз-

можно переместить без того, чтобы не нанести ему или его назначению несоразмерного ущерба.

К недвижимым вещам относятся земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты, леса, многолетние насаждения, здания и сооружения. К недвижимым вещам законом может быть отнесено и иное имущество¹, например, подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты (абз. 2 п. 1 ст. 130 ГК РФ). Государственная регистрация прав на воздушные суда и сделок с ними осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 14 марта 2009 г. № 31-ФЗ «О государственной регистрации прав на воздушные суда и сделок с ними»². При этом в Законе прямо указано, что государственная регистрация является юридическим актом признания права собственности и других вещных прав на воздушные суда в соответствии с ГК РФ, т.е. как на недвижимое имущество.

Предприятие как самостоятельный объект вещных прав также относится к недвижимым вещам. При этом в состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие (фирменное наименование, товарные знаки обслуживания), другие исключительные права, если иное не предусмотрено законом или договором (ст. 132 ГК РФ).

Гражданский кодекс РФ устанавливает границу между движимым и недвижимым имуществом методом исключения. Все, что не является недвижимым имуществом, следует относить к движимому имуществу. Особо подчеркивается принадлежность к категории дви-

¹ В соответствии с Водным кодексом РФ, например, к недвижимым вещам относятся водные объекты, которые определены в Водном кодексе РФ как природные или искусственные водоемы, водостоки либо иные объекты, постоянное или временное сосредоточение вод в которых имеет характерные формы и признаки водного режима (ст. 1). К недвижимым вещам относятся также и недра, находящиеся в земле. Извлеченные полезные ископаемые как вещи, не связанные с землей, следует относить к категории движимого имущества. В отношении этой категории имущества заключаются сделки, в которых устанавливается режим полезных ископаемых, извлеченных на поверхность земли, по условиям соответствующего соглашения о разделе продукции.

² СЗ РФ. 2009. № 11. Ст. 1260.

жимых вещей денег и ценных бумаг (п. 2 ст. 130 ГК РФ). При этом и деньги, и ценные бумаги могут находиться в обороте в виде телесных (осязаемых) предметов и в форме бестелесного имущества (безналичные деньги, бездокументарные ценные бумаги).

Проводимая в последние годы работа над концепциями изменений в российском гражданском законодательстве затрагивает вопрос о границе между движимыми и недвижимыми вещами. В настоящее время обсуждается вопрос о применении норм о праве собственности на движимое имущество в субсидиарном порядке при регулировании прав на чужие вещи, если их объектом будет выступать такое имущество¹. Особенно важное значение это имеет в отношении предприятия как объекта имущественных прав. В состав предприятия входят права требования, денежные средства, ценные бумаги, которые являются движимым имуществом.

Предполагаемое расширение перечня объектов вещных прав не меняет существа коллизионной нормы, содержащейся в ст. 1205 ГК РФ, согласно которой принадлежность имущества к движимым или недвижимым вещам определяется по праву страны, где это имущество находится.

Аналогичная п. 2 ст. 1205 ГК РФ норма содержится в ст. 25 Модели ГК для стран СНГ. Особенность последней заключается в том, что модельный закон оставляет для законодателей из стран СНГ возможность расширить перечень объектов, относимых к недвижимости, делая перечень относимых к недвижимости объектов открытым (п. 1 ст. 25). Кроме того, к категории недвижимых вещей, подлежащих государственной регистрации, отнесены, помимо объектов, содержащихся в российском законодательстве, также и суда плавания «рска — море» (абз. 2 п. 1 ст. 25).

Норма о квалификации имущества как движимого или недвижимого содержится в новых гражданских кодексах стран СНГ. В ст. 1119 Гражданского кодекса Белоруссии, например, предусматривается, что «принадлежность имущества к движимым или недвижимым вещам, а также иная юридическая квалификация определяются по праву страны, где это имущество находится»².

¹ См.: *Иванов А.А.* Указ. соч. С. 107.

² Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. 1999. № 7–9. Ст. 101.

В п. 2 ст. 1601 Гражданского кодекса Молдавии¹, в п. 2 ст. 1276 Гражданского кодекса Армении, в п. 2 ст. 1107 Гражданского кодекса Казахстана, в п. 2 ст. 1193 Гражданского кодекса Киргизии и во второй части ст. 1184 ГК Узбекистана содержится аналогичная норма². Так же решен вопрос и в п. 2 ст. 38 Закона Украины о международном частном праве.

Закон места нахождения вещи определяет круг вещных прав, т.е. решает вопрос о том, какие вещные права вообще возможны, что может быть предметом собственности. Гражданское право различных государств по-разному определяет перечень прав, которые относятся к категории вещных. Принцип замкнутого круга вещных прав был воспринят и при разработке ГК РФ³.

В некоторых иностранных государствах к вещным относятся права лиц, не являющихся собственниками, например право владения, залога или иные установленные законом права. Согласно английскому праву, например, к вещным правам относятся не только право залога, но и право аренды на длительный срок, когда речь идет о недвижимом имуществе, под которым понимается земля и все права, связанные с землей⁴. Безусловное право собственности (*fee simple*) и аренда на определенный срок (*lease for a term of years*) признаются вещными правами и в США. Их особенностью является то, что эти права сами могут быть объектом сделки⁵. В странах СНГ тоже имеются особенности в определении круга вещных прав. Например, в Гражданском кодексе Молдавии коллизионная норма ст. 1601 касается «владения, права собственности и других вещных прав».

¹ *Monitorul Oficial al Republicii Moldova* Moldpres. Кишинэу, 2002.

² *Международное частное право. Иностранное законодательство*. М., 2001.

³ В разделе «Право собственности и другие вещные права» помимо права собственности как центрального института вещного права ГК РФ предусмотрел право пожизненного наследуемого владения земельным участком (ст. 265), право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком (ст. 268), сервитуты (ст. 274 и 277), право хозяйственного ведения имуществом (ст. 294) и право оперативного управления имуществом (ст. 296).

⁴ См.: *Stone P. Conflicts of Laws*. London, 1995. P. 353.

⁵ См.: *Merill T.W., Smith H.E. Optimal Standartization in the Property Law: The Numerus Clausus Principle // The Yale Law Journal*. 2000. V. 110. N. 1. P. 13.

Учитывая особый порядок осуществления защиты вещного права, квалификация субъективного права как вещного по праву того или иного государства приобретает особое значение.

3. Содержание вещного права. Содержание вещных прав может состоять из одного или нескольких правомочий (владения, пользования, распоряжения). В разных странах с разной степенью детализации дается определение содержания вещного права.

Согласно коллизийной норме, сформулированной в п. 1 ст. 1205 ГК РФ, если вещь находится в России, содержание вещных прав определяется по российскому закону. В п. 1 ст. 1276 Гражданского кодекса Армении также предусматривается, что содержание вещных прав определяется по принципу *lex rei sitae*. Это же вытекает и из коллизийного принципа, сформулированного в части первой ст. 1184 Гражданского кодекса Узбекистана и ст. 1119 Гражданского кодекса Белоруссии, п. 2 ст. 1107 Гражданского кодекса Казахстана, п. 1 ст. 1193 Гражданского кодекса Киргизии, в которых закреплено правило о том, что «право собственности и другие вещные права на недвижимое и движимое имущество определяются по праву страны, где это имущество находится, если иное не установлено соглашением сторон».

Более лаконичная формулировка предусматривается в гражданских кодексах других стран Восточной Европы. Например, в соответствии со ст. 153 Гражданского кодекса Эстонии «в отношении вещного права действует закон страны местонахождения вещи».

4. Осуществление вещного права. Под осуществлением вещного права подразумевается осуществление правообладателем своего правомочия или правомочий, например осуществление собственником правомочий владения, пользования и распоряжения своим имуществом.

При этом законом предусматривается, что собственник вправе по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц.

Собственник имущества может отчуждать свое имущество в собственность другим лицам или, оставаясь собственником, передавать им права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом (п. 1, 2 ст. 209 ГК РФ). Собствен-

ник может передавать свое имущество в доверительное управление другому лицу (доверительному управляющему). Передача имущества в доверительное управление не влечет перехода права собственности к доверительному управляющему (п. 4 ст. 209 ГК РФ).

Земля и другие природные ресурсы могут отчуждаться или переходить от одного лица к другому в той мере, в какой их оборот допускается законами о земле и других природных ресурсах (ст. 129 ГК РФ). Соответственно, владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами в той мере, в какой их оборот допускается законом, осуществляются свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов других лиц (п. 3 ст. 209).

5. Защита вещного права. Действующим российским законодательством предусматривается абсолютная защита прав собственников от нарушений, в том числе и не связанных с лишением владения. Собственник может требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения (ст. 304 ГК РФ).

Гражданским кодексом РФ предусматривается также защита вещного права лица, обладающего этим правом, но не являющегося собственником — владеющего имуществом на праве пожизненного наследуемого владения, хозяйственного ведения, оперативного управления либо по иному основанию, предусмотренному законом или договором, включая защиту его владения против собственника (ст. 305 ГК РФ).

Коллизионный вопрос о защите права собственности решается, следуя п. 1 ст. 1205 ГК РФ, иначе, чем это было предусмотрено в ранее действовавшем законодательстве, а именно **в соответствии с общим коллизионным принципом *lex rei sitae***. Ранее допускался выбор собственником подлежащего применению права между правом страны, где имущество находится, правом страны, в суде которой заявлено требование, или правом страны, в которой транспортное средство внесено в государственный реестр. В любом из указанных случаев защита вещного права предоставлялась в соответствии с вещно-правовым статутом, т.е. против любого лица.

Если речь идет о защите права на вещь, являющуюся предметом сделки, то и в этом случае может возникнуть вопрос о защите вещного права, так как лицо, передающее вещь по сделке, должно априори обладать неоспоримым титулом собственника. Если возникший

конфликт не попадает в сферу действия вещного статута, то применяется ст. 1210 ГК РФ. При этом, согласно п. 1 ст. 1210, определяющему обязательственный статут вещи, выбор сторонами по сделке применимого права не может наносить ущерб правам третьих лиц¹. Упоминание о правах третьих лиц означает, что и в отношении предмета сделки может возникнуть спор о его действительной принадлежности.

Применительно к движимым вещам принцип *lex rei sitae* означает, что, если движимая вещь попадает на территорию другого государства, изменяется статут (закон) вещи и содержание прав собственника будет определяться по праву страны, где имущество находится. Собственник должен исходить из законов того государства, где вещь находится в момент совершения соответствующих действий.

6. Право, подлежащее применению к случаям возникновения и прекращения вещных прав. Возникновение и прекращение вещных прав связывается с различными юридическими фактами, которые по закону влекут за собой возникновение или прекращение таких прав у конкретных лиц, например приобретение права собственности по договору купли-продажи, переход права собственности на имущество в порядке наследования. При этом различают первоначальные (создание новой вещи, переработка, сбор и добыча общедоступных для этих целей вещей, приобретение права собственности на бесхозное имущество, в том числе имущество, от которого собственник отказался) и производные способы приобретения права собственности.

В действующем законодательстве РФ вопросам применения того или иного права к случаям возникновения и прекращения права собственности посвящены нормы ст. 1206 ГК РФ. Они включают в себя *общее положение*: возникновение и прекращение права собственности на имущество определяются по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для возникновения либо прекращения права собственности и иных вещных прав, если иное не предусмотрено законом (п. 1 ст. 1206), и два специальных.

¹ См. комментарий к ст. 1210 И.С. Зыкина в кн.: *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации* / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002. С. 422.

К *специальным* относятся:

- положение, согласно которому возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав по сделке, заключаемой в отношении находящегося в пути движимого имущества, определяются по праву страны, из которой это имущество отправлено, если иное не предусмотрено законом (п. 2 ст. 1206);
- правило, касающееся случаев, когда в основании возникновения права собственности и иных вещных прав лежит приобретательная давность (п. 3 ст. 1206).

Нормы ст. 1206 ГК РФ более последовательно, чем прежние законодательство, разграничивают вопросы вещного и обязательственного права. Они не затрагивают случаи возникновения и прекращения вещных прав на имущество, являющееся предметом сделки¹.

В литературе можно встретить мнение о возможности применения ст. 1206 к отношениям, связанным с *переходом права собственности по договору*. В основе его лежит стремление урегулировать вопросы перехода права собственности в рамках договора международной купли-продажи. Данная позиция связана с понятием «вещный договор» в гражданском праве, основной целью которого является передача права собственности, и направлена на то, чтобы соглашением сторон в сделке обеспечивать «вещный эффект сделок»². С указанными предложениями вряд ли можно согласиться, поскольку определение вещно-правового статута связано с применением норм, носящих императивный характер. В договорных отношениях стороны, действуя в соответствии с п. 1 ст. 1210 ГК, могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой

¹ Имеется в виду, что обязательственный статут вещи, т.е. права и обязанности сторон по договору, определяются в соответствии с правом, подлежащим применению к заключаемому договору. Когда в основании возникновения и прекращения вещного права лежит волеизъявление сторон по сделке, то подлежит применению выбранное ими право (п. 1 ст. 1210). При этом выбор сторонами подлежащего применению права имеет обратную силу и считается действительным с момента заключения договора (п. 3 ст. 1210). Это правило применяется «без ущерба для прав третьих лиц», что означает: вопрос о наличии титула собственника у стороны в договоре будет решен в соответствии с вещно-правовым статутом.

² *Илеханов В.В.* Переход права собственности по договору международной купли-продажи товаров: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору.

Обращение к коллизионным критериям, характерным для договорного права, при регулировании вещных отношений объясняется также и тем, что в современных условиях все чаще заключаются международные конвенции, целью которых является усиление защиты вещных прав стороны в контракте. В Конвенциях о международном финансовом лизинге, международном факторинге, о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (об этих Конвенциях см. подробнее гл. 12 учебника) предусматриваются специальные правила, направленные на усиление защиты прав лица, участвующего в договоре. При этом в Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, подписанной в Кейптауне 16 ноября 2001 г.¹ одновременно предусматривается, что любые дополнительные способы защиты прав согласно применимому праву, включая способы, согласованные сторонами, могут использоваться в той мере, в какой они не вступают в противоречие с императивными положениями, которые содержатся в Конвенции².

Императивный характер норм при обращении к конвенционному режиму при регулировании определенных сделок свидетельствует о специальном предназначении указанных Конвенций в части защиты вещного права.

В гражданских кодексах стран СНГ коллизионным вопросам возникновения и прекращения права собственности и иных вещных прав посвящены отдельные статьи, устанавливающие общее правило и правило, применяемое к случаям возникновения и прекращения права собственности и иных вещных прав на имущество, являющееся предметом сделки. В ст. 1120 Гражданского кодекса Белоруссии предусматривается, что возникновение и прекращение права собственности на имущество, являющееся предметом сделки, определяется по праву места совершения сделки, если иное не установлено соглашением сторон, а не являющееся предметом сделки — по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² Статья 12 Кейптаунской конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г. см. в кн.: *Отдельные виды обязательств в международном частном праве*. М., 2008. С. 426.

место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для возникновения либо прекращения права собственности и иных вещных прав, если иное не предусмотрено законодательством Белоруссии. Аналогичная норма содержится и в п. 2 ст. 1277 Гражданского кодекса Армении, п. 2 ст. 1108 Гражданского кодекса Казахстана, ч. 2 ст. 1185 Гражданского кодекса Узбекистана.

Существование различных коллизионных критериев для возникновения и прекращения вещного права на имущество по сделке и для случаев, когда основанием возникновения или прекращения вещного права служит «действие или обстоятельство», может быть объяснено тем, что в одном случае речь идет о праве собственности на имущество, находящееся в статическом состоянии, а в другом — на имущество, находящееся в движении, когда право собственности переходит от одного лица к другому.

Применение различных коллизионных привязок можно объяснить также и по-другому. Если коллизионные нормы разделить условно на нормы, определяющие вещно-правовой и обязательственный статут имущества, то в первом случае норма ст. 1206 ГК РФ определяет коллизионный критерий вещного права — критерий местонахождения вещи. Во втором случае, когда речь идет о сделках, применяется коллизионный критерий, характерный для обязательственных отношений.

Из общего правила ст. 1206 ГК РФ, определяющего вещно-правовой статут отношения, вытекает, что право собственности на вещь, раз возникшее по закону места ее нахождения, не прекращается в результате перемещения вещи в другую страну.

7. Для вещей, находящихся в пути, наиболее распространенными коллизионными критериями являются закон места отправления и закон места назначения «товара в пути»¹.

Под «товаром в пути» обычно понимаются движимые вещи, являющиеся предметом сделки. Пока движимые вещи перевозятся по железной дороге, водным или воздушным путем, сторона в сделке — собственник вещей может совершать различные юридические действия с этими вещами, в том числе и перепродавать их.

В соответствии с п. 2 ст. 1206 ГК РФ возникновение и прекращение права собственности в отношении таких товаров определяется

¹ См. также п. 6 настоящего параграфа.

по праву страны, из которой имущество отправлено, если иное не предусмотрено законом. Существенно, что ст. 1206 допускает установление «иного» регулирования *законом*, что подчеркивает императивный характер коллизионной нормы, касающейся возникновения или прекращения вещного права.

В отличие от этого, например, Гражданский кодекс Узбекистана устанавливает, что коллизионная норма, подлежащая применению к праву собственности и другим вещным правам на движимое имущество, находящееся в пути, по сделке, применяется при условии, что иное не установлено *соглашением сторон* (ст. 1187). Аналогичными являются нормы ст. 1279 Гражданского кодекса Армении, ст. 1122 Гражданского кодекса Белоруссии, ст. 1110 Гражданского кодекса Казахстана, ст. 1196 Гражданского кодекса Киргизии, ст. 41 Закона о международном частном праве Украины. В этих странах коллизионная норма носит диспозитивный характер, так как иное можно предусмотреть соглашением сторон.

Коллизионные нормы указанных стран СНГ связывают вещное право на движимое имущество, находящееся в пути, с возникновением и прекращением вещного права по сделке. Именно поэтому указанные коллизионные нормы оставляют возможность сторонам в договоре самим определить применимое право.

В ГК РФ, напротив, коллизионные вопросы относительно движимого имущества, находящегося в пути, решены исходя из вещно-правового статуса этого имущества, который может быть определен, т.е. «оформлен» только в соответствии с законом того или иного государства.

8. Вещное право на имущество, подлежащее государственной регистрации. В коллизионном регулировании права собственности и иных вещных прав на транспортные средства, суда, космические объекты и иное имущество, подлежащее государственной регистрации, есть особенности.

В действующем российском праве 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 суда и объекты зарегистрированы** (ст. 1207 ГК РФ).

Норма ст. 1207 является специальной по отношению к ст. 1205. Для перечисленных в статье объектов вещных прав применяется не

общий принцип *lex rei sitae*, а право страны, где эти суда зарегистрированы.

Появление объектов вещных прав, требующих регистрации и, соответственно, подчиняющихся праву страны их регистрации, связано с различными обстоятельствами. Например, требование регистрации воздушных судов может быть объяснено особыми свойствами объектов вещных прав. Необходимость их регистрации связана с требованием обеспечения безопасности пользователей этих объектов и третьих лиц. Исполнение этого требования и ответственность за соответствие воздушного судна всем требованиям безопасности лежит в конечном счете на государстве, осуществляющем регистрацию. Такое объяснение подтверждается действием Чикагской конвенции о международной гражданской авиации, которая была подписана 7 декабря 1944 г. и вступила в силу 4 апреля 1947 г. В ней участвуют 185 государств, в том числе Россия как правопреемник СССР с 14 ноября 1970 г.¹

Важным представляется то, что *требование регистрации может относиться как к движимым, так и к недвижимым вещам*. При этом наибольшее распространение в законодательстве различных стран получило требование регистрации недвижимого имущества. В российском праве требование регистрации также связывается с квалификацией имущества как недвижимого. Воздушные суда, а также морской и речной транспорт относятся к недвижимым вещам (абз. 2 п. 1 ст. 130 ГК). В то же время Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимос

¹ Чикагская конвенция предусматривает условия участия воздушных судов и членов персонала в международной навигации. Соблюдение государством принятых международных правил и стандартов по всем вопросам аэронавигации, перечисленным в Конвенции, обеспечивается системой регистрации и сертификации воздушных судов, а также отдельных его частей. В соответствии со ст. 40 Конвенции «ни одно воздушное судно, а также ни один член персонала, имеющие удостоверения или свидетельства с указанными отметками, не участвуют в международной навигации иначе, как с разрешения государства или государств, на территорию которых они прибывают. Регистрация или использование любого такого воздушного судна или любой его сертифицированной части в любом ином государстве, кроме того, в котором оно первоначально сертифицировано, остаются на усмотрение государства, в которое импортируется воздушное судно или его часть» (см. текст Конвенции в кн.: *Международное публичное право* / сост. К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков. М., 1996).

имущество и сделок с ним»¹ на воздушные, морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты не распространяется.

Законодательно закрепленное требование регистрации, с которым связано применение права страны, где зарегистрировано имущество, все более широко используется для целей регулирования рыночных отношений, при этом не всегда это требование связано с квалификацией имущества как недвижимого. В условиях рынка требование регистрации чаще связано с необходимостью обособления имущества как единого комплекса с целью его привязки к определенной национально-правовой системе. Это вызвано расширением международного экономического сотрудничества, в частности увеличением объемов иностранных инвестиций.

Значение регистрации судов и иных объектов транспорта связано не столько с их характеристикой как недвижимого имущества, сколько с требованием **предоставления этим судам защиты в рамках национально-правовой системы конкретного государства, где бы эти суда ни находились.** Судно как объект вещного права обладает той особенностью, что его предназначением является перемещение и пересечение государственных границ. Космические объекты предполагают движение в пространстве, свободном от юрисдикции какого-либо государства, но и для них важным является **свойство государственной принадлежности.** Именно это свойство имущества в условиях его постоянного перемещения в пространстве требует более определенной формулировки, чем привязка к праву страны места его нахождения.

В праве многих стран предусмотрено, что право собственности и иное вещное право в отношении морских судов определяется по месту их регистрации. В российском законодательстве это отражено в КТМ РФ. Из положений о регистрации морских судов, содержащихся в КТМ РФ, вытекает, что целью регистрации морских судов является не регистрация права собственности на судно как на недвижимое имущество, а **установление национальности судна** (ст. 16). При этом национальность судна может быть иной, чем национальность собственника морского судна. Именно судно, а не его собственник, пользуется правом плавания под Государственным флагом РФ.

¹ СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594.

С национальностью судна обычно связываются определенные преимущества, например исключительное право на осуществление каботажных перевозок¹. Предоставление права плавания под национальным флагом закон может связывать с выполнением определенных требований, предъявляемых при допуске иностранцев в национальный торговый флот. Согласно п. 1 ст. 15 КТМ РФ только судам, находящимся в собственности граждан, юридических лиц Российской Федерации, а также Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований, может предоставляться право плавания под Государственным флагом РФ. Если судно перестает соответствовать требованиям п. 1 ст. 15 (меняет собственника), оно утрачивает право плавания под Государственным флагом РФ (ст. 18 КТМ РФ).

В российском праве воздушные суда, суда внутреннего плавания, космические объекты также отнесены к категории имущества, право собственности и иные вещные права на которые определяются по праву страны, где они зарегистрированы². В Законе РФ от 20 августа 1993 г. № 5663-1 «О космической деятельности»³ подчеркивается, что Российская Федерация сохраняет юрисдикцию и контроль над зарегистрированными в ней космическими объектами во время нахождения этих объектов на Земле, на любом этапе полета в космос или пребывания в космосе, на небесных телах, а также после возвращения на Землю за пределами юрисдикции какого-либо государства (п. 2 ст. 17).

В последнее время актуальной становится **проблема обособления отдельных частей (оборудования) воздушных судов** для целей защиты вещного права на них в случае передачи их в аренду (лизинг). При этом речь идет об обособлении наиболее дорогостоящих их частей, например авиационных двигателей. На основе регистрации такого имущества, которое не подпадает под характеристику «воздушное судно», но зато обладает характеристикой имущества, перемещаемого из одного государства в другое, определяется порядок осуществления и защиты вещного права на это имущество. Он предусма-

¹ См.: Кейлин А.Д. Советское морское право. М., 1954. С. 131.

² В соответствии с Кодексом внутреннего водного транспорта РФ средствами идентификации судна являются его название и номер, которые необходимы для осуществления государственной регистрации судна (п. 1 ст. 13).

³ Российская газета. 1993. 6 окт.

тривается в Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, подписанной в Кейптауне¹. Конвенция предусматривает ведение международного реестра указанных объектов вещных прав. Это обеспечивает универсальное признание и защиту вещных прав на такие объекты, предоставление международных гарантий участникам коммерческих сделок (подробнее о Кейптаунской конвенции см. гл. 12).

В странах СНГ в качестве объектов, для которых действует коллизионная привязка — место регистрации, называются транспортные средства и иное имущество, подлежащее регистрации. Согласно ст. 1186 Гражданского кодекса Узбекистана «вещные права на транспортные средства и иное имущество, подлежащее внесению в государственные реестры, определяются по праву страны, где эти транспортные средства и имущество зарегистрированы». Аналогичная норма содержится в гражданских кодексах Белоруссии (ст. 1121), Армении (ст. 1278), Казахстана (ст. 1108), Киргизии (ст. 1195).

В ст. 40 Закона о международном частном праве Украины транспортные средства не упоминаются — речь идет о праве собственности и других вещных правах, сведения о которых подлежат внесению в государственные реестры. Модель ГК для стран СНГ исходит из конкретного перечня имущества, подлежащего регистрации как недвижимое имущество (ст. 25 Модели ГК для стран СНГ). Российское законодательство следует Модели ГК для стран СНГ с тем отличием, что не включает в перечень объектов, для которых действует коллизионная привязка места регистрации имущества, суда плавания «река — море».

9. Возникновение права собственности и иных вещных прав на имущество в силу приобретательной давности. Есть особенности в коллизионном регулировании возникновения права собственности на имущество у лица, не являющегося собственником имущества, но добросовестно, открыто и непрерывно владеющего им в течение

¹ В подписании Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования участвовали 58 государств, в том числе и Российская Федерация. Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования вместе с Протоколом об авиационном оборудовании является продолжением работы Международного института унификации частного права (УНИДРУА) в области международного финансового лизинга.

определенного срока как своим собственным (приобретательная давность).

В п. 3 ст. 1206 ГК РФ предусматривается, что возникновение права собственности и иных вещных прав на имущество вследствие приобретательной давности определяется **по праву страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности.**

Аналогичная норма содержится в части второй п. 2 ст. 1120 Гражданского кодекса Белоруссии, в ст. 1185 Гражданского кодекса Узбекистана, в п. 3 ст. 1277 Гражданского кодекса Армении, в п. 3 ст. 1108 Гражданского кодекса Казахстана, в п. 3 ст. 1194 Гражданского кодекса Киргизии, в п. 3 ст. 39 Закона Украины о международном частном праве.

Единообразие в регулировании коллизионных вопросов собственности и иных вещных прав в странах СНГ способствует действию Модели ГК для стран СНГ (ст. 244).

Еще больший эффект достигается при заключении международных договоров о правовой помощи. В них содержатся коллизионные нормы, применять которые государства договорились при разрешении гражданско-правовых споров между лицами договаривающихся государств. Двусторонние договоры о правовой помощи связывают различные государства, в том числе и страны СНГ.

Помимо двусторонних международных соглашений в практике стран СНГ применяется также многосторонняя *Минская конвенция 1993 г.*

Содержащаяся в некоторых двусторонних международных договорах коллизионная норма касается права собственности как центрального института вещных прав. Она определяет основной коллизионный принцип в отношении недвижимого имущества (*lex rei sitae*). Можно указать также на коллизионную норму в отношении права собственности на транспортные средства и иное имущество, подлежащее государственной регистрации, а также коллизионную норму в отношении возникновения и прекращения права собственности или иного вещного права.

В ст. 38 Минской конвенции 1993 г. указанные положения дополнены также нормой, применяемой при квалификации имущества в качестве движимого или недвижимого. Вопрос о том, какое имущество является недвижимым, решается в соответствии с законодательством страны, на территории которой оно находится.

§ 3. Защита вещных прав и вопросы иностранных инвестиций

1. Для рыночной системы ведения хозяйства характерно то, что в ее основе лежит защита частной собственности, кому бы она ни принадлежала — отечественному или иностранному производителю. В России основы рыночной экономики и соответствующие ей принципы защиты вещных прав физических и юридических лиц заложены в Конституции РФ, согласно которой «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства» (ст. 55). Следует иметь в виду и то, что иностранным лицам согласно ст. 62 Конституции РФ предоставляется национальный режим (см. гл. 5 учебника).

Под иностранными инвестициями понимается вложение иностранного капитала.

Закон говорит о капиталовложении инвестора в объекты предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, если такие объекты не изъяты из оборота и не ограничены в обороте в соответствии с федеральными законами. Указанные вложения могут осуществляться в любой форме, в том числе в виде денег, ценных бумаг (в иностранной валюте и валюте Российской Федерации), иного имущества, имущественных прав, имеющих денежную оценку исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), а также услуг и информации (ст. 2 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» — далее Закон об иностранных инвестициях).

В определении иностранных инвестиций важным является то, что объекты, которые могут выступать в качестве вложения капитала (материальные, т.е. имущество; нематериальные объекты, т.е. услуги и информация, имущественные права), должны иметь **денежную оценку**, чтобы они могли рассматриваться как инвестиции или как капитал¹. В связи с этим особая роль в регулировании инвестиций

¹ См.: Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Государство и регулирование инвестиций. М., 2003. Гл. 1: Понятие и виды инвестиций.

отводится валютному законодательству. Регулирование иностранных инвестиций на рынке ценных бумаг в настоящее время подчиняется в том числе и действию Федерального закона «О валютном регулировании и валютном контроле».

Особенностью нового валютного регулирования является то, что в понятие «валютные ценности» вводится категория «внешние ценные бумаги». К **внутренним ценным бумагам** закон относит эмиссионные ценные бумаги, номинальная стоимость которых выражена в рублях, а их выпуск зарегистрирован в Российской Федерации, а также все иные ценные бумаги, выпущенные на территории Российской Федерации и дающие право на получение валюты Российской Федерации. К **внешним ценным бумагам** относятся ценные бумаги, в том числе и в бездокументарной форме, которые не относятся к внутренним ценным бумагам.

В начале 90-х гг. XX в. практически все страны СНГ приняли законы об иностранных инвестициях, которые представляли собой почти зеркальное отражение Основ законодательства об иностранных инвестициях, принятых в СССР. Практически одновременно с Основами были приняты первые законы об иностранных инвестициях в РСФСР и в других странах Содружества¹. Позднее, уже в середине 90-х гг. XX в., в большинстве стран СНГ принятые ранее законы об иностранных инвестициях претерпели изменения. На смену первым законам пришло законодательство об иностранных инвестициях второго поколения.

В Армении был принят Закон от 31 июля 1994 г. «Об иностранных инвестициях»². В этот же период были приняты Закон Украины от 19 марта 1996 г. № 93/96-ВР «О режиме иностранного

¹ В РСФСР — Закон от 4 июля 1991 г. № 1545-1 «Об иностранных инвестициях» (Ведомости СНД и ВС РСФСР, 1991. № 29. Ст. 1008); в Республике Беларусь — Закон от 14 ноября 1991 г. № 1242-XII «Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь» (Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь, 1991. № 35. Ст. 625); в Казахстане — Закон от 7 декабря 1990 г. «Об иностранных инвестициях в Казахской ССР»; в Киргизии — Закон от 28 июня 1991 г. «Об иностранных инвестициях»; в Таджикистане — Закон от 10 марта 1992 г. «Об иностранных инвестициях» (<<http://www.kz.spinform.ru/index.html>>).

² Ведомости Верховного Совета Республики Армения. 1994. № 14. С изменениями, внесенными Законом от 19 февраля 1996 г. (Ведомости Национального Собрания Республики Армения. 1996. № 5–6. Ст. 56).

инвестирования»¹ и Закон Узбекистана от 30 апреля 1998 г.² Новые законы, уже более значительно отличающиеся от унифицированного в Основах законодательства об иностранных инвестициях в СССР регулирования, были приняты и в других странах СНГ³.

Предметом регулирования в законах, принятых в странах СНГ в 2000–2002 гг., являются инвестиции, независимо от того, имеют ли они иностранное или отечественное происхождение. Так, в настоящее время действуют:

- Закон Казахстана от 8 января 2003 г. «Об инвестициях»⁴, который отменил Закон от 27 декабря 1994 г. «Об иностранных инвестициях»;
- Инвестиционный кодекс Белоруссии от 22 июня 2001 г.⁵;
- Хозяйственный кодекс Украины от 16 января 2003 г.⁶, в котором содержатся нормы об иностранных инвестициях (ст. 390–400).

2. В России Закон об иностранных инвестициях был принят 9 июля 1999 г. Закон ограничил сферу своего действия предоставлением **государственных гарантий прав иностранных инвесторов при осуществлении ими инвестиций на территории Российской Федерации.**

Закон не распространяется на отношения, связанные с вложениями иностранного капитала в банки и иные кредитные организации, а также в страховые организации. Он не распространяет свое действие на отношения, связанные с инвестициями в некоммерческие организации для достижения определенной общественно полезной цели.

Российский Закон об иностранных инвестициях существенно расширяет перечень государственных гарантий — он включает в себя

¹ С изменениями, внесенными Законом от 8 июня 2000 г. (Ведомости Верховной Рады Республики Украина. 2000. № 38. Ст. 318).

² Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан. 1998. № 5–6. Ст. 91. С изменениями, внесенными Законом от 20 августа 1999 г. (Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан. 1999. № 9. Ст. 229).

³ Закон Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. «Об иностранных инвестициях»; Закон от 24 сентября 1997 г. «Об иностранных инвестициях в Кыргызской Республике».

⁴ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2003. № 1–2. Ст. 4

⁵ Национальный Реестр правовых актов Республики Беларусь. 2001. № 62. Ст. 2/780.

⁶ Ведомости Верховной Рады Республики Украины. 2003. № 18–22. Ст. 144.

также и гарантию от неблагоприятного для инвестора изменения законодательства. В литературе эта гарантия получила название «*дедушкина оговорка*», так как она предполагает сохранение действия «старого», действовавшего на момент осуществления инвестиций законодательства в случае неблагоприятного для инвестора изменения этого законодательства.

Закон также ограничивает сферу применения льгот (налоговых и таможенных), с одной стороны, инвестициями в форме приоритетных инвестиционных проектов, с другой — коммерческими организациями с иностранными инвестициями, в которых доля иностранного участия составляет более чем 25%.

Закон предусматривает порядок аккредитации филиалов иностранных юридических лиц и уточняет требования, которые должны быть соблюдены головной организацией при открытии филиала на территории Российской Федерации. Закон также регулирует порядок создания и ликвидации коммерческих организаций с иностранными инвестициями.

Законы об иностранных инвестициях представляют собой сложные (комплексные) правовые акты, которые включают в себя не только нормы международного частного права, но также и нормы, определяющие условия допуска и осуществления иностранных инвестиций, т.е. по своей правовой природе нормы административно-правовые. Следует особо выделить нормы, касающиеся гарантии выплаты компенсации иностранным инвесторам за ущерб, причиненный вследствие принятия государством действий или мер регулирования, нарушающих вещные права иностранного инвестора. Практически все законы стран СНГ включают нормы, гарантирующие права иностранных инвесторов от неблагоприятных изменений в законодательстве.

Важную роль в защите вещных прав инвесторов играет *Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»*¹. Этот Закон обеспечивает прозрачность действий органов государства, регулирующих деятельность иностранных инвесторов. Под действие Закона попадают отношения, связанные с осу-

¹ СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

шествием иностранными инвесторами или группой лиц инвестиций в форме приобретения акций (долей), составляющих уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение, а также с совершением иностранными инвесторами сделок, в результате которых устанавливается контроль иностранных инвесторов над указанными хозяйственными обществами (см. подробнее об этом в гл. 6 учебника).

Вопросы защиты вещных прав иностранных инвесторов решаются, помимо законов об иностранных инвестициях, в законах, регулирующих добычу полезных ископаемых (например, в законах о концессионных договорах, о соглашениях о разделе продукции)¹.

Под договором концессии в его классическом, т.е. широко применяемом в первые послевоенные годы, виде понимали прежде всего разрешение государства иностранному лицу осуществлять деятельность при соблюдении последним ряда условий (которые создавали впечатление договорных условий). К настоящему времени договоры концессии претерпели значительные изменения; в их основе лежит изменение самой природы отношений государства с иностранным частным инвестором.

Из публично-правового акта договоры концессии постепенно превращаются в гражданско-правовую гарантию государства, предоставляемую иностранному инвестору в форме обязательства компенсировать последнему затраты, которые могут возникнуть в связи с неблагоприятным изменением законодательства. Обязательству государства противостоит обязательство иностранного инвестора при достижении цели, предусмотренной договором концессии, точно исполнять действующее законодательство, включая налоговое и таможенное.

Одной из форм гражданско-правового договора концессии, называемого часто в зарубежной литературе «государственный контракт», является **соглашение о разделе продукции**, широко используемое в практике нефтедобывающих государств. Взаимность в исполнении обязательств сторонами (или, другими словами, баланс

¹ Закон Украины от 14 сентября 1999 г. «О соглашениях о разделе продукции»; Закон Узбекистана от 7 декабря 2001 г. «О соглашениях о разделе продукции»; Закон Киргизии от 10 апреля 2002 г. «О соглашениях о разделе продукции при недропользовании» // <<http://kz.spinform.ru/index.html>>.

интересов в государственном контракте) может быть достигнута разными способами. В соглашении о разделе продукции она достигается специфическим способом — путем раздела добытой нефти в пропорции, предусмотренной самим соглашением. В договоре концессии — стабилизационной оговоркой.

И договор концессии, и соглашение о разделе продукции являются **договорными формами гарантий прав иностранного инвестора**.

Государственные гарантии защиты прав иностранных инвесторов, предусматриваемые в законах об иностранных инвестициях, отличаются тем, что обращены к неопределенному кругу лиц. Иностранный инвестор заинтересован в том, чтобы государство исполнило свои обязательства по гарантии как сторона в гражданском договоре, т.е. выплатило бы при наступлении определенных в договоре обстоятельств сумму компенсации в размере, определенном в договоре.

В *Федеральном законе от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»*¹ предусматривается, что концессионер имеет право на возмещение убытков, причиненных ему в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, в соответствии с ГК РФ (ч. 2 ст. 18). В этом Федеральном законе предусмотрены также и другие гарантии, которые повторяют содержание государственных гарантий, указанных в других законодательных актах, посвященных инвестициям, например отказ со стороны концедента от применения мер дискриминационного характера (ст. 19), предоставление концессионеру права требовать изменения договора в случае неблагоприятного для него изменения законодательства (ст. 20).

Как любой гражданско-правовой договор, концессионное соглашение может быть расторгнуто по соглашению сторон или решением суда по требованию стороны концессионного соглашения (ст. 13).

Закон не касается некоторых особенностей концессионных соглашений, выявленных в практике их заключения. Он не затрагивает, например, случаев совершения концедентом правомерных действий, влекущих возникновение материального ущерба для концессионера, случаев возникновения ответственности концедента при принятии им мер регулирования, приравненных к экспроприации.

¹ СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.

Отсутствуют также коллизионные нормы, которые могли бы применяться в случае, когда концессионером является иностранное юридическое лицо. Возможность участия иностранца предусмотрена в ст. 5 Федерального закона «О концессионных соглашениях».

Принимаемое на себя государством по договору концессии обязательство компенсировать затраты инвестора, в том числе вызванные резким изменением законодательства в течение срока исполнения договора, является одной из форм выражения гарантии, содержащейся в Законе об иностранных инвестициях. В Федеральном законе «О концессионных соглашениях» указанная норма должна отразить все особенности данного гражданско-правового договора.

Другими формами гарантии следует считать **обязательство государства в случае национализации частной собственности или при решении иных вопросов защиты прав иностранного инвестора подчиниться юрисдикции специализированного арбитража по разрешению инвестиционных споров**, как это предусмотрено Вашингтонской конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств 1965 г.¹ (далее — Вашингтонская конвенция), или выплатить компенсацию, следуя условиям Сеульской конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (МАГИ) 1985 г.² (далее — Сеульская конвенция). Названные конвенции создали международно-правовой механизм, обеспечивающий реализацию гарантий, предоставляемых государством по гражданско-правовым договорам, заключаемым с иностранными инвесторами.

3. Участие государства в качестве стороны в споре порождает определенные трудности: государство может воспользоваться своим правом суверена и, ссылаясь на иммунитет, не подчиниться юрис-

¹ Вашингтонская конвенция об урегулировании инвестиционных споров 1965 г. вступила в силу 14 декабря 1966 г. (см.: *Защита иностранных инвестиций в Российской Федерации* (документы и комментарии). Библиотечка журнала «Вестник ВАС РФ». Специальное приложение к № 7. М., 2001. С. 74–92). В ней участвуют более ста государств. Россия подписала Конвенцию 16 июня 1992 г., но не ратифицировала ее.

² Сеульская конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций от 11 октября 1985 г. вступила в силу 12 апреля 1988 г. В ней участвует более 110 государств (см.: *Международно-правовые основы инвестиций в России: сборник нормативных актов и документов*. М., 1995. С. 197–276). Россия ратифицировала конвенцию 29 декабря 1992 г.

дикции чужого государства (см. гл. 7 учебника). Участие государства в гражданско-правовом споре нередко служит препятствием для его разрешения в рамках своей национально-правовой системы, что может выражаться в использовании различных средств затягивания процедуры разрешения споров, оказания давления на органы государственной судебной системы. Для преодоления трудностей в практике межгосударственных отношений применяются двусторонние международные соглашения о взаимной защите и гарантиях инвестиций, а также названная Вашингтонская конвенция.

В соответствии с *двусторонними международными соглашениями о взаимной защите капиталовложений* инвестиционные споры или споры, возникающие из отношений, связанных с инвестициями и, чаще всего, в связи с необходимостью выплаты государством компенсации иностранному инвестору, могут разрешаться в компетентных судах или арбитражах договаривающихся государств, в третейских судах *ad hoc* или в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), созданном в соответствии с Вашингтонской конвенцией¹.

Подчинение арбитражу (третейскому суду) в принципе рассматривается как одна из важных гарантий иностранных инвестиций, поскольку в международной торговле третейский суд, или арбитраж, обеспечивает необходимую для этих случаев независимость от государственной судебной системы или альтернативный порядок разрешения споров (см. гл. 23). Среди институциональных арбитражей особое место занимает МЦУИС (в английской аббревиатуре «ИКСИД» — *ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes*). Он создан на основе указанной Конвенции и отличается от национальных институциональных арбитражей тем, что процедура международного арбитража в этом случае определяется нормами международной конвенции, и нормы международного права в этом случае пользуются преимуществом².

¹ Например, ст. 8 Соглашения между Правительством РФ и Правительством Словацкой Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (см.: *Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России: сборник нормативных актов и документов*. М., 1995. С. 130).

² См.: *Лебедев С.Н.* Международный арбитраж и проблема защиты иностранных инвестиций // *Тезисы докладов научно-практической конференции «Правовые проблемы иностранных инвестиций в СССР»*. М., 1991. С. 87, 88.

Особенностью механизма, созданного специально для разрешения инвестиционных споров, является то, что в данном случае положения международного договора образуют «собственный, автономный закон арбитража», включая средства контроля за деятельностью арбитража, которые в обычном международном коммерческом арбитраже сохраняются за национальными судебными органами. Эта особенность позволяет преодолеть препятствия, вызванные непосредственным участием в споре государства.

Вопросы, связанные с разрешением инвестиционных споров и выплатой компенсации иностранному инвестору, находят свое прагматическое решение в другой многосторонней конвенции, посвященной иностранным инвестициям, — в Сеульской конвенции, учредившей МАГИ, в задачу которого входит страхование от некоммерческих рисков, связанных с инвестированием иностранного капитала.

В основе защиты интересов иностранных инвесторов в данном случае лежит коммерческий договор страхования (контракт), сторонами в котором являются международная организация — МАГИ (страховщик, суброгат в отношениях с государством — участником конвенции) и иностранный инвестор (страхователь, держатель гарантии).

В соответствии с заключенным контрактом одна сторона — МАГИ обязуется выплатить другой стороне — Держателю гарантии определенную в договоре сумму, которая составляет обычно процент от суммы убытков, понесенных Держателем гарантии в результате указанного в контракте случая (введение ограничений в переводе валюты за границу, экспроприация имущества иностранного инвестора, нарушение контракта, заключенного иностранным инвестором с государством, например договора концессии, военные действия и гражданские волнения на территории государства, принимающего иностранные инвестиции). Все эти случаи относятся к категории некоммерческих рисков иностранного инвестора, и их покрытие обеспечивается путем участия государства в капитале созданной на основе международного договора страховой организации, каковой является МАГИ.

Помимо действующих многосторонних международных договоров в области иностранных инвестиций разработаны также и другие документы, касающиеся вопросов защиты иностранной собственности. К таким документам, в частности, относятся резолюции Гене-

ральной Ассамблеи ООН по вопросу национализации иностранной собственности.

§ 4. Национализация частной собственности

Вопросы, связанные с национализацией, поднимались в связи с **защитой государственных интересов СССР в иностранных судах**. Проблема защиты российских государственных интересов возникала в связи с тем, что национализация без выплаты собственнику компенсации *рассматривалась судами капиталистических стран как мера наказания по уголовному праву (конфискация)*. На этом основании суды отказывались признавать и, соответственно, применять советские декреты о национализации имущества, когда речь шла о находящемся на территории иностранного государства имуществе национализированных русских банков и страховых обществ. Для того чтобы избежать применения советского закона о национализации, американские суды квалифицировали национализацию как карательное мероприятие, извращая сущность советских законов. Это означало, по существу, *отказ в признании актов национализации, принятых Советским государством*.

В отечественной доктрине отказ в признании актов национализации, принятых Советским государством, рассматривался как *нарушение собственного, т.е. действующего в стране суда, коллизионного права*. При этом советское международное частное право исходило из того, что акты государства, включая меры правового регулирования, не относящиеся к гражданскому законодательству, обладают экстерриториальностью, и их законность не может обсуждаться в иностранном суде.

Акты национализации, так же как и другие меры государственного регулирования, как правило, признаются в судах и арбитражах различных государств. Это в равной степени относится к мерам регулирования внешней торговли (запрещение импорта, экспорта, отказ в выдаче лицензий), к мерам валютного регулирования (ограничения в операциях с иностранной валютой) и к мерам регулирования иностранных инвестиций, к числу которых относятся и акты национализации иностранной собственности.

В отечественной доктрине международного частного права указанные меры рассматриваются как *административно- или государ-*

ственно-правовые акты, применение которых не может быть основанием для возникновения коллизий законов. Даже если иностранный суд и игнорирует принятые нормативные акты, речь идет не об отказе в применении иностранного закона, а «о непризнании тех или иных гражданско-правовых последствий такого рода актов»¹.

Однако при разрешении споров, связанных с принятием мер государственного регулирования, в *сфере гражданско-правового регулирования*, а следовательно, и в сфере международного частного права остаются вопросы **действительности денежного обязательства**, если речь идет о валютных мерах ограничительного характера, **действительности договорного обязательства**, если отказано в выдаче лицензии на экспорт предмета договорного обязательства, а также вопросы **определения размера компенсации**, выплачиваемой собственнику национализированного имущества, являющегося иностранной частной инвестицией.

В этих случаях в ходе применения иностранными судами коллизионной нормы могут возникнуть коллизии в связи с толкованием тех или иных понятий, используемых в этой норме, т.е. так называемые *скрытые коллизии*. «Применение коллизионной нормы требует надлежащего разрешения вопроса о порядке ее толкования: знаменитый вопрос о „квалификации“ в международном частном праве утратил свое былое значение там, где суд не считает себя связанным определенной коллизионной нормой, но там, где такая норма действует, проблема „квалификации“ остается»².

Проблема скрытых коллизий, или проблема выбора критерия толкования коллизионной нормы, часто возникает при разрешении инвестиционных споров, связанных с национализацией собственности иностранного инвестора. В основе указанной категории споров лежит признание акта национализации, а значит, признание права собственности на национализированное имущество. Квалифицировать фактический состав такого правоотношения (включая акт национализации, принятый государством) одинаково допустимо как по закону суда, так и по закону страны, к которой относится иностранный элемент.

¹ Луиц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1973. С. 179.

² Луиц Л.А. К вопросу о квалификации в международном частном праве // Советское государство и право. 1980. № 2.

В соответствии с ранее действовавшим законодательством предусматривалось, что «права собственника в случае предъявления им вещных требований о защите права собственности определяются по его выбору правом страны, где его имущество находится, правом страны, в суде которой заявлено требование, или правом страны, в которой транспортное средство внесено в государственный реестр» (п. 4 ст. 164 Основ ГЗ 1991 г.). В настоящее время это правило не действует, поскольку в части третьей ГК РФ оно не предусмотрено.

Для скрытых коллизий в зарубежной практике применялись различные критерии, например критерий *lege causae* (право, относящееся к самому обязательству).



В 1954 г. английский апелляционный суд утвердил решение суда первой инстанции, по которому были признаны обоснованными требования испанской казны в отношении находящихся в Англии ценных бумаг, принадлежавших лицу, умершему в Испании и там же домицилированному¹.

В практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (*ICSID*) защита вещных прав иностранного инвестора осуществляется путем толкования коллизионных норм с применением *автономной квалификации* (см. гл. 4 учебника).



Одним из самых первых примеров применения критерия автономной квалификации в инвестиционном споре может служить квалификация фактического состава правоотношения, лежащего в основании рассмотрения дела Лена — Голдфилдс. Спор возник в связи с невозможностью исполнения иностранным концессионером (английской компанией Лена — Голдфилдс Лимитед) заключенного им в 1925 г. с советским правительством концессионного договора и с требованием английской компании выплатить ей 13 млн фунтов стерлингов убытков и упущенную прибыль, что составило в общей сложности 350 млн фунтов стерлингов. Спор был разрешен в порядке арбитража *ad hoc* в Лондоне 12 февраля 1930 г. В качестве применимого права суд впервые избрал не национальное право, а «общие принципы права», выведенные на

¹ См.: Луиц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1973. С. 289.

основе сравнения института неосновательного обогащения в английском и советском праве.

Таким образом, защита прав иностранного концессионера в деле Лена — Голдфилдс строилась на основании автономной квалификации института неосновательного обогащения по английскому и советскому гражданскому праву¹.

В практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (*ICSID*) к общим принципам права обращались при разрешении спора между американской компанией «Тексако» и Ливийской Арабской Республикой (1979).

Вопрос признания актов национализации в инвестиционных спорах является лишь частным случаем общей проблемы **признания актов государства**. При этом следует отметить, что, как правило, вопросы признания действия различного рода актов административного регулирования в международных экономических отношениях решаются на основе межгосударственных договоров, т.е. договоров международного публичного права. Так, признание действия валютного запрещения имеет своим основанием Бреттон-Вудское соглашение о Международном валютном фонде 1944 г.² Признание мер административного регулирования в области внешнеэкономических отношений, в том числе отношений, связанных с иностранными инвестициями, лежит в основании соглашений, подписанных в рамках ГАТТ — Генерального соглашения по тарифам и торговле 1947 г. Результатом действия этих соглашений является признание гражданско-правовых последствий, связанных с актами административного регулирования, принимаемыми государством.

В области регулируемых нормами гражданского права отношений, когда участниками сделок являются организации и фирмы, принадлежащие иностранным государствам, может возникнуть **вопрос о признании гражданских прав и обязанностей, возникших под действием иностранного закона**. С развитием правового регулирования иностранных инвестиций в развивающихся странах вопрос о признании актов государственного регулирования, в том числе актов о национа-

¹ См.: *Нергамент М.Я.* «Лена — Гольдфильдс» // *Международная жизнь*. 1930. № 12.

² Статьи соглашения Международного валютного фонда (1944). Вашингтон, округ Колумбия, США: Международный валютный фонд. С. 1—45.

лизации иностранной собственности, а также актов административного регулирования вновь приобрел свою актуальность.

Решение вопроса о признании актов национализации, принятых в 60-х гг. XX в., отличается от решения указанной проблемы в связи с декретами о национализации, принятыми советским правительством. Споры, связанные с признанием советских декретов о национализации, в конечном счете привели к тому, что эти декреты, несмотря на то что национализация проводилась без выплаты компенсации, получили признание *de facto* как государственные акты, направленные на создание новой социально-экономической системы. Признание же действия национализации иностранных монополий в развивающихся странах, проводившейся в 60-х гг. XX в., получило в международном праве несколько иное решение.

В резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН, принятых в 70-х гг. XX в., признавалась законность актов национализации только **при условии выплаты компенсации собственникам национализированного имущества**¹. Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН в какой-то степени возвращали всех к действовавшей до революции 1917 г. в международном праве норме, согласно которой выплата иностранному инвестору компенсации в связи с национализацией (экспроприацией) собственности признавалась обязательной².



Дело «фабрики Хорзов» рассматривалось в 1928 г. в Международном суде в Гааге по иску Германии к Польше в связи с экспроприацией Польшей имущества — фабрики Хорзов, находящегося в собственности гражданина Германии. В решении по делу «фабрики Хорзов» предусматривалось, что «основным принципом разрешения конфликта, вызванного принятием незаконного акта, каким является акт экспроприации иностранной собственности, является уплата суммы репарации в таком объеме, который позволит устранить все неблагоприятные последствия и восстано-

¹ См. Res.1803 (XVII) On Permanent sovereignty over Natural Resources // UN Doc. A/5217 (1962); Res.3201 (S-VI) The Declaration on the Establishment of New Economic Order // UN Doc.A/9559 (1979); Res/3281 (XXIX) Charter of Economic Rights and Duties of States // UN Doc/A/9631 (1974).

² Об этом деле см.: Norton P.M. A Law of the Future or the Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation // The American Journal of International Law. 1991. V. 85. P. 474–505.

вит то состояние, которое сложилось к моменту принятия этого акта».

Однако если в начале века акты экспроприации, национализации имущества рассматривались как незаконные, то в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН, в отличие от решения Международного Суда в 1928 г., утверждалось суверенное право народов (государства) распоряжаться своими естественными богатствами и ресурсами, в том числе и право на их национализацию. Как следствие признания законности этого акта подтверждается необходимость выплаты компенсации собственнику национализированного имущества.

Закрепленный в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН принцип защиты вещных прав в случае национализации частной собственности находит отражение в национальном праве практически всех государств. После Второй мировой войны указанный принцип признали страны Восточной Европы. В настоящее время этот принцип отражен в законах об иностранных инвестициях стран СНГ в статьях, касающихся вопросов национализации собственности иностранных инвесторов. В ст. 307 Модели ГК для стран СНГ предусматриваются последствия прекращения права собственности в силу закона. В случае принятия закона, прекращающего право собственности, причиненные собственнику в результате принятия этого акта убытки возмещаются государством.

Национализация имущества иностранных компаний часто приравнивается по своему экономическому эффекту к актам, направленным на досрочное расторжение концессий, а также к актам административно-правового регулирования, существенным образом меняющим режим деятельности иностранной компании в стране. Компетентным «судьей» во всех таких спорах всегда остается само государство, принявшее эти акты. Это обстоятельство делает недостаточными коллизионные критерии, применяемые при защите вещных прав в инвестиционных спорах. Связанные с этим сложности были в определенной степени сняты путем создания адекватных правовых институтов, например путем создания на основании Вашингтонской конвенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров¹. Обращение к таким специальным

¹ *Международное публичное право: сб. документов. Т. 1. С. 431–445.*

международно-правовым средствам защиты прав иностранных инвесторов рассматривается (как и международный коммерческий арбитраж) в качестве альтернативного способа разрешения споров, подлежащих разрешению в рамках национальной правовой системы.

Другим вопросом защиты иностранной собственности, еще не получившим разрешения в международном праве, остается **вопрос о размере выплаты компенсации собственнику национализированного имущества**. Расчет суммы подлежащей выплате компенсации мог бы лежать в основе договоров, заключаемых иностранным инвестором непосредственно с государством. Когда-то такого рода договоры, называемые концессионными договорами, составляли основу правового регулирования иностранных инвестиций.

В современных условиях такие контракты лишь условно можно назвать концессионными договорами, поскольку в практике различных государств их гражданско-правовая природа обеспечивается присутствием в договоре гарантии или обязательства государства устранить неблагоприятные последствия гражданско-правового характера, вызванные различного рода актами регулирования, принимаемыми государством. Нормы международного частного права, регулирующие этот вид гражданско-правовых договоров, могут содержать в себе решение вопроса о защите вещных прав иностранного инвестора в части определения размера компенсации.

Одной из форм гражданско-правовых последствий принятия государством акта регулирования является **реституция**, или возвращение сторон в первоначальное положение. Такая форма компенсации собственникам национализированного имущества была, в частности, предложена в законодательстве некоторых стран Прибалтики¹.

В российской доктрине сохраняется позиция, которую занимало советское правительство и которая сводится к тому, что национализация, если она лежит в основании изменения социально-экономического строя в стране, не влечет за собой обязанности государства выплатить компенсацию. Положения Закона об иностранных

¹ См.: Закон Эстонской Республики от 19 января 1993 г. № 21 «О возвращении сестрам и братьям прежнего собственника или их нисходящим родственникам находящихся на земле прежнего собственника зданий и сооружений прежнего собственника», а также постановление Правительства Эстонской Республики от 5 февраля 1993 г. № 36 «О порядке возвращения противоправно отчужденного имущества» (<www.bi-info.ee>).

инвестициях, касающиеся государственных гарантий, в том числе гарантий выплаты компенсации в случае национализации имущества иностранного инвестора, могут получить необходимую конкретизацию в виде договорных гарантий, например гарантий государства как стороны в договоре концессии.

§ 5. Защита права собственности Российской Федерации за рубежом

Проблема защиты вещных прав возникает также в связи с определением правового режима имущества Российской Федерации, находящегося за рубежом. Вопрос о признании права собственности Российской Федерации наиболее остро встал в связи с прекращением существования СССР¹. От надлежащего «оформления» раздела собственности зависит решение вопроса, кто в настоящее время является собственником зданий и сооружений, построенных за рубежом в период существования СССР, а значит, и признание вещных прав государств — участников международного общения.

В международном публичном праве существует «общий ориентир» в решении данной проблемы. Так, в отношении недвижимой собственности государства-предшественника, находящейся за пределами его территории, предполагается, что она принадлежит государствам-преемникам в «справедливых долях»².

В целях правового обеспечения государственной собственности за рубежом между государствами — бывшими союзными республиками были заключены Соглашения от 6 июля 1992 г. «О распределении всей собственности бывшего Союза ССР за рубежом»³ и от

¹ По некоторым оценкам, стоимость такого имущества достигает 500 млрд долл., однако проблема заключается в том, что оно не до конца инвентаризовано. См. об этом: *Лобанов С.А.* Особенности правового режима российской собственности за рубежом // *Юрист.* 2008. № 6. С. 55.

² Речь идет о Венской конвенции о правопреемстве государств, так и не вступившей в силу. См. об этом: *Звеков В.П.* Международное частное право. М., 1999. С. 243.

³ В Соглашении участвуют государства-правопреемники в лице Республики Армения, Республики Беларусь, Республики Казахстан, Республики Киргизия, Республики Молдова, Российской Федерации, Республики Таджикистан, Респуб-

9 октября 1992 г. «О взаимном признании прав и регулировании отношений собственности»¹.

В *Соглашении от 6 июля 1992 г.* Стороны признали вещные права по поводу движимой и недвижимой собственности бывшего Союза ССР за пределами его территории и инвестиции, находящиеся за рубежом, которые имелись на момент правопреемства во владении, пользовании и распоряжении бывшего Союза ССР, его государственных органов и иных структур общесоюзного значения, находившихся под его юрисдикцией и контролем. Вышеуказанная собственность подлежит разделу и переходит к Сторонам в указанных Соглашением долях, которые определяются с учетом обязательства государства участвовать в погашении и нести расходы по обслуживанию государственного внешнего долга бывшего Союза ССР.

В *Соглашении от 9 октября 1992 г.* предусматривается взаимное признание права собственности на имущество, находящееся на территории государств — правопреемников бывшего Союза ССР. «Стороны взаимно признают осуществленный в соответствии с их национальным законодательством переход в их собственность имущества, в том числе финансовых ресурсов, предприятий, учреждений, организаций, их структурных единиц и подразделений бывшего союзного подчинения, расположенных на территориях Сторон» (ст. 1). Признание касается и государственного имущества, т.е. имущества, находившегося в ведении органов государственного управления других бывших союзных республик в составе Союза ССР (ст. 2). Имущественные вопросы Вооруженных Сил и железнодорожных войск, а также пассажирских и транспортных судов бывшего Министерства морского флота регулируются специальными соглашениями между Сторонами (ст. 5).

Указанные международные соглашения подготавливают условия для того, чтобы Россия могла принять на себя все права на «недвижимую и движимую собственность бывшего СССР, находящуюся за

лики Туркменистан, Республики Узбекистан и Украины. Соглашение вступило в силу 6 июля 1992 г. См.: Бюллетень международных договоров. 1993. № 8.

¹ В соглашении участвуют 9 государств, в том числе Республика Армения, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Республика Киргизия, Республика Молдова, Российская Федерация, Республика Таджикистан, Республика Туркменистан, Республика Узбекистан. Соглашение вступило в силу 9 октября 1992 г. См.: Вестник ВАС РФ. 1995. № 1.

рубежом, а также обеспечить выполнение всех обязательств, связанных с использованием этой собственности»¹. Это решение впоследствии было закреплено в Указе Президента РФ от 8 февраля 1993 г. № 201 «О государственной собственности бывшего Союза ССР за рубежом»².

Кроме того, Правительством РФ 5 января 1995 г. было принято постановление № 14 «Об управлении федеральной собственностью, находящейся за рубежом»³ и 12 декабря 1995 г. — постановление № 1211 «Об инвентаризации собственности Российской Федерации, находящейся за рубежом»⁴.

Указ Президента РФ от 29 июня 1998 г. № 733 «Об управлении федеральной собственностью, находящейся за границей»⁵ предусматривает возможность создания акционерных обществ на основе находящегося на территории иностранных государств имущества Российской Федерации, в том числе недвижимого.

Все вышеперечисленные решения Российского государства в отношении недвижимого имущества, находящегося за рубежом, действуют при условии их соответствия международным договорам, где в той или иной форме выражено признание права собственности России на указанное имущество.

В основе признания права собственности Российской Федерации на недвижимое имущество предприятий, учреждений и организаций *бывшего союзного подчинения* лежат международные соглашения, подписанные бывшими союзными республиками.

Принятие в Российской Федерации законодательства, регулирующего порядок владения, пользования и распоряжения имуществом, находящимся за рубежом, а также достижение договоренности между государствами — бывшими республиками СССР о правовом режиме этого имущества являются необходимыми, но не исчерпывающими условиями для осуществления защиты вещных прав Российской Федерации на имущество, находящееся за рубежом. В каждом конкретном случае совершения юридических действий с указанным

¹ Звеков В.П. Международное частное право. С. 244.

² Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 7. Ст. 560.

³ СЗ РФ. 1995. № 3. Ст. 203.

⁴ СЗ РФ. 1995. № 51. Ст. 5063.

⁵ СЗ РФ. 1998. № 27. Ст. 3149.

имуществом требуется признание права собственности Российской Федерации на указанное имущество со стороны каждой из бывших союзных республик для того, чтобы правомерность таких актов признавалась государством, на чьей территории располагается недвижимость.

В соответствии со ст. 6 Соглашения от 9 октября 1992 г. «О взаимном признании прав и регулировании отношений собственности» «каждая Сторона имеет право продать, обменять, передать в залог, сдать в аренду, передать безвозмездно или на договорных началах свою собственность другой Стороне, ее физическим и юридическим лицам». Это положение международного договора может быть реализовано лишь при условии, что указанные действия совершаются «в соответствии с законодательством Стороны местонахождения объектов собственности, если иное не предусмотрено другими соглашениями Сторон»¹. Под «другими» соглашениями подразумеваются международные договоры, заключаемые государствами — участниками с целью признания передачи прав на недвижимое имущество.

§ 6. Защита вещных прав на культурные ценности

Признание права собственности на культурные ценности имеет большое значение для развития международного культурного сотрудничества. В целях защиты вещных прав на культурные ценности и сохранения культурных ценностей как части культурного наследия Российской Федерации был принят *Закон РФ от 15 апреля 1993 г. № 4804-1 «О вывозе и ввозе культурных ценностей»*².

Закон дает определение понятия «культурные ценности». К ним относятся движимые предметы материального мира, находящиеся на территории Российской Федерации, в том числе приобретенные в результате добровольных обменов, полученные в качестве дара или законно приобретенные с согласия компетентных властей страны, откуда происходят эти ценности.

¹ *Международное частное право* / сост. К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков. М., 1997. С. 171.

² *Ведомости СНД и ВС РФ*. 1993. № 20. Ст. 718.

Основной целью принятия Закона была защита культурных ценностей от незаконного вывоза, ввоза и передачи права собственности на них. Для достижения этой цели Закон среди различных мер регулирования предусматривает ряд ограничений для собственников культурных ценностей. Не допускается передача собственником правомочий по владению, пользованию и распоряжению указанными ценностями, а также их продажа, если эти действия могут способствовать незаконному вывозу и ввозу культурных ценностей¹.

В соответствии с Основами законодательства РФ о культуре, принятыми в 1992 г., граждане имеют право вывозить за границу с целью экспонирования, иных форм публичного представления, а также с целью продажи результаты своей творческой деятельности в порядке, определяемом законодательством РФ. При совершении собственником культурной ценности различного рода юридических действий необходимо принимать во внимание также и положения Закона РФ «О вывозе и ввозе культурных ценностей».

В связи с развитием в Российской Федерации экономических реформ и демократизацией общества особую актуальность в последнее время приобрели проблемы, связанные с обеспечением условий доступности, открытости и сохранности культурных ценностей, находящихся в собственности государства. С целью защиты вещных прав Российского государства на культурные ценности, попавшие на ее территорию в результате Второй мировой войны, потребовалось принятие Федерального закона от 15 апреля 1998 г. № 64-ФЗ «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации»².

Проблемы «перемещенных культурных ценностей» связаны, прежде всего, с признанием права собственности на эти предметы Российского государства. Закон выделяет культурные ценности, попавшие на территорию Российского государства, в качестве *компенсаторной реституции*, т.е. в результате применения международно-правовой ответственности к государству-агрессору. Все культурные ценности, перемещенные на территорию Российской Федерации в осущест-

¹ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 46. Ст. 2615.

² СЗ РФ. 1998. № 16. Ст. 1799.

вление ее права на компенсаторную реституцию, признаются федеральной собственностью России за двумя исключениями.

Исключение касается тех перемещенных культурных ценностей, в отношении которых существует гарантия права собственности Республики Беларусь, Латвийской Республики, Литовской Республики, Республики Молдова, Украины и Эстонской Республики (ст. 7 Федерального закона «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации»). Другое исключение касается перемещенных культурных ценностей, которые попали на территорию Российской Федерации не в качестве компенсаторной реституции (ст. 8 указанного Федерального закона). На такие перемещенные культурные ценности могли бы быть заявлены вещные права их истинными собственниками, например государством, представившим доказательства о заявленном требовании их реституции до истечения сроков, установленных мирными договорами, заключенными между восставшими государствами по окончании войны.

Закон предусматривает **условия международного сотрудничества в вопросах выявления и возвращения культурных ценностей**. К таким условиям относится соблюдение определяемого в законе порядка заявления претензии заинтересованным государством (ст. 9). Закон также предусматривает условия возврата в Российскую Федерацию ее культурных ценностей, разграбленных и незаконно вывезенных с территории Союза ССР оккупационными войсками бывших неприятельских государств. Основанием такого возврата также является признание права собственности на перемещенные культурные ценности.

В Законе приводится перечень международных договоров, в которых может быть выражено признание вещных прав на культурные ценности договаривающимися государствами в целях развития культурного сотрудничества. Российская Федерация будет заключать международные договоры, в том числе:

- об урегулировании вопросов, связанных с возмещением затрат на сохранение и восстановление перемещенных культурных ценностей, переданных иностранным государством во внесогласовном порядке или по международным договорам, не предусматривающим такое возмещение;
- о равноценном обмене перемещенных культурных ценностей на культурные ценности, находящиеся за пределами России;

- о содействии учреждениям культуры Российской Федерации в осуществлении сотрудничества по обмену культурных ценностей на культурные ценности, вывезенные с территории Российской Федерации в разное время на законных основаниях, а также о выкупе таких ценностей;
- о правительственных гарантиях обеспечения принимающим государством сохранности и неприкосновенности перемещенных культурных ценностей при их демонстрации в художественных салонах, на зарубежных выставках и экспозициях;
- о возврате в Российскую Федерацию ее культурных ценностей, разграбленных и незаконно вывезенных с территории Союза ССР оккупационными войсками бывших nepřательских государств (ст. 22).

Приведенный перечень международных договоров включает в себя международные договоры о культурном сотрудничестве на основе уже достигнутого признания права собственности участвующего в нем государства на перемещенные культурные ценности. Он допускает и иные международные договоры, например, направленные на признание государствами-участниками решений федерального органа Российской Федерации по претензиям иностранных государств и ходатайствам иностранных граждан о передаче перемещенных культурных ценностей, которые им ранее принадлежали.

Контрольные вопросы

1. Как решаются коллизионные вопросы вещных прав?
2. Как осуществляется защита вещных прав в отношениях, связанных с иностранными инвестициями?
3. Каковы источники правового регулирования национализации иностранной собственности?
4. Каковы особенности передачи права собственности на государственное имущество Российской Федерации, находящееся за рубежом?
5. Что такое «перемещенные культурные ценности»? Каковы особенности защиты права собственности на перемещенные культурные ценности?

Рекомендуемая литература

1. *Богуславский М.М.* Международное частное право. 6-е изд. М., 2009.
2. *Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г.* Государство и регулирование инвестиций. М., 2003. Гл. 3: Международное право и инвестиции в России.
3. *Звеков В.П.* Международное частное право: курс лекций. М., 1999. Гл. 10: Вещные права. Гл. 11: «Иностранные инвестиции».
4. *Иванов А.А.* Об основных направлениях совершенствования законодательства о вещных правах // Вестник гражданского права. 2008. Т. 8, № 4.
5. *Лунц Л.А.* Курс международного частного права в трех томах. М., 2002.
6. *Международное публичное право: сб. документов / сост. К.А. Бекашев, А.Г. Ходаков.* М., 1996. Чикагская конвенция о международной гражданской авиации 1944 г.
7. *Международное частное право: сб. документов / сост. К.А. Бекашев, А.Г. Ходаков.* М., 1997.

Глава 9

Интеллектуальные права

§ 1. Общие положения

1. Термин «интеллектуальные права» введен в российское законодательство частью четвертой ГК РФ (ст. 1226), которая вступила в силу 1 января 2008 г. Его главное назначение, как отмечает А.Л. Маковский, «состоит в том, чтобы служить обобщающим обозначением всей совокупности возможных субъективных прав на все охраняемые законом результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Такое назначение этого понятия ясно установлено в ст. 1226 ГК»¹. Интеллектуальные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации включают исключительное право, являющееся имущественным правом. Интеллектуальные права на результаты интеллектуальной деятельности в случаях, прямо предусмотренных ГК РФ, включают также личные неимущественные и иные права.

До принятия части четвертой ГК РФ термин «интеллектуальная собственность» применялся в ст. 138 ГК РФ, по сути, как синоним «исключительных прав». С принятием части четвертой ГК РФ ст. 138 была отменена. Ранее термин «интеллектуальная собственность» получил закрепление в ст. 44 и 71 Конституции РФ. Согласно ст. 44 «интеллектуальная собственность охраняется законом». Правовое

¹ Маковский А.Л. Об интеллектуальных правах. Актуальные вопросы российского частного права. М., 2008. С. 220.

регулирование интеллектуальной собственности относится к ведению Российской Федерации (п. «о» ст. 71 Конституции РФ).

В части четвертой ГК РФ термин «интеллектуальная собственность» остался, но в ином значении. Под ним понимаются *собственно объекты интеллектуальных прав* — охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, но не права на них (ст. 1225 ГК РФ). Однако применение термина «собственность» не должно вводить в заблуждение относительно правовой природы исключительных прав. Они не являются разновидностью права собственности. Это два различных правовых института. Как справедливо отметил Е.А. Суханов, правовой режим «интеллектуальной собственности, разумеется, не может строиться по модели обычной вещной собственности», чем обусловлена необходимость создания особого гражданско-правового режима, не укладывающегося в привычные рамки вещных прав¹. Эти различия четко отражены и в международном частном праве.

2. В международных отношениях термин «интеллектуальная собственность» получил широкое распространение главным образом в связи с принятием Стокгольмской конвенции 1967 г., учредившей *Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС)*². Наше государство является участником Конвенции как правопреемник Советского Союза, который присоединился к Конвенции в 1968 г. Конвенция объединяет международные союзы в области охраны исключительных прав, независимо от круга охраняемых в рамках соответствующего союза объектов ВОИС. Она не содержит конкретных обязательств ее участников в области регулирования правового режима отдельных объектов интеллектуальных прав.

Основная деятельность ВОИС заключается в регистрации международных заявок на изобретения и полезные модели, в международной регистрации товарных знаков, а также в разработке программ содействия сотрудничеству стран-участниц.

¹ См.: Суханов Е.А. О кодификации законодательства об «интеллектуальной собственности». Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая. Комментарии, текст, предметный указатель. М., 2007. С. 25.

² Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности. Публикация № 250 (R). Женева: Всемирная организация интеллектуальной собственности, 1974.

ВОИС является межправительственной организацией публично-правового характера.

3. Принятие части четвертой ГК РФ позволило провести полную кодификацию законодательства об интеллектуальных правах. Появление в ГК РФ самостоятельного правового института наряду с вещными правами, обязательственными правами и другими традиционными институтами гражданского права — серьезный этап в развитии законодательства РФ об охране результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.

Полная кодификация означает отмену всех специальных законов — Патентного закона РФ, Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», других законов, которые до 1 января 2008 г. регулировали права на отдельные виды результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации (см. Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹).

Однако такая глубокая кодификация отнюдь не означает слом сложившейся в России системы охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. Эта система в целом в своей устоявшейся основе сохраняется, повышен уровень ее регулирования, проведена необходимая систематизация и унификация, что очевидно немаловажно для правоприменительной практики.

Часть четвертая ГК РФ построена по принципу общей и особенной частей. Она включает гл. 69 — «Общие положения» и восемь глав, посвященных отдельным видам интеллектуальных прав (гл. 70 — «Авторское право», гл. 71 — «Права, смежные с авторскими», гл. 72 — «Патентное право» и др.). Создание общих положений, содержащихся в гл. 69, признано сегодня важнейшим результатом кодификации, поскольку в ней закреплены основные концептуальные положения, относящиеся ко всем охраняемым объектам. Эти положения не только позволили устранить имеющиеся противоречия, но и значительно обогатили нормативное регулирование.

Кодекс установил единый перечень результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, которым предостав-

¹ СЗ РФ. 2006. № 52 (ч. 1). Ст. 5497.

ляется правовая охрана (ст. 1225 ГК РФ). Важно обратить внимание на то, что этот перечень имеет исчерпывающий характер. На территории Российской Федерации охраняются только те объекты, которые в него включены. Этот общий принцип охраны был закреплен ранее в ст. 138 ГК РФ. Но сам круг охраняемых объектов устанавливался в отдельных законах, посвященных охране этих объектов. Кроме того, Кодекс расширил сферу охраны исключительных прав, включив в нее новые объекты — секреты производства (ноу-хау) и коммерческое обозначение, а также новые виды смежных прав: право изготовителя базы данных и право публикатора произведения литературы, науки или искусства (§ 5 и 6 гл. 71 ГК РФ).

Общим свойством, присущим всем интеллектуальным правам, признается их территориальная ограниченность. Они действуют в пределах территории того государства, где возникли в соответствии с законами этого государства, т.е., в принципе, не имеют экстерриториального характера. В отличие, например, от права собственности, поскольку для собственника материальных вещей переезд с этими вещами из одной страны в другую не влечет никаких отрицательных последствий, если при их исполнении соблюдаются законы страны пребывания.

Принцип территориального действия интеллектуальных прав, основанный на *предоставлении иностранцам национального режима*, теперь прямо закреплен в ст. 1231 ГК РФ. При этом предусмотрены различные правовые условия для признания действия личных немущественных прав, а также иных интеллектуальных прав на территории Российской Федерации и для признания действия исключительных прав.

Действие личных и иных интеллектуальных прав определяется общими нормами ГК РФ, установленными абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ (к которым дана прямая отсылка в ст. 1231). Согласно этим нормам «к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц» применяются общие правила, установленные российским гражданским законодательством для участников гражданского оборота. Следовательно, на территории Российской Федерации признаются личные и иные интеллектуальные права (кроме исключительных прав) иностранцев независимо от того, связана ли Россия и государство иностранца соответствующим международным договором.

Для признания исключительных прав по другую сторону границы — преодоления территориального действия охраны исключительных прав — требуется договоренность между соответствующими государствами — *международный договор*. В противном случае охраняемые в одной стране изобретения, товарные знаки, произведения науки или литературы могут свободно использоваться в других странах.

Как правопреемник Советского Союза Россия стала участником Всемирной (Женевской) конвенции об авторском праве 1952 г. (в редакции 1971 г.)¹, Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. (Парижская конвенция)², Договора о патентной кооперации 1970 г.³, Страсбургского соглашения о международной патентной классификации 1971 г.⁴, Локарнского соглашения, устанавливающего международную классификацию промышленных образцов, 1968 г.⁵ и Мадридского соглашения о международной регистрации товарных знаков 1891 г.⁶

С 13 марта 1995 г. Российская Федерация присоединилась к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. (в редакции 1979 г.)⁷, устанавливающей более высокий уровень охраны авторских прав по сравнению со Всемирной (Женевской) конвенцией, и к Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г. (Женевская конвенция)⁸.

С 26 мая 2003 г. Россия стала участницей Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. (Римской конвенции)⁹. В феврале

¹ *Международные нормативные акты ЮНЕСКО*. М., 1993. С. 435–451.

² Парижская Конвенция по охране промышленной собственности. Публикация № 201 (R). Женева: Всемирная организация интеллектуальной собственности, 1990.

³ *Сборник действующих договоров СССР*. Вып. XXXIV. М., 1980. С. 55–89.

⁴ *Сборник действующих договоров СССР*. Вып. XXXI. М., 1977. С. 106–115.

⁵ *Сборник действующих договоров СССР*. Вып. XXVIII. М., 1974. С. 206–213.

⁶ Публикация ВОИС. 1992. № 260 (R).

⁷ Бюллетень международных договоров. 2003. № 9. С. 3–34.

⁸ Бюллетень международных договоров. 1999. № 8. С. 3–7.

⁹ Бюллетень международных договоров. 2005. № 7. С. 11–20.

2009 г. Россия присоединилась к двум договорам ВОИС: Договору по авторскому праву и Договору по исполнениям и фонограммам (вступили в силу 5 февраля 2009 г.)¹.

В 1997 г. Россия присоединилась к Договору о законах по товарным знакам 1994 г.², с 24 апреля 1998 г. Россия стала участницей Международной конвенции по охране новых сортов растений 1961 г.³ (в редакции 1991 г.). В 2009 г. Россия присоединилась к Сингапурскому договору о законах по товарным знакам 2006 г.⁴ и к Договору о патентном праве 2000 г.⁵

Кроме того, Россия совместно с рядом других стран СИГ подписала в 1993 г. Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторских и смежных прав⁶, а в 1994 г. — Евразийскую патентную конвенцию⁷. Наряду с этим отношения России со многими странами в области охраны авторских и патентных прав регулируются двусторонними договорами.

Международные договоры в области охраны интеллектуальной собственности позволяют, прежде всего, *преодолеть территориальный характер действия исключительных прав*. В ином случае они не могут быть защищены за пределами той страны, где первоначально возникли, за отдельными изъятиями.

В силу международного договора РФ иностранцу предоставляются те права, которые установлены для российских граждан (принцип национального режима). Их содержание (действие, ограничения, порядок осуществления и защиты) определяется Кодексом либо также международным договором («конвенционные права»), независимо от законодательства страны возникновения исключительного права. Именно в этом находит свое выражение территориальная ограниченность исключительных прав. Закон иностранного правообла-

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² Договор о законах по товарным знакам и Инструкция, подписанные в Женеве 27 октября 1994 г. Публикация № 225 (R). Женева: Всемирная организация интеллектуальной собственности, 1994.

³ СПС «КонсультантПлюс».

⁴ СПС «КонсультантПлюс».

⁵ СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Бюллетень международных договоров. 2008. № 3.

⁷ СЗ РФ. 1996. № 20. Ст. 2323.

теля, во всяком случае, не имеет для этих отношений определяющего значения. Вопрос о выборе между национальными и территориальными законами здесь не возникает¹.

Общие правила действия исключительных прав иностранцев на территории Российской Федерации конкретизируются в главах, посвященных отдельным видам охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.

4. В странах СНГ, как и в России, после распада СССР начался активный нормотворческий процесс. В большинстве республик приняты не только новые законы в области охраны авторских и смежных прав, но и новые гражданские кодексы, включающие разделы об интеллектуальной собственности.

Вслед за Россией первый Закон «Об авторских и смежных правах» был принят в Украине — в декабре 1993 г.², затем в Молдавии в ноябре 1994 г.³ В том же 1994 г. были изданы Закон «О правовой охране алгоритмов, программ для ЭВМ, баз данных и топологий интегральных микросхем» в Туркмении⁴, Закон «О правовой охране программ для ЭВМ» в Узбекистане⁵.

На протяжении 1996–1999 гг. были приняты законы «Об авторском праве и смежных правах» в Армении, Белоруссии, Таджикистане, Казахстане, Узбекистане и в Киргизии, где действует также Закон «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных».

Специальные разделы, содержащие основные положения об охране авторских и смежных прав, помещены в Гражданский кодекс Белоруссии (гл. 60, 61 разд. V «Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности»), Особенную часть Гражданского кодекса Казахстана (разд. V «Право интеллектуальной собственности»), Гражданский кодекс Киргизии (гл. 54, 55 разд. V «Интеллектуальная собственность»), Гражданский кодекс Туркмении (часть четвертая — «Авторские права»), Гражданский кодекс Таджикистана (часть третья), Гражданский кодекс Узбекистана (гл. 66, 61 разд. IV —

¹ См.: Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. С. 133.

² Ведомости Верховного Совета Украины. 1994. № 13. Ст. 85; 1999. № 41. Ст. 373.

³ Официальный монитор Республики Молдова. 1995. № 13. Ст. 124.

⁴ Ведомости Меджлиса Туркменистана. 1994. № 3. Ст. 20.

⁵ Ведомости Верховного Совета Республики Узбекистан. 1994. № 5. Ст. 136.

«Интеллектуальная собственность») и Гражданский кодекс Украины (книга четвертая «Право интеллектуальной собственности»).

Модель ГК для стран СНГ также имеет специальный разд. V, посвященный интеллектуальной собственности. Он содержит общие положения, призванные консолидировать законодательство в этой сфере.

§ 2. Авторское право

1. Интеллектуальные права, возникающие в связи с охраной, защитой и использованием произведений науки, литературы и искусства, представляют собой традиционную категорию авторских прав.

Автору — создателю произведения принадлежат исключительное право и личные неимущественные права [право авторства, право на имя, право на неприкосновенность произведения (защита произведений от искажений), право на обнародование произведения)]. Исключительное право действует в течение всей жизни автора и 70 лет после его смерти, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора. Право авторства, право на имя и право на защиту репутации охраняются бессрочно.

Кроме того, авторам отдельных видов произведений предоставляются так называемые иные права:

- право на отзыв своего согласия на обнародование произведения;
- право доступа и право следования в отношении произведений изобразительного искусства.

Так, автор картины, гравюры, скульптуры (другого произведения изобразительного искусства) в случае отчуждения оригинала произведения, во-первых, вправе требовать от собственника оригинала не препятствовать ему, если оригинал произведения необходим автору в целях его копирования (право доступа). Во-вторых, в случаях публичной перепродажи оригинала произведения, включая оригиналы авторских рукописей (автографы), литературных и музыкальных произведений, имеет право на получение от продавца процентных отчислений от цены перепродажи (право следования). Это право действует при условии участия в перепродаже галереи изобразительного искусства, художественного салона, магазина или иной подобной организации.

Постановлением Правительства РФ от 19 апреля 2008 г. № 285¹ установлен размер процентных отчислений в зависимости от суммы перепродажи оригинала.

Право доступа неотчуждаемо и не переходит по наследству. Право следования, которое также неотчуждаемо, может быть завещано или может перейти к наследникам по закону в течение срока действия авторского права. Предоставление авторам права следования входит в число обязательств, которые принимают на себя государства — участники Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. (ст. 14 *ter*).

К иным правам отнесено также *право на вознаграждение за служебное произведение*, что вызывает определенные сомнения. Дело в том, что к числу концептуальных положений ГК РФ относится общая норма, согласно которой автор творческого результата интеллектуальной деятельности признается первоначальным обладателем исключительного права. Он может распорядиться своим исключительным правом как объектом гражданского оборота (п. 3 ст. 1228). Право на вознаграждение за служебное произведение, несомненно, является имущественным правом, основанным, по нашему мнению, на первоначально принадлежащем автору исключительном праве, т.е. входит в его состав. И, следовательно, по нашему мнению, нет оснований квалифицировать его как «иное право», что прямо предусмотрено ГК РФ.

Исключительное право на служебное произведение переходит к работодателю, если «трудовым или иным договором между работодателем и автором не предусмотрено иное» (п. 2 ст. 1295 ГК РФ), т.е. в том случае, когда автор не оговорил в трудовом договоре, что он оставляет исключительное право на служебные произведения за собой. И, следовательно, тем самым он выразил согласие уступить это право работодателю. А работодатель обязан выплатить ему вознаграждение.

Перечень объектов авторских прав дан в ст. 1259 ГК РФ. Он имеет открытый характер. Следует лишь обратить внимание на программы для ЭВМ, которые ранее, по Закону РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах»², признавались разновидно-

¹ СЗ РФ. 2008. № 17. Ст. 1880.

² Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1242. Документ утратил силу.

стью литературного произведения. Теперь программы ЭВМ выделены в качестве самостоятельного объекта интеллектуальных прав. Они также включены в общий перечень результатов интеллектуальной деятельности, установленный ст. 1225 ГК РФ. Программы ЭВМ охраняются в режиме литературного произведения.

Авторские права распространяются как на обнародованные, так и на необнародованные произведения. Основное требование, которое при этом должно быть соблюдено, касается *формы воплощения произведения*. Последнее должно быть объективировано в доступном для восприятия виде, что обусловлено нематериальной сущностью результата творческого труда. Форма выражения может быть любой: письменной, устной, может быть звуко- или видеозаписью, иным фиксированным изображением (рисунок, чертеж), объемно-пространственной скульптурой и т.п.

Для возникновения авторских прав и их защиты *не требуется соблюдения каких-либо формальностей* (регистрации и т.п.). Факультативная государственная регистрация, по желанию правообладателя, предусмотрена для компьютерных программ и баз данных. Заявка на регистрацию подается правообладателем в патентное ведомство в течение всего срока действия исключительного права на программу или базу данных. Сведения о зарегистрированных программах и базах данных публикуются в официальном органе ведомства. При уступке прав на зарегистрированную программу или базу данных другому лицу договор об отчуждении прав также подлежит обязательной регистрации в патентном ведомстве. При возникновении спора об авторстве регистрация признается судебными органами как юридическая презумпция авторства, т.е. считается действительной, пока в судебном порядке не будет доказано иное. Документы на регистрацию могут быть поданы автором охраняемого произведения независимо от его гражданства и места жительства.

Факультативная регистрация программ ЭВМ и баз данных допускается также в других странах СНГ — в Киргизии, Молдавии, Туркмении, Узбекистане, Украине.

2. *Специальные нормы о действии исключительного права* на произведения науки, литературы и искусства на территории Российской Федерации установлены ст. 1256 ГК РФ. Они отвечают принципам, установленным международными договорами РФ. Поэтому в ГК РФ практически восприняты положения ранее действующей ст. 5 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах».

Авторское право распространяется на все произведения, находящиеся на территории Российской Федерации, как опубликованные, так и неопубликованные.

Произведение также считается опубликованным в России, если разрыв между датой его первого опубликования за рубежом и датой последующего опубликования в России составляет не более 30 дней.

Это общий территориальный принцип охраны авторских прав, действующий независимо от гражданства, т.е. в отношении российских и иностранных авторов.

Из этого общего правила предусмотрены два изъятия:

- 1) для российских граждан. Если произведения российского гражданина в какой-либо объективной форме находятся за границей, то за автором произведения, как и его правопреемниками, признаются авторские права в соответствии с российским законодательством. В отступление от территориального принципа здесь действует принцип гражданства автора;
- 2) исключительное право признается в России за иностранцами — авторами (их правопреемниками) произведений, опубликованных за границей, на основе международных договоров.

Иностранным гражданам и юридическим лицам тех государств, которые участвуют в этих договорах, в России предоставляется возможность пользоваться теми же авторскими правами, какими пользуются российские граждане и юридические лица. В этом находит свое выражение закрепленный в международных конвенциях *принцип охраны авторских прав иностранцев на основе национального режима той страны, где используется произведение.*

Так, в соответствии с российским законодательством исключительное право включает право автора (иного правообладателя) использовать произведение и распоряжаться этим правом. Автор может использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом. В частности, *в исключительное право входит:*

- право на воспроизведение и распространение произведения;
- право на перевод произведения и другую переработку;
- прокат оригинала или экземпляра произведения (за исключением программ ЭВМ, если программа не является основным объектом проката);
- импорт оригинала или экземпляров произведения;

- публичное исполнение произведения, сообщение в эфир и по кабелю, доведение произведения до всеобщего сведения;
- практическая реализация архитектурного, градостроительного или садово-паркового проекта (ст. 1270 ГК РФ).

Всеми этими правами наравне с российскими гражданами обладают авторы-иностранцы (их правопреемники), произведения которых охраняются в России. При этом *автор произведения (иной первоначальный правообладатель) определяется по закону государства, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для обладания авторскими правами*. Например, в США весь объем прав на служебную программу для ЭВМ, включая личные неимущественные права, принадлежит работодателю (Свод законов США, раздел «Авторское право», ст. 201b)¹. Следовательно, если такая программа разработана и впервые выпущена в США, то в качестве ее автора на территории Российской Федерации также будет признано соответствующее юридическое лицо, а не конкретный разработчик.

Следует подчеркнуть, что по российскому закону обладателем авторских прав может быть признан только гражданин, творческим трудом которого создано произведение. *Признание даже в ограниченных случаях авторства юридических лиц, как это имело место ранее по ст. 484 ГК РСФСР 1964 г., исключается*.

3. Распоряжение исключительным правом на произведение включает право его обладателя: уступить другому лицу это исключительное право либо разрешить другому лицу использование охраняемого произведения (выдать лицензию).

Основанием распоряжения исключительным правом служит *гражданско-правовой договор, заключаемый правообладателем с заинтересованными пользователями* (издательствами, театрами, организациями теле- и радиовещания и др.): авторский договор об отчуждении исключительного права либо авторский лицензионный договор.

Отношения между автором и заказчиком, предметом которых является создание нового произведения, регулируются *договором авторского заказа*.

¹ <<http://uscode.house.gov>>.

Авторский договор об отчуждении заключается в целях передачи автором (иным правообладателем) другой стороне исключительного права на произведение в полном объеме и, соответственно, на весь срок действия права. В силу такого договора происходит замена правообладателя. Существенным условием возмездного договора признается сумма вознаграждения или порядок его выплаты.

В ранее действовавшем Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах» не был предусмотрен договор отчуждения автором своих имущественных прав на охраняемое произведение другому лицу. Закон предусматривал только лицензионные договоры и авторский договор заказа, ограничивая тем самым исключительное право автора распоряжаться своим произведением. Следует также обратить внимание на то, что в Законе РФ от 23 сентября 1992 г. № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных»¹ была предусмотрена возможность уступки исключительного права на программный продукт. Причем если стороны регистрировали такой договор в патентном ведомстве, то сведения об изменении правообладателя вносились в Реестр программ для ЭВМ и баз данных (п. 5 ст. 13 Закона РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных»).

По авторскому лицензионному договору исключительное право не передается. Правообладатель-лицензиар предоставляет другой стороне — лицензиату право использования произведения. Договором устанавливается срок и пределы (объем, способы, территория) использования произведения. Если срок не указан в договоре, он считается заключенным на пять лет. В случае прекращения исключительного права договор прекращается. Следует обратить внимание на предусмотренную ГК РФ новую норму, защищающую интересы лицензиата, ранее неизвестную российскому законодательству: переход исключительного права к новому правообладателю не служит основанием для прекращения или изменения лицензионного договора, заключенного предшествующим правообладателем (п. 7 ст. 1235 ГК РФ).

Кодекс предусматривает *два вида лицензионных договоров на использование готовых произведений*:

¹ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2325. Документ утратил силу.

- 1) о предоставлении исключительной лицензии;
- 2) о предоставлении неисключительной (простой) лицензии.

По первому договору автор (его правопреемник) предоставляет лицензиату право использовать произведение на установленных в договоре условиях. Он уже не может выдать лицензию на использование этого же произведения другим лицам в течение срока действия договора.

По второму договору автор сохраняет право не только самому использовать произведение, но и предоставлять разрешение на его использование другим лицам.

Кроме того, предусмотрены *особые условия издательского лицензионного договора*. Установлена обязанность лицензиата опубликовать произведение не позднее срока, установленного договором. Если срок не установлен договором, то в случае спора принимается во внимание обычный срок, принятый для такого рода изданий в издательской деятельности. При нарушении срока опубликования лицензиар вправе расторгнуть договор в одностороннем порядке без возмещения убытков, причиненных таким отказом издателю. Он также вправе требовать выплаты ему вознаграждения, предусмотренного договором, в полном объеме.

Предметом рассмотренных договоров служит готовое произведение.

Отношения, возникающие по поводу создания нового произведения, регулируются *авторским договором заказа*. По этому договору автор обязуется создать обусловленное договаривающимися сторонами произведение (науки, литературы или искусства) и передать его на материальном носителе или в иной форме заказчику. Существенными условиями договора следует признать условия использования заказчиком готового произведения, которые должны быть согласованы сторонами. В авторском договоре заказа должно быть предусмотрено либо отчуждение исключительного права на созданное автором произведение, либо предоставление заказчику права на его использование в соответствии с условиями договора.

Размер и порядок исчисления авторского вознаграждения, как и другие условия использования произведения, определяются договаривающимися сторонами.

Гражданский кодекс РФ ограничивает ответственность автора за нарушение его обязательств по всем авторским договорам суммой реального ущерба, причиненного другой стороне. К авторским дого-

ворам, заключенным иными правообладателями, эта норма не применяется.

4. Международные договоры открывают дорогу не только для иностранных авторов в Россию, но, в равной степени, и для россиян в страны — участницы этих договоров. Поскольку признание авторских прав не требует соблюдения каких-либо формальностей процедурного характера, то практически произведения российских авторов, охраняемые в России, одновременно получают охрану во всех других странах — участницах соответствующего международного договора.

Необходимо подчеркнуть, что право свободно распоряжаться собственным произведением не только на территории своей страны, но и за ее пределами российские авторы получили сравнительно недавно (постановление Совета Министров СССР от 26 октября 1990 г. № 1095 «О мерах по демополизации в области экспорта и импорта авторских прав»¹) в ходе происходившего тогда общего процесса ломки монополии государства на внешнеэкономическую деятельность (в равной степени это постепенно распространялось и на других правообладателей — издательства и т.п.). До этого любая сделка, связанная с распоряжением исключительными правами на авторское произведение за пределами СССР, допускалась только через Всесоюзное агентство по авторским правам (ВААП) с согласия советского первопользователя.

Россия активно расширяет международное сотрудничество в сфере охраны и использования художественных произведений, исполнительского творчества и других объектов авторских и смежных прав. Развитию широкого культурного обмена с зарубежными странами, несомненно, способствует участие в основных многосторонних авторско-правовых конвенциях.

4.1. Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. (далее — Бернская конвенция) — старейшая авторская Конвенция. Она была заключена 9 сентября 1886 г. и вступила в силу с 5 декабря 1887 г. За период ее действия редакция неоднократно пересматривалась (последний раз в Париже в 1979 г.) в целях расширения предоставляемых ею прав и гарантий. Советский Союз не участвовал в Бернской конвенции, поскольку действовавшее

¹ СП СССР. 1990. № 29–30. Ст. 143.

тогда в СССР законодательство не отвечало ее требованиям. Принятие Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» в 1993 г. устранило эти препятствия, и Россия присоединилась к Конвенции с 13 марта 1995 г.

Начался процесс присоединения других стран СНГ к Бернской конвенции: Украины (25 октября 1995 г.), Молдавии (2 ноября 1995 г.), Белоруссии (12 декабря 1997 г.), а затем и других. Участие в международных авторско-правовых договорах, наряду с влиянием новых социально-экономических факторов, способствует становлению унифицированных систем охраны авторских прав в странах СНГ.

Одним из основных принципов Бернской конвенции является **закрепление национального режима наряду с предоставлением возможности пользоваться правами, предусмотренными самой Конвенцией**, которая содержит значительную группу унифицированных норм материального права. Основное содержание авторских прав определяется национальным законодательством, включая систему судебной защиты: авторы пользуются «правами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены соответствующими законами этих стран своим гражданам». Поэтому правовой режим охраны авторских прав в стране происхождения произведения, за некоторыми исключениями, не влияет на их охрану в зарубежной стране.

Содержащиеся в Бернской конвенции унифицированные нормы предусматривают широкий круг предоставляемых автору исключительных имущественных прав (гарантированный объем охраны) на литературные и художественные произведения, под которыми понимаются все произведения в области литературы, науки и искусства. Так, в перечень произведений, защита которых гарантируется Конвенцией, наряду с традиционными объектами включены также: «переделки литературного или художественного произведения», в том числе переводы, адаптации, музыкальные аранжировки, которые охраняются наравне с оригинальными произведениями.

Специальные нормы закрепляют исключительные права авторов переводить и разрешать другим лицам переводы, переделки, аранжировки и иные изменения своих произведений в течение всего срока действия авторских прав.

Согласно ст. 3 гарантированные Бернской конвенцией права предоставляются:

- 1) авторам, которые являются гражданами одной из стран Союза, — в отношении их произведений, как выпущенных, так и не выпущенных в свет (в этих целях к гражданству страны Союза приравнивается обычное место жительства в одной из этих стран);
- 2) авторам, которые не являются гражданами одной из стран Союза, — в отношении произведений, выпущенных в свет впервые в одной из этих стран или одновременно в стране, не входящей в Союз, и в стране Союза.

Следовательно, Бернская конвенция предоставляет охрану, исходя из тех же основных критериев, что и национальное законодательство. Произведения граждан стран — участниц Бернской конвенции (как опубликованные, так и неопубликованные) *пользуются охраной с момента их создания* во всех странах Союза. Причем страной первого опубликования может быть и страна, не входящая в Бернскую конвенцию (критерий гражданства).

Произведения, впервые опубликованные в одной из стран Союза, *пользуются охраной во всех странах независимо от гражданства автора* (критерий территории — места выпуска произведения в свет).

Если автор не является гражданином страны происхождения произведения, в отношении которого ему предоставляется охрана в силу Бернской конвенции, он пользуется в этой стране теми же правами, что и авторы — граждане этой страны.

Бернская конвенция (ст. 6 *bis*) обязывает страны-участницы предоставлять автору независимо от имущественных прав (и даже после уступки этих прав) *неимущественные права*: право авторства, право на защиту произведения от каких-либо изменений (извращений, искажений), способных нанести ущерб чести или репутации автора.

Минимальные сроки охраны авторских прав, которые обязаны установить страны — участницы Бернской конвенции, составляют все время жизни автора и 50 лет после его смерти. Соответственно, любая страна может установить и более длительный срок. Во многих европейских странах установлен уже 70-летний срок охраны произведения после смерти автора. Однако иностранному автору не может предоставляться срок охраны более продолжительный, чем установлен в стране происхождения произведения, если только в законе страны, где испрашивается охрана, не предусмотрено иное.

Существенным является принцип действия Бернской конвенции *с обратной силой*. Он выражается в том, что «Конвенция применяет-

ся ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу не стали еще общим достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны» (ст. 18), хотя и были выпущены в свет до этого момента.

Зарубежный автор, произведение которого уже не охраняется в его стране (истек срок охраны), не может получить охрану и в любой другой стране, вступившей в Конвенцию после истечения этого срока.

Однако при присоединении России к Бернской конвенции Правительством РФ было заявлено¹, что действие Конвенции не распространяется на произведения, которые на 13 марта 1995 г. (дата вступления в силу на территории Российской Федерации) уже являлись в России общественным достоянием. Это заявление вызвало неоднозначное толкование, поскольку в соответствии с действующим законодательством режим общественного достояния применялся по двум основаниям: во-первых, в связи с истечением срока охраны и, во-вторых, когда произведение вообще не охранялось в СССР, а затем и в России до вступления в Бернскую конвенцию.

Основные дискуссии касались именно этой второй категории произведений, причем прежде всего иностранных авторов, которые при буквальном прочтении заявления Правительства РФ не попадали под охрану Конвенции, учитывая, что значительное большинство произведений зарубежных авторов ранее свободно использовалось в России. Не требовалось ни разрешения автора на их опубликование, ни выплата авторского вознаграждения за использование.

Ситуация существенно изменилась, когда в 2004 г. в редакцию ст. 5 и 28 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» были внесены изменения², согласно которым режим общественного достояния распространялся только на произведения, в отношении ко-

¹ Пункт 2 постановления Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. № 1224 «О присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 года, Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 года и дополнительным Протоколам 1 и 2, Конвенции 1971 года об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм» // СЗ РФ. 1994. № 29. Ст. 3046.

² См.: Федеральный закон от 20 июля 2004 г. № 72-ФЗ // СЗ РФ. 2004. № 30. Ст. 3090.

торых истек срок действия охраны, установленный в стране происхождения произведения или, соответственно, в России.

4.2. Всемирная конвенция об авторском праве 1952 г.¹ Вступление в Конвенцию в 1973 г. потребовало внесения в советское законодательство целого ряда новелл, направленных на его демократизацию. В частности, за автором было признано право на перевод его произведения, удлинен срок действия авторского права с 15 до 25 лет после смерти автора, изменен порядок передачи права на использование произведения за рубежом.

Основной задачей учредителей Конвенции было закрепление принципа национального режима для произведений авторов из стран — участниц Конвенции (как выпущенных, так и не выпущенных в свет) и для авторов — граждан других стран, произведения которых были впервые выпущены в свет в стране-участнице. В соответствии с Конвенцией под «выпуском в свет» понимается воспроизведение в какой-либо материальной форме и предоставление неопределенному кругу лиц экземпляров произведения для чтения или ознакомления путем зрительного восприятия.

Всемирная конвенция об авторском праве ориентирована в основном на внутреннее законодательство и содержит незначительное число унифицированных материальных норм. К ним относятся нормы о минимальном сроке действия авторско-правовой охраны. Этот срок не может быть короче всей жизни автора и 25 лет после его смерти. Далее предусматривается исключительное право автора на перевод его произведения, выпуск в свет переводов, выдачу разрешений на перевод и выпуск в свет произведений, охраняемых на основании Конвенции, что и потребовало внесения соответствующих корректив в действующее тогда советское законодательство. Заметим, что при вступлении в Бернскую конвенцию такая проблема не возникала, поскольку Закон об авторском праве и смежных правах уже основывался на принципах этой Конвенции.

В отличие от Бернской конвенции Всемирная конвенция об авторском праве не обладает обратной силой. Согласно ст. VII она не распространяется на произведения, охрана которых окончательно прекратилась к моменту вступления ее в силу в государстве, где испрашивается охрана. Можно сказать, что действие Всемирной кон-

¹ *Международные нормативные акты ЮНЕСКО. С. 425–432.*

венции «определяется моментом возникновения права на произведение». Тогда как действие Бернской конвенции — «моментом прекращения права» — через 50 лет после смерти автора¹.

4.3. Договор ВОИС по авторскому праву (ДАП)² — это специальное соглашение в смысле ст. 20 Бернской конвенции. Договор расширяет круг охраняемых объектов, включая компьютерные программы и базы данных. «Компьютерные программы охраняются как литературные произведения в смысле статьи 2 Бернской конвенции», независимо от способа и формы их выражения (ст. 4 ДАП). Под базой данных понимается компиляция данных или другой информации в любой форме, которые по подбору и содержанию представляют результат интеллектуального творчества. Охрана не распространяется на сами данные (ст. 5 ДАП).

В соответствии со ст. 6 вводится исключительное право автора на продажу (иную передачу права собственности) оригинала и экземпляров своего произведения. При этом определение условий исчерпания прав после первой продажи или иной передачи права собственности на оригинал или экземпляр произведения с разрешения автора отнесено к национальному законодательству. В России действует национальный принцип исчерпания прав. Распространение оригинала или экземпляра произведения в России (независимо от его распространения за рубежом) допускается с согласия правообладателя. Такое согласие не требуется, если распространяемое произведение было уже правомерно введено в гражданский оборот (ст. 1272 ГК РФ).

Расширено содержание исключительного права на произведение: в него включено правомочие на сообщение произведения для всеобщего сведения, продиктованное необходимостью защиты авторских прав с учетом особых возможностей распространения произведения: в Интернете. Согласно ст. 8 ДАП авторы произведений пользуются исключительным правом «разрешать любое сообщение своих произведений для всеобщего сведения по проводам или средствам беспроводной связи, включая доведение своих произведений до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осу-

¹ См.: Дозорцев В.А. Обратная сила закона об авторском праве // Российское право. 1997. № 8. С. 44.

² СПС «КонсультантПлюс».

ществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору».

Приведенные положения Договора были имплементированы в российское законодательство до присоединения к Договору.

§ 3. Права, смежные с авторскими

1. Смежные права — сравнительно новый правовой институт. Он был введен Основами ГЗ 1991 г. (ст. 141–143), а затем более детально урегулирован в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах». Сфера действия смежных прав включает новую группу обладателей интеллектуальных прав, а также новые объекты охраны. Категория смежных прав примыкает к авторским правам и тесно с ними связана, что послужило ранее основанием для их объединения в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах». Однако отсюда не следует, что смежные права относятся к авторским. Это самостоятельный институт интеллектуальных прав, которому в части четвертой ГК РФ посвящена отдельная глава.

Авторские и смежные права являются объектами различных международных соглашений. Связь между ними выражается, главным образом, в том, что процесс распоряжения смежными правами нередко включает использование чужого произведения и, соответственно, возникает необходимость получить согласие автора. Для возникновения смежных прав не требуется какой-либо регистрации или соблюдения иных формальностей (так же как для авторских прав), но необходимо, чтобы их объект был зафиксирован (т.е. объективирован) с помощью тех или иных технических средств.

Субъектами смежных прав признаются:

- исполнитель — автор исполнения;
- изготовитель фонограмм (звуковой записи);
- организация эфирного и кабельного вещания.

За всеми обладателями смежных прав закрепляется исключительное право на принадлежащий им объект смежных прав.

Интеллектуальные права исполнителя включают также личные неимущественные права (в отличие от других субъектов смежных прав): право авторства, право на имя и право на защиту исполнения от внесения в запись или передачу исполнения каких-либо изменений, которые искажают целостность восприятия исполнения.

Интеллектуальные права изготовителя фонограммы включают право на указание имени (наименования) на материальных носителях фонограмм (их упаковке), право на защиту записи от искажения и право на опубликование фонограммы, выпуск в обращение.

Исключительное право на исполнение действует в течение всей жизни исполнителя, но не менее 50 лет, считая с 1 января, следующего за годом, в котором осуществлены исполнение либо его запись, либо передача в эфир или по кабелю. Исключительное право на фонограмму действует в течение 50 лет с 1 января года, следующего за годом, в котором была осуществлена запись (либо обнародована фонограмма).

Эти сроки отвечают нормам о минимальных сроках на исполнение и фонограммы, предусмотренным Соглашением по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (п. 5 ст. 14)¹.

Гражданский кодекс РФ расширил сферу смежных прав, включив в нее дополнительно **права изготовителя базы данных** и **права публикатора** на произведения науки, литературы и искусства, обнародованные публикатором после их перехода в общественное достояние.

Права изготовителя базы данных не следует смешивать с авторскими правами на базы данных, которые охраняются как составные произведения, созданные в результате творческого труда составителя. Основным условием охраны прав изготовителя базы служит вложение «существенных» материальных и организационных ресурсов. Право изготовителя базы данных действует 15 лет, считая с 1 января года, следующего за годом ее создания.

Права публикатора возникают у гражданина, который впервые опубликовал (организовал опубликование) ранее не публиковавшееся и находящееся в общественном достоянии произведение, относящееся к кругу произведений, охраняемых авторским правом. Права публикатора действуют 15 лет.

Сфера действия смежных прав, хотя и основывается на общих принципах охраны, использования и распоряжения исключительным правом в соответствии со ст. 1229 ГК РФ, однако дифференцируется по отдельным видам объектов.

¹ СПС «КонсультантПлюс».

Смежные права охраняются в Российской Федерации, если охраняемый объект прав был создан на ее территории, если субъектом прав является гражданин Российской Федерации или российское юридическое лицо, а также на основе международных договоров РФ.

Смежные права граждан Российской Федерации — исполнителей, производителей фонограмм, а также юридических лиц, имеющих официальное место нахождения на территории Российской Федерации, признаются независимо от места первого исполнения, как и места первого опубликования фонограммы (критерий гражданства).

Исключительное право на сообщение или телепередачу организаций эфирного и кабельного вещания признаются при наличии двух условий:

- 1) организация имеет официальное место нахождения на территории Российской Федерации;
- 2) выходит в эфир (кабельную сеть) с помощью передатчиков, также расположенных в России.

При этом имеется в виду право на передачу, созданную самой организацией или другой организацией по ее заказу за счет ее средств.

Следовательно, права **иностранных исполнителей** — артистов, певцов, музыкантов, танцоров, режиссеров-постановщиков спектаклей, дирижеров, иных исполнителей музыкальных или литературных произведений **охраняются российским правом**, если первое исполнение имело место на территории Российской Федерации (аналогично решен вопрос в Украине, Киргизии). Равно это относится к исполнителям, чье исполнение записано на охраняемую в России фонограмму, или (не будучи записанным) впервые прозвучало в охраняемой передаче в эфире или по кабельному вещанию. В иных случаях охрана исключительного права на исполнение может быть предоставлена на основе международного договора РФ.

Нормы ГК РФ о действии исключительного права на исполнение на территории Российской Федерации отвечают правилам Римской конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (ст. 2 и 4), обязывающим страны-участницы предоставлять **национальный режим охраны артистам-исполнителям**.

Территориальный критерий действует и в отношении фонограммных прав иностранных граждан и иностранных организаций.

Условием признания смежных прав зарубежных производителей фонограмм служит *первое опубликование фонограммы в Российской Федерации либо официальное место нахождения звукозаписывающей организации (юридического лица) на территории Российской Федерации.*

Под **опубликованием фонограммы** в соответствии с ГК РФ понимается выпуск в обращение ее экземпляров в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики, исходя из характера фонограммы.

Такая норма включена в законодательство и других стран СНГ. Иные условия признания исключительных прав основываются на международных договорах.

Особые условия установлены для признания исключительных прав иностранного изготовителя (гражданина или юридического лица) базы данных и публикатора. Они основаны, по существу, на так называемом принципе взаимности. Исключительное право иностранного изготовителя базы данных и иностранного публикатора признается в России при условии, что законодательством соответствующего иностранного государства предоставляется российскому гражданину (юридическому лицу) охрана исключительного права на эти объекты (ст. 1336 ГК РФ).

2. Международные договоры РФ в сфере охраны смежных прав. Россия участвует в трех международных договорах:

- 1) в Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г. (Женевская конвенция);
- 2) Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. (Римская конвенция);
- 3) Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам.

Основной целью *Женевской конвенции* является объединение усилий стран-учредителей для борьбы с пиратством — незаконным (без согласия производителя) производством и распространением копий фонограмм, включая ввоз таких копий с целью их распространения (ст. 2). Конвенция полностью опирается на внутренние нормы. За государствами-участниками сохраняется право определения юридических мер, посредством которых должно быть обеспечено применение Конвенции на территории государства (ст. 3). Для иностранных правообладателей она действует в каждой стране с момента ее вступления в силу в этой стране — в России с 13 марта 1995 г.

Римская конвенция направлена на согласование интересов обладателей охраняемых смежных прав, которые сталкиваются при создании определенных произведений: исполнителей («лиц, которые... участвуют в исполнении литературных и художественных произведений»), производителей фонограмм, вещательных организаций.

Объекты охраны — исполнение, фонограммы, передачи в эфир. Как и большинство международных конвенций в области охраны интеллектуальной собственности, данная Конвенция, в принципе, исходит из предоставления зарубежным обладателям смежных прав национального режима той страны, где испрашивается охрана.

Государство-участник обязано также обеспечить на территории своей страны минимальный уровень охраны смежных прав, предусмотренный Конвенцией. Причем для каждой категории смежных прав определены критерии предоставления охраны и минимальный объем предоставляемых прав. Например, каждое государство-участник обязано предоставить охрану зарубежным артистам-исполнителям при соблюдении следующих условий: исполнение имело место в другом договаривающемся государстве, исполнение записано на охраняемой фонограмме или (не будучи записанным на фонограмме) распространяется путем охраняемой передачи в эфир.

Предоставляемая артистам-исполнителям охрана включает право воспрепятствовать передаче их исполнения в эфир или публичному сообщению, записи исполнения и воспроизведению записи без их согласия за установленными исключениями. Условия охраны и объем охраны определены также для зарубежных производителей фонограмм и организаций вещания.

Минимальный срок действия охраны, установленный Римской конвенцией, — 20 лет. Этот срок исчисляется с конца года, в котором была осуществлена запись исполнения, включенного в фонограмму, или исполнялось произведение, не записанное на фонограмму, или прозвучала передача в эфире. Российское законодательство об охране смежных прав формировалось с учетом уровня охраны, установленного Конвенцией, и с этой точки зрения не было препятствий для вступления России в Конвенцию.

После распада СССР отношения между странами Содружества строятся на общих принципах и нормах межгосударственного сотрудничества. При этом, однако, новые независимые государства стремятся к признанию взаимных обязательств, направленных на

защиту интересов бывших сограждан Союза, оказавшихся по разные стороны границ.

Решению этих задач, в частности, призвано служить *Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав*, которое было заключено в Москве одиннадцатью странами СНГ 24 сентября 1993 г. В него вошли Азербайджан, Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан, Туркмения, Узбекистан, Украина. Позднее — 10 февраля 1995 г. — к нему присоединилась Грузия. Соглашение открыто для подписания другими странами, ранее входившими в СССР.

Учитывая, что СССР участвовал во Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1952 г., все страны подтвердили, что они считают себя связанными ее положениями. Причем вытекающие из Конвенции обязательства признаются действующими на территории договаривающихся государств с 27 мая 1973 г., т.е. с даты вступления ее в силу для бывшего СССР. Вместе с тем предусмотрено, что во взаимных отношениях договаривающихся государств положения Конвенции будут применяться также к произведениям, «охранявшимся по законодательству стран-участниц до этой даты на условиях предоставления национального режима» (т.е. с обратной силой).

В отношении сроков охраны Соглашение исходит из того, что может быть применен *принцип материальной взаимности*, т.е. государство, где испрашивается охрана, не обязано предоставлять охрану на более продолжительный срок, чем срок охраны, установленный в стране происхождения. Кроме того, предусматривается:

- совместная работа по борьбе с незаконным использованием объектов авторского права и смежных прав;
- принятие мер по созданию и функционированию национальных авторско-правовых организаций, решение вопросов об избежании двойного налогообложения авторского вознаграждения, определении порядка взаимных расчетов и принятии мер для своевременного их осуществления.

3. Наряду с многосторонними конвенциями Россия заключила со многими странами новые **двусторонние соглашения о взаимной охране авторских прав**. Для примера можно привести Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Армения

о взаимной охране авторских прав (Москва, 25 июня 1993 г.)¹, Соглашения с Австрией, Швецией, Польшей, Словакией, Чехией и рядом других стран.

§ 4. Патентное право

1. Патентные права — это интеллектуальные права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы.

Гражданский кодекс РФ, в принципе, закрепляет уже сложившуюся в России систему патентной охраны, что немаловажно для правоприменительной практики, ее стабильности. Изменения и дополнения, которые внесены в нормативное регулирование патентно-правовых отношений, корреспондируются с общими нормами гл. 69 ГК РФ. Они направлены, прежде всего, на усиление защиты прав авторов, других правообладателей и значительно более полное регулирование имущественного оборота патентных прав.

К патентным правам (новое понятие, введенное ГК РФ по аналогии с субъективными авторскими и смежными правами) относятся:

- право авторства;
- право на получение патента (впервые выделено как самостоятельное право);
- исключительное право на изобретение, полезную модель, промышленный образец.

Автором изобретения, полезной модели, промышленного образца могут быть признаны только конкретные физические лица, творческим трудом которых созданы эти технические новшества (ст. 1347 ГК РФ).

Критерием творческого вклада служит создание технического или художественно-конструкторского новшества, отвечающего требованиям, предъявляемым к охраняемым объектам. Если в создании такого объекта участвовало несколько человек, все они считаются авторами (соавторами) независимо от степени творческого участия каждого из них. Величина творческого вклада влияет на определение доли имущественных благ, получаемых каждым из авторов (вознаграждения, патентных или лицензионных платежей).

¹ Бюллетень международных договоров. 1994. № 5.

Право авторства неотчуждаемо и непередаваемо. Отказ от этого права ничтожен (ст. 1356 ГК РФ).

Официальным документом, подтверждающим патентные права на объекты всех трех видов, служит **патент**. Патент удостоверяет личные права автора — его авторство, имущественные права патентообладателя — исключительное право на охраняемый патентом объект, приоритет изобретения, полезной модели, промышленного образца.

В условиях выдачи и действия патента в зависимости от вида охраняемого объекта имеются определенные различия:

- патент на изобретение действует в течение 20 лет с даты подачи первоначальной заявки (т.е. даты поступления правильно оформленной заявки в патентное ведомство);
- патент на полезную модель — в течение 10 (ранее по Патентному закону РФ¹ — пяти) лет с правом продления не более чем на следующие три года;
- патент на промышленный образец действует в течение 15 (ранее по Патентному закону РФ — 10) лет с правом продления этого срока не более чем на 10 лет.

Продление 20-летнего срока действия патента на изобретение возможно, *если патент выдан на лекарственные средства, пестициды и агрохимикаты*. Эта норма была введена в 2003 г. в целях решения конкретных практических проблем. Дело в том, что запатентованные лекарственные средства, пестициды и агрохимикаты, для применения которых необходима апробация компетентных органов, допускаются к использованию только после такой апробации, удостоверенной в установленном порядке компетентными органами (сертификатами Минздрава России и т.п.). На практике такая апробация нередко затягивается на несколько лет, и в результате к моменту получения необходимых сертификатов срок реального действия полученного патента практически уже истек. Разработчики (затратившие, как правило, значительные средства на создание патентуемой новинки) уже не могли воспользоваться своей законной монополией.

¹ Патентный закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3517-1 // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2319.

Срок действия такого патента по ходатайству патентообладателя продлевается патентным ведомством на период, исчисляемый с даты подачи заявки до даты получения первого разрешения на применение продукта за вычетом пяти лет. Максимальный срок продления ограничен пятью годами. Запись о продлении срока действия вносится в патент, который возвращается патентообладателю. Соответствующие записи вносятся также в Государственный реестр изобретений РФ и публикуются в официальном бюллетене патентного ведомства.

Патентная охрана предоставляется объектам, отвечающим установленным в ГК РФ требованиям, подтвержденным *государственной регистрацией*, которая возложена на патентное ведомство. ГК РФ не вносит существенных изменений в эти требования, а также в процедуру самой регистрации патентных прав. Следует лишь обратить внимание на новый перечень технических решений, которые вообще не могут охраняться патентами (п. 4 ст. 1349). Это способы клонирования человека, а также модификации генетической целостности клеток зародышевой линии человека, использование человеческих эмбрионов в промышленных и коммерческих целях, иные решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали.

На территории Российской Федерации признаются исключительные права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, удостоверенные российскими патентами, а также зарубежными патентами, имеющими силу в России в соответствии с международными договорами (ст. 1346 ГК РФ).

2. Первоначальное право на получение патента принадлежит автору. Оно может перейти к другому лицу в порядке универсального правопреемства по общим нормам гражданского права. Автор может передать свое право на получение патента по договору (в том числе по трудовому договору). Такой договор заключается в письменной форме под страхом его недействительности. Причем, если стороны не договорились иным образом, риск получения в последующем отказа патентного ведомства на выдачу патента (вследствие непатентоспособности заявленного изобретения, полезной модели или промышленного образца) принимает на себя заявитель.

В отличие от Патентного закона РФ в ГК РФ четко и полно (хотя и не исчерпывающе) раскрыто *содержание исключительного права*, т.е. имущественных правомочий патентообладателя: в течение все-

го срока действия исключительного права патентообладатель может сам использовать изобретение, полезную модель, промышленный образец любыми не противоречащими закону способами, в том числе способами, указанными в п. 2 ст. 1358 ГК РФ. Кроме того, что практически самое важное — он может также самостоятельно *распоряжаться своим исключительным правом*, которое действует до прекращения действия патента (п. 1 ст. 1363).

После распада Советского Союза на территориях бывших союзных республик сложилась ситуация, когда ни в одной из них не действовала республиканская охрана прав промышленной собственности.

В большинстве стран СНГ основополагающие акты были приняты уже в 1992–1993 гг. При их разработке были восприняты многие нормы российских законов, что обуславливает сходство правовых режимов охраны промышленных прав в странах СНГ. В то же время очевидно, что российские законы также не претендуют на какую-то оригинальную патентную систему, а базируются преимущественно на унифицированных понятиях и правилах патентного законодательства европейских стран. В настоящее время почти во всех странах СНГ действует новое или обновленное патентное законодательство¹.

¹ В Республике Армения — Закон «О патентах» 1993 г. (Ведомости Верховного Совета Республики Армения. 1993. № 15–16. Ст. 276), в Республике Беларусь — Закон «О товарных знаках и знаках обслуживания» 1993 г. (Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1993. Ст. 128, 129), Закон «О географических указаниях» 2002 г. (Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2002. № 84. Ст. 2/876); Закон «О патентах на промышленные образцы» (Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1993. № 11. Ст. 119, 120), Закон «О патентах на изобретения и полезные модели» 1997 г. (Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1997. № 27. Ст. 47; 1998. № 5. Ст. 26); в Республике Казахстан — Патентный закон 1992 г. (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1995. № 20. Ст. 120), Закон «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» 1999 г. (Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1999. № 21. Ст. 776), в Республике Кыргызстан — законы 1998 г.: Патентный закон (Ведомости Жогорку Кенеша Республики Кыргызстан. 1998. № 3. Ст. 69) и Закон «О товарных знаках, знаках обслуживания, наименованиях мест происхождения товаров» (Ведомости Жогорку Кенеша Республики Кыргызстан. 1998. № 3. Ст. 68), в Республике Молдова — Закон «О патентах на изобретения» 1995 г. (Официальный монитор Республики Молдова. 1995. № 53–54. Ст. 60), Закон «О товарных знаках и наименованиях мест происхождения то-

Основные положения об охране прав промышленной собственности включены в гражданские кодексы стран СНГ, за исключением Гражданского кодекса Туркменистана. В Гражданском кодексе Белоруссии, Гражданском кодексе Киргизии и Гражданском кодексе Узбекистана эти разделы имеют структуру, аналогичную соответствующим разделам части третьей Модели ГК для стран СНГ.

Аналогичные нормы содержатся в законодательстве других стран СНГ (ст. 36 Закона Республики Армения, ст. 4 Закона Украины об охране прав на изобретения и полезные модели, ст. 4 Закона Украины об охране прав на промышленные образцы, ст. 37 Патентного закона Республики Казахстан, ст. 39 Патентного закона Республики Кыргызстан, ст. 41 Патентного закона Республики Молдова).

Предоставляемая иностранным гражданам и организациям возможность равной охраны их исключительных прав относится как к кругу объектов, объему охраняемых прав, так и к способам их реализации и защиты.

Специальные правила касаются представительства лиц, постоянно проживающих вне России, а также иностранных юридических лиц, имеющих постоянное местонахождение за пределами России. Дела таких граждан и юридических лиц, связанные с защитой патентных прав, ведут *российские патентные поверенные*, за исключением случаев, когда международным договором предусмотрено для

варов 1995 г. (Официальный монитор Республики Молдова. 1996. № 8–9. Ст. 76), Закон «Об охране промышленных рисунков и моделей» 1996 г. (Официальный монитор Республики Молдова. 1997. № 10–11. Ст. 118, 119), в Республике Таджикистан — Закон «О товарных знаках и знаках обслуживания» 1991 г. (Ведомости Верховного Совета Республики Таджикистан. 1992. № 4. Ст. 41, 42), в Республике Туркменистан — Патентный закон 1993 г. (Ведомости Меджлиса Туркменистана. 1993. № 9–10. Ст. 62), в Республике Узбекистан — Закон «Об изобретениях, полезных моделях и промышленных образцах» 1994 г. (Ведомости Верховного Совета Республики Узбекистан. 1994. № 5. Ст. 138), Закон «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» 2001 г. (Собрание законодательства Республики Узбекистан. 2001. № 17. Ст. 114); в Республике Украина — законы 1993 г. в редакции Закона «О внесении изменений в некоторые законы Украины по вопросам интеллектуальной собственности 2000 года» (Ведомости Верховной Рады Украины. 2001. № 8. Ст. 37); Закон «Об охране прав на изобретения и полезные модели», Закон «Об охране прав на промышленные образцы», Закон «Об охране товарных знаков для товаров и услуг» (Ведомости Верховного Совета Украины. 1994. № 7. Ст. 32, 34, 36), Закон «Об охране прав на указание происхождения товаров» (Ведомости Верховного Совета Украины. 1999. № 32. Ст. 267).

этой категории заявителей право самостоятельно вести дела с патентным ведомством.

Правительство РФ заключило двусторонние соглашения с правительствами Азербайджана, Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Украины и Узбекистана о сотрудничестве в области охраны промышленной собственности. Граждане и юридические лица этих стран, подавая заявки на получение российского патента, не обязаны обращаться к услугам патентных поверенных России. Они могут это сделать сами либо через своих патентных поверенных. Российские граждане и юридические лица могут также непосредственно вести дела в патентных ведомствах сотрудничающих стран.

Российская патентная система охраны патентных прав радикально отличается от той системы, которая долгие годы доминировала в СССР, когда действовали две формы охраны: авторское свидетельство (свидетельство на промышленный образец) и патент. Авторское свидетельство закрепляло исключительные права за государством. За автором же признавались личные права и ряд социальных льгот, а из имущественных прав только право на нормированное вознаграждение. Хотя патент формально и выполнял свою функцию охранного документа, закрепляющего исключительные права патентообладателя, однако реализация таких прав не вписывалась в экономические условия хозяйствования, при которых практически отсутствовал свободный рыночный оборот. Поэтому в то время патент имел номинальное значение и был рассчитан в основном на иностранных заявителей — импортеров новых технологий. В то же время в силу авторского свидетельства ни автор, ни само предприятие, где было разработано изобретение или промышленный образец, не получали исключительного права на объекты, защищенные авторским свидетельством. Последние могли свободно использоваться любой государственной и общественной организацией, что отвечало административно-командной системе общественных отношений. Юридически такой правовой режим промышленной собственности сохранялся до 1 июля 1991 г., когда вступил в действие Закон СССР от 31 мая 1991 г. № 2213-1 «Об изобретениях в СССР»¹. Однако практически патентная система начала действовать в России только после принятия Патентного закона РФ в 1992 г.

¹ Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. № 25. Ст. 703.

Бывшие союзные республики, став независимыми государствами, также пошли по пути введения на своих территориях универсальной патентной защиты промышленных прав.

3. Введение единой патентной охраны создало юридические условия не только для широкого включения патентных прав в развивающийся внутренний рыночный оборот, но и во внешнеэкономические отношения, а также для привлечения иностранных инвестиций в совместные разработки высокзатратных технологий.

Заявка о выдаче патента подается в патентное ведомство на русском языке. В большинстве стран СНГ — на официальном языке страны. Остальные документы, прилагаемые к заявке: описание изобретения (промышленного образца, полезной модели), чертежи, реферат, а также иные материалы — могут быть поданы иностранным заявителем с приложением перевода на русский язык. Перевод следует представить в установленный срок.

По общему правилу заявочный приоритет устанавливается по дате поступления правильно оформленной заявки в патентное ведомство.

Иностранные заявители из государств — участников Парижской конвенции могут использовать предоставляемую Конвенцией льготу по приоритету — конвенционный приоритет. В этом случае заявка на изобретение и полезную модель должна поступить в патентное ведомство, где испрашивается патент, не позднее 12 месяцев со дня подачи первой правильно оформленной заявки, а на промышленный образец — не позднее шести месяцев. Этот срок при наличии уважительных причин (когда заявитель по не зависящим от него обстоятельствам не смог уложиться в 12 или, соответственно, в шесть месяцев) может быть продлен, но не более чем на два месяца.

В соответствии с Парижской конвенцией дата подачи заявки в одной из стран-участниц признается датой, определяющей приоритет последующих заявок на тот же объект, поданных тем же заявителем или его правопреемником в других странах — участницах Конвенции.

Для использования приоритетной льготы заявитель должен приложить к заявке «заявление на приоритет», указав в нем номер первой заявки, на которую он ссылается, дату испрашиваемого приоритета, код страны подачи заявки по стандарту ВОИС. Срок подачи заверенной копии первой заявки не может превышать 16 месяцев

с даты подачи заявки в иностранное патентное ведомство государства — участника Парижской конвенции.

4. Только патентообладатель вправе использовать запатентованное решение и распорядиться принадлежащим ему правом. Распоряжение исключительным правом на запатентованное научно-техническое или художественно-конструкторское решение включает право его обладателя:

- передать другому лицу это исключительное право;
- разрешить другому лицу использование охраняемого объекта (выдать лицензию).

В обоих случаях основанием распоряжения исключительным правом служит **гражданско-правовой договор**, который в первом случае будет договором об отчуждении исключительного права (договором об отчуждении патента), а во втором — лицензионным договором.

По договору об отчуждении патента патентообладатель передает исключительные права на патент в полном объеме другому физическому или юридическому лицу. В этом случае на основе сингулярного правопреемства происходит замена патентообладателя.

Лицензионный договор имеет две разновидности. На основе этого договора патентообладатель (лицензиар) может предоставить пользователю (лицензиату) исключительную либо неисключительную лицензию на использование изобретения, полезной модели или промышленного образца.

По исключительной лицензии лицензиат получает исключительное право использовать объект договора в обусловленном объеме на обусловленной территории. При этом лицензиар не вправе выдать еще кому-либо лицензию, но сам он может использовать предмет договора в обусловленных пределах. За ним сохраняется право на использование лишь в пределах, не передаваемых лицензиату (на другой территории, в другой технической отрасли и т.п.). Поэтому во избежание споров, в особенности в договорах с иностранным участием, следует очень четко определять способы и пределы использования, на которые лицензиат получает исключительные права.

При неисключительной лицензии лицензиар, разрешая использование запатентованного изобретения, полезной модели, промышленного образца в обусловленном в договоре объеме, сохраняет за собой все права, вытекающие из патента, включая выдачу лицензии третьим лицам, не нарушая интересов первого лицензиата.

И договор об отчуждении патента, и лицензионный договор заключаются в письменной форме и подлежат обязательной регистрации в патентном ведомстве (ст. 1369 ГК РФ). Сведения о зарегистрированном договоре вносятся, соответственно, в Государственный реестр изобретений РФ, в Государственный реестр полезных моделей РФ, в Государственный реестр промышленных образцов РФ. Несоблюдение требования о регистрации влечет недействительность договора (п. 2 ст. 1234 ГК РФ, п. 2 ст. 1235 ГК РФ), наступают последствия, предусмотренные ст. 165 ГК РФ.

Договор вступает в силу с момента его регистрации. В соответствующем официальном бюллетене патентного ведомства публикуются: дата и номер регистрации, определение сторон договора, предмет договора, объем передаваемых прав.

Презюмируется *возмездный характер* как договора об отчуждении исключительного права, так и лицензионного договора. Стороны могут договориться и иным образом. В случае заключения возмездного договора к его существенным условиям ГК РФ (п. 3 ст. 1234, п. 5 ст. 1235) относит согласование сторонами размера вознаграждения (как за передачу прав, так и за предоставление разрешения на использование предмета договора). В зависимости от договоренности сторон лицензионное вознаграждение обычно выплачивается либо в виде твердой суммы, либо в виде периодических (сжемессячных, ежеквартальных) процентных отчислений от выручки, прибыли, объема продаж готовой продукции и т.п.

Заключаться договоры могут с даты решения о выдаче патента (свидетельства) и до окончания срока его действия.

Элементы обязательственных отношений, связанных с передачей исключительных прав, содержатся и в других договорах, предмет которых является создание новых технологий или использование охраняемых объектов интеллектуальной собственности. К ним относятся договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, договоры о передаче технологий, а также договоры коммерческой концессии (гл. 54 ГК РФ), или «комплексной предпринимательской лицензии» — «франчайзинг» (гл. 53 Гражданского кодекса Белоруссии, гл. 56 Гражданского кодекса Узбекистана) и др. В России договор коммерческой концессии, предусматривающий предоставление прав на использование изобретения, полезной модели, промышленного образца, подлежит обязательной регистрации в патентном ведомстве (ст. 1028 ГК РФ).

5. В России, как и в других странах СНГ, автор (его правопреемник) вправе подать заявку в зарубежное патентное ведомство любой страны. Однако предварительно, если изобретение или иной объект были созданы в стране заявителя, он обязан подать первую заявку в патентное ведомство своей страны.

Зарубежное патентование обычно диктуется коммерческими интересами патентообладателя (выходом на внешний рынок со своей продукцией, в которой применены охраняемые технические или художественно-конструкторские решения; возможностью продажи лицензий и др.). Получение патента и поддержание его в силе требует *затраты определенных валютных средств*, как правило весьма значительных. Все расходы по патентованию в рублях и валюте несет заявитель.

Для патентования за рубежом изобретения, полезной модели или промышленного образца необходимо *соблюдать правила российского законодательства* о подаче заявок в зарубежные патентные ведомства. Кроме того, необходимо иметь в виду, что:

- 1) в каждой стране защита объектов промышленной собственности осуществляется по закону этой страны (территориальное действие патентного законодательства);
- 2) условия зарубежного патентования определяются также правилами международных договоров, в которых участвует страна как заявителя, так и патентования.

Зарубежная заявка на изобретение или полезную модель, созданные в России, может быть подана не ранее шести месяцев после подачи российской (национальной) заявки в российское патентное ведомство. В течение этого периода *проверяются материалы заявки с точки зрения защиты государственных интересов*. В случае обнаружения в ней сведений, которые могут быть отнесены к государственной тайне, заявитель не позднее шести месяцев извещается об имеющихся возражениях против зарубежного патентования.

Что касается санкций за нарушение правил патентования, то пока по этому поводу можно сослаться лишь на Патентный закон Республики Кыргызстан. Он предусматривает, что в случае подачи в зарубежные страны или международные организации заявки на объект промышленной собственности, созданный в Республике, с нарушением порядка, установленного Законом, охранный документ на данный объект промышленной собственности не выдается (ст. 38).

Процесс получения за рубежом патента на изобретение или полезную модель значительно облегчен для тех заявителей, которые могут воспользоваться международной заявкой в соответствии с процедурой, установленной Договором о патентной кооперации 1970 г., а также Евразийской патентной конвенцией 1994 г. Зарубежное патентование созданных в России изобретений и полезных моделей в соответствии с этими договорами допускается *без предварительной подачи российской (национальной) заявки на патентуемые решения*. Эти правила распространяются на международные заявки (в которых Россия указана в качестве одной из стран патентования), поданные в Роспатент, а также евразийские заявки, поданные в Евразийское патентное ведомство через Роспатент. В Российской Федерации международная заявка подается через российское патентное ведомство. Заявка составляется в соответствии с требованиями Договора, в частности, в ней следует указать страны, где заявитель желает получить патент.

Подавая заявку за рубеж, следует также иметь в виду льготы, связанные с конвенционным и выставочным приоритетом, предоставляемые заявителям из стран — участниц Парижской конвенции.

Кроме того, процедура получения патента в двух и более европейских странах может быть существенно облегчена подачей *заявки на получение Европейского патента* (с соблюдением отечественного законодательства) независимо от того, является ли страна заявителя участницей Европейской патентной конвенции 1973 г.

Следует отметить, что до 1990 г. советский гражданин не имел права свободного выхода на зарубежное патентование и не мог быть обладателем иностранного патента на изобретение, защищенное в Союзе авторским свидетельством. Действовал специальный порядок патентования советских изобретений за границей, обязывающий авторов после получения патента (решения зарубежного патентного ведомства о выдаче патента) переуступать его «патентующей организации», которая определялась компетентными советскими органами.

6. Прекращение и восстановление действия патента. В течение всего срока действия патента он может быть оспорен и признан недействительным полностью или частично по следующим основаниям:

- 1) охраняемый объект не отвечает условиям патентоспособности;
- 2) неправомерно расширена его формула;

- 3) при нарушении прав кого-либо из заявителей в случае совпадения даты приоритета по нескольким идентичным заявкам;
- 4) в патенте неправильно указаны авторы или патентообладатели.

Возражения по этим основаниям против выдачи патента рассматриваются патентным ведомством.

Споры об авторстве или о неправильном указании патентообладателя, как и другие гражданско-правовые споры, связанные с охраной и использованием патента, рассматриваются в судах.

Патент, признанный недействительным на основании решения патентного ведомства или суда, аннулируется. При частичной недействительности выдается новый патент (например, с уточненной формулой, с указанием действительных авторов). При полной недействительности патент аннулируется и признается недействительным с самого начала, что отвечает мировой практике.

ГК РФ вносит существенное дополнение в правила, касающиеся правовых последствий аннулирования патента. Из судебной практики хорошо известно, сколь острой является проблема урегулирования прав и обязанностей сторон по лицензионным договорам в случаях признания патента, на основе которого заключен такой договор, недействительным, особенно если учесть, что патент недействителен и аннулируется со дня подачи заявки, т.е. с самого начала. Возникает в связи с этим ряд вопросов, на которые в Патентном законе РФ не было прямого ответа. В их числе:

- вопросы о том, обязан ли лицензиар вернуть полученные лицензионные платежи;
- обязан ли лицензиат выплатить задержанные им платежи;
- с какого момента прекращается действие заключенных лицензионных договоров;
- можно ли вообще считать, что в этих случаях лицензионный договор был действителен в течение какого-то времени.

По новым правилам лицензионные договоры, заключенные на основе патента, признанного впоследствии недействительным, *сохраняют свое действие в той мере, в какой они были исполнены к моменту вынесения решения о недействительности.*

Такой подход обусловлен правовым характером самого решения об аннулировании патента. Оно принимается патентным ведомством, т.е. государственным органом, является публично-правовым актом, который вступает в действие с момента его принятия.

Не все патенты сохраняют силу до истечения максимального срока их действия. **Патент может утратить силу досрочно:**

- 1) когда патентообладатель отказался от поддержания патента;
- 2) когда пропущен установленный срок для уплаты ежегодной пошлины.

Отказ от патента оформляется путем подачи патентообладателем заявления в патентное ведомство. Отказ от патента возможен в любое время, однако (хотя об этом ничего не говорится в ГК РФ) он не должен нарушать интересы лицензиатов. В иностранном патентном законодательстве на этот счет можно встретить специальные правила, предусматривающие, что без согласия указанных лиц отказ от патента не регистрируется. Патентовладелец должен представить доказательства, подтверждающие, что он согласовал отказ с заинтересованным лицом. В противном случае отказ регистрируется через определенный срок, в течение которого могут быть заявлены возражения третьих лиц против досрочного прекращения действия патента.

При досрочном прекращении действия патента вследствие неуплаты патентной пошлины допускается его восстановление. Ходатайство о восстановлении должно быть подано в патентное ведомство лицом, которому принадлежал патент, в течение трех лет с даты истечения срока уплаты пошлины, но до истечения общего срока действия патента.

Право на восстановление патента — это существенная льгота для обладателей тех патентов, возможность использования которых выявляется не сразу, а спустя какое-то время после их выдачи. Однако для защиты интересов тех лиц, которые в период, когда патент не действовал, начали использовать запатентованное изобретение, полезную модель или промышленный образец (либо сделали необходимые к этому приготовления), введен так называемый *институт послепользования*.

Этот институт аналогичен праву преждепользования — традиционной форме ограничения исключительных прав. Послепользователь (как и преждепользователь) сохраняет право на безвозмездное дальнейшее использование запатентованного новшества и после даты опубликования сведений о восстановлении патента, но без расширения объема использования. Следует, однако, отметить, что послепользователь применяет запатентованное чужое решение, тогда как преждепользователем признается обладатель самостоятельно

созданного творческого результата, который он своевременно не запатентовал.

7. Защита прав авторов и патентообладателей. Споры, связанные с защитой нарушенных или оспариваемых патентных прав, рассматриваются в судебном порядке в соответствии с общими правилами процессуального законодательства о подведомственности гражданско-правовых споров.

В ГК РФ воспроизведен из Патентного закона РФ примерный перечень таких споров, в частности, об авторстве, об установлении патентообладателя, о праве преждепользования, о праве послепользования и др.

Дела, связанные с оспариванием решений патентного ведомства, вынесенных в процессе рассмотрения заявки на получение патента, а также связанные с оспариванием выданных патентов, предварительно рассматриваются в административном порядке патентным ведомством и палатой по патентным спорам. Решение патентного ведомства может быть обжаловано в суд.

К нарушителям патентных прав применяются, соответственно, общие нормы части четвертой ГК РФ о защите личных неимущественных прав (ст. 1251) и о способах защиты исключительных прав (ст. 1252).

В отличие от общих норм о деликтной ответственности требование о пресечении действий, нарушающих патентные права или создающих угрозу их нарушения, может быть заявлено правообладателем и подлежит удовлетворению *независимо от вины нарушителя и за его счет* (ст. 1250 ГК РФ). Патентообладатель, чьи права признаны нарушенными, вправе потребовать публикации в официальном бюллетене патентного ведомства о неправомерном использовании изобретения, полезной модели, промышленного образца или об ином установленном нарушении его прав.

Уголовные санкции за нарушение патентных прав предусмотрены ст. 147 Уголовного кодекса РФ «Нарушение изобретательских и патентных прав».

8. Международные договоры.

8.1. Одним из первых международных договоров европейских стран в сфере исключительных прав стала *Парижская конвенция по охране промышленной собственности* 1883 г. Россия участвует в Конвенции во всех ее редакциях.

Парижская конвенция является наиболее представительным договором по составу участников. Кроме того, она охватывает широкий круг объектов промышленной собственности, в том числе: изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и наименования места происхождения. Основная цель Конвенции — облегчить гражданам и юридическим лицам взаимную защиту прав на охраняемые объекты промышленной собственности.

Участники Конвенции образовали Международный союз по охране промышленной собственности (Парижский союз). К гражданам Союза приравниваются граждане не участвующих в нем стран, если они имеют на территории одной из стран Союза место жительства, «действительные или серьезные предприятия».

К *важнейшим конвенционным правам*, которые государства — участники Конвенции обязаны предоставить гражданам и организациям этих государств, относятся:

- право иностранцев пользоваться теми же правами, которые имеют в данной области собственные граждане и организации страны, где испрашивается охранный документ (национальный режим);
- право на получение конвенционного приоритета;
- право на получение выставочного приоритета;
- право изобретателя на указание его имени в патенте.

Конвенция содержит ряд материально-правовых норм, определяющих *допустимые ограничения исключительных прав*:

- об условиях свободного использования изобретений и промышленных образцов;
- о праве преждепользования;
- о принудительных лицензиях и др.

8.2. Договор о патентной кооперации (принятая аббревиатура — *PCT — Patent cooperation treaty*). Участником договора может стать любое государство — участник Парижской конвенции. Договор призван упростить и удешевить национальную процедуру выдачи патента (свидетельства) на изобретение или полезную модель.

В этих целях предусмотрена возможность подачи одной так называемой международной заявки, в которой указываются все страны, где заявитель испрашивает охрану. Все стадии экспертизы по желанию заявителя проводятся централизованно (международный поиск, международная предварительная экспертиза и др.). Эти

функции возлагаются на определенные патентные ведомства стран-участниц, обладающие необходимой материальной базой. В частности, российское патентное ведомство выполняет функции Международного поискового органа и Органа международной предварительной экспертизы по международной заявке, поданной в соответствии с процедурой, установленной Договором. Тем самым исключается необходимость подачи заявки в каждое национальное ведомство, где заявитель заинтересован получить патент. Правильно оформленная международная заявка имеет силу национальной заявки в каждом указанном государстве.

Полная экспертиза международной заявки проходит две стадии:

- 1) международную фазу;
- 2) национальную фазу.

На международной стадии проверяются формальные требования, предъявляемые к международной заявке, проводится международный поиск и международная предварительная экспертиза. Эти функции выполняет одно из «получающих ведомств», к числу которых относится и Российское патентное ведомство. По завершении формальной экспертизы получающее ведомство пересылает один экземпляр заявки в Международное бюро ВОИС. Результаты международного поиска оформляются в виде отчета о «поиске» и сообщения о патентоспособности заявленного изобретения, которые направляются заявителю и в Международное бюро ВОИС.

Национальная стадия рассмотрения заявки в каждом национальном ведомстве начинается после того, как заявитель представит в установленные сроки перевод заявочных материалов (на язык страны патентования) и оплатит национальные пошлины в те ведомства, где он испрашивает патент. Для совершения этих действий установлен срок — не позднее 30 месяцев с даты приоритета.

Однако заключения уполномоченных ведомств являются предварительными. Окончательное решение по заявке с учетом полученных материалов (которые могут быть подвергнуты проверке) принимают национальные патентные ведомства, выдающие патенты.

8.3. Договор о патентном праве 2000 г. и Инструкция к Договору о патентном праве¹ не содержат материальных норм. В них предусмотрены унифицированные правила, касающиеся, прежде всего,

¹ СПС «КонсультантПлюс».

оформления заявочных материалов и иных документов, связанных с процедурой рассмотрения международных заявок в рамках Договора о патентной кооперации. Участником Договора может стать любое государство, которое является участником Парижской конвенции об охране промышленной собственности или членом ВОИС.

8.4. В Москве на заседании Совета глав правительств 9 сентября 1994 г. была подписана региональная *Евразийская патентная конвенция*, которая вступила в силу для России 27 сентября 1995 г. Ее участниками являются бывшие республики Советского Союза, территории которых ранее, до распада Союза, представляли единое патентное пространство, где действовало общее законодательство об охране изобретений. В этом особенности процесса создания Евразийской патентной конвенции.

В нее вошли: Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан и Украина. Конвенция относится только к изобретениям и «учреждает Евразийскую патентную систему», целью которой является выдача *единого патента*, действующего на территории всех стран — участниц Конвенции.

Для выполнения административных задач, связанных с функционированием *Евразийской патентной системы*, и выдачи патентов создана Евразийская патентная организация, находящаяся в г. Москве. Официальным языком организации признан русский.

Основными нормативными документами Евразийской системы наряду с Конвенцией являются:

- Патентная инструкция¹;
- Положение о пошлинах Евразийской патентной организации²;
- Административная инструкция³;
- Положение о евразийских патентных поверенных⁴.

Конвенция и Инструкция к ней не только определяют процедуру получения патента, но и содержат достаточно детальные материальные нормы:

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² Вестник Роспатента: проблемы интеллектуальной собственности. 1996. № 3.

³ Там же.

⁴ Там же.

- требования, предъявляемые к патентоспособным изобретениям;
- правила о предоставлении конвенционного и выставочного приоритета (с отсылкой к ст. 4 Парижской конвенции);
- правила о правомочиях патентообладателя;
- правила об определении объема правовой охраны;
- правила о толковании формулы изобретения и др.

Срок действия евразийского патента — 20 лет с даты подачи заявки.

Евразийская патентная система не затрагивает национальные системы. Выбор патента (евразийского или только национального) предоставляется заявителю. Кроме того, имеются прямые отсылки к национальному законодательству, в частности, гражданско-правовая и иная ответственность за нарушение евразийского патента в каждом договаривающемся государстве определяется его национальным законодательством.

Разрешение споров о нарушении патента, действительности патента и осуществлении патентных прав отнесено к компетенции национальных судов (или других компетентных органов в данной стране). Решение, вынесенное национальным органом государства, имеет силу на его территории.

Заявка на евразийский патент подается заявителями из стран-участниц через национальное патентное ведомство, если это предусмотрено законодательством этой страны. Заявка может быть также подана непосредственно в Евразийское ведомство. Если заявитель не имеет постоянного места жительства или постоянного места нахождения на территории какого-либо договаривающегося государства, он должен быть представлен патентным поверенным, зарегистрированным в Евразийском ведомстве.

Рассмотрение заявки и выдача патента осуществляются по системе *отсроченной экспертизы*. Патент выдается на основании положительного решения экспертизы, проведенной по существу заявленного изобретения, при условии уплаты пошлины за выдачу патента и его публикацию. Ведомство ведет Реестр евразийских патентов, в частности, в него вносятся сведения о выданных патентах и обо всех изменениях его правового статуса, а также о выданных лицензиях.

Пошлины за поддержание патента в силе после его выдачи уплачиваются ежегодно на дату, соответствующую дню подачи заявки.

Для продолжения действия патента патентовладелец должен указать государства, в которых он намерен поддерживать действие патента, о чем следует уведомить Евразийское ведомство одновременно с уплатой пошлины. Пошлина за поддержание патента в силе в каждом указанном государстве уплачивается непосредственно Евразийскому ведомству.

Российское патентное ведомство в рамках Евразийской конвенции выполняет функции, связанные с получением, проверкой и пересылкой евразийской заявки в Евразийское патентное ведомство.

Россия заключила двусторонние соглашения с отдельными странами СНГ, в частности, межправительственные соглашения с Арменией, а также с Украиной о сотрудничестве в области охраны промышленной собственности, в которых предусматривается как упрощение самой процедуры взаимного патентования, так и ряд дополнительных льгот, а также содействие в становлении национальных патентных систем.

8.5. Существенным этапом европейской патентной интеграции стало принятие Европейской патентной конвенции 1973 г. (вступила в силу 1 июня 1978 г.), которая предусматривает выдачу единого европейского патента. Россия не является ее участницей. Однако условия Конвенции не препятствуют российским заявителям получать европейский патент на свои изобретения, что широко используется в практике защиты российских изобретений в странах Европы.

В рамках Конвенции создано Европейское патентное ведомство в г. Мюнхене. Этот международный орган ведет всю работу, связанную с рассмотрением заявок на европейский патент и его выдачей. Патент действует во всех договаривающихся странах (которые были указаны в заявке) как национальный.

Споры с Европейским патентным ведомством по поводу выдачи патента, а также толкования правил Конвенции подсудны Суду Европейского сообщества. Споры, связанные с действительностью патента, нарушением прав патентообладателя и др., рассматриваются национальными судебными органами. Патент действует 20 лет со дня подачи заявки. Выдача европейского и национального патента на одно и то же изобретение не допускается.

§ 5. Право на товарный знак и знак обслуживания

1. Законодательство РФ понимает под **товарными знаками** словесное, изобразительное, объемное, другие обозначения, выполненные в любой цветовой гамме и служащие для индивидуализации — отличия товаров (или услуг) одних производителей от товаров (услуг) других производителей.

К товарным знакам приравниваются **знаки обслуживания**, используемые организациями и гражданами-предпринимателями, деятельность которых заключается в оказании различных услуг (гостиницы, прачечные, транспортные предприятия, туристические бюро и др.).

Установлена *регистрационная система охраны товарных знаков*. Правовая охрана предоставляется на основании государственной регистрации знака российским патентным ведомством или на основании международной регистрации в силу международного договора. Регистрационная система означает, что право на защиту товарного знака не может быть обосновано не только охраной тождественного товарного знака за рубежом, но и его фактическим использованием на территории Российской Федерации (при импорте товаров, экспонировании на выставках без последующей своевременной регистрации и т.п.) в силу принципа территориального действия охраны товарных знаков.

Согласно п. 3 ст. 6 Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. «знак, надлежащим образом зарегистрированный в какой-либо стране Союза, рассматривается как независимый от знаков, зарегистрированных в других странах Союза, включая страну происхождения».

2. На зарегистрированный товарный знак выдается *свидетельство, которое удостоверяет приоритет товарного знака и исключительное право на товарный знак* в отношении товаров, указанных в свидетельстве.

На товарные знаки, охраняемые в соответствии с международным договором РФ — Мадридским соглашением, — свидетельства не выдаются.

Срок действия свидетельства — 10 лет с даты поступления заявки на регистрацию. Практически же охрана знака не ограничена во времени, поскольку владелец свидетельства может неоднократно возобновлять регистрацию на очередные 10 лет при условии своев-

ременной подачи об этом заявления в патентное ведомство и уплаты пошлины. Срок действия международной регистрации — 20 лет с правом неограниченного дальнейшего продления при условии уплаты пошлины.

Основное требование, предъявляемое к изображению регистрируемого знака, — отличительные свойства, с помощью которых достигается индивидуализация маркируемых товаров. Соответственно, не допускается регистрация товарного знака, не обладающего различительной способностью.

В ГК РФ детально регламентированы и другие основания, по которым заявленное обозначение не может быть признано охраноспособным в качестве товарного знака (ст. 1483 ГК РФ). В том числе согласно условиям Парижской конвенции по охране промышленной собственности (ст. 6 *ter*) не допускается регистрация обозначений, воспроизводящих государственную символику, а также символику международных организаций.

Обмен информацией о таких обозначениях осуществляется странами-участниками через Международное бюро ВОИС. Не допускается регистрация ложных обозначений, способных ввести в заблуждение потребителя товаров, противоречащих общественным интересам, принципам гуманности и морали, что отвечает общепризнанным нормам мирового оборота.

В России товарный знак может быть зарегистрирован на имя юридического лица или гражданина, занимающегося предпринимательской деятельностью. Специальные правила установлены для регистрации «коллективных товарных знаков» на имя объединений предприятий (союзов, хозяйственных объединений и т.п.) для обозначения продукции, выпускаемой (или реализуемой) предприятиями, входящими в объединение.

Иностранные обладатели товарных знаков пользуются правами на охрану, использование и защиту товарных знаков на основе международных договоров РФ.

3. В России заявка на регистрацию товарного знака подается в патентное ведомство на русском языке или с приложением перевода на русский язык. Перевод должен быть представлен не позднее трех месяцев со дня поступления заявки. Иностранные заявители, постоянно проживающие за границей, ведут дела, связанные с регистрацией товарных знаков, через патентных поверенных. В соответствии с двусторонними соглашениями между странами СНГ до-

пускается взаимная подача заявок на регистрацию непосредственно заявителем.

Иностранные заявители могут зарегистрировать товарный знак в России как путем подачи заявки в Роспатент, так и на основе международной заявки, поданной в Международное бюро ВОИС.

Российские заявители также могут получить охрану товарных знаков в зарубежных странах на основе международной регистрации. Для международной регистрации знака (помимо уплаты национального сбора) требуется предварительная уплата международной пошлины, включающая:

- основную пошлину;
- дополнительную пошлину за каждый класс товаров или услуг (сверх трех), для которых применяется знак;
- добавочную пошлину за каждое заявление о территориальном расширении охраны.

Российские и иностранные заявители могут также воспользоваться льготами Парижской конвенции по конвенционному и выставочному приоритету. Для товарных знаков приоритетная льгота по обоим основаниям составляет шесть месяцев, соответственно, со дня подачи первой заявки или со дня открытого показа экспоната, на котором помещен товарный знак, на официально признанной международной выставке, проходящей на территории одного из государств — участников Парижской конвенции. Приоритет товарного знака также может устанавливаться по дате международной регистрации товарного знака в соответствии с международными договорами РФ.

4. Исключительное право на товарный знак, удостоверенное государственной регистрацией, означает, что его обладатель может использовать зарегистрированный товарный знак (в соответствии со ст. 1229 ГК РФ) любым не противоречащим закону способом и распоряжаться своим исключительным правом. Открытый перечень способов использования товарных знаков дан в п. 2 ст. 1484 ГК РФ.

Существенным условием действия исключительного права на товарный знак является **требование об обязательном использовании товарного знака самим владельцем или другим лицом по договору с владельцем** (ст. 1486 ГК РФ). Если товарный знак не применялся (без уважительных причин) для маркировки соответствующих товаров в течение любых трех лет после его государственной регистрации, то

по требованию заинтересованного лица его регистрация может быть прекращена досрочно в отношении всех товаров или части товаров.

Использованием товарного знака в целях подтверждения своего исключительного права признается его использование самим правообладателем, лицом, которому такое право предоставлено на основании лицензионного договора (лицензиатом), либо *другим лицом, осуществляющим использование товарного знака под контролем правообладателя* в целях его введения в гражданский оборот.

До принятия ГК РФ в Законе РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (ст. 22) предусматривались два способа надлежащего использования товарного знака: самим правообладателем или лицензиатом¹.

Гражданский кодекс РФ, по сути, легализовал еще один вариант — **использование товарного знака «под контролем правообладателя» третьими лицами**, что особенно актуально для иностранных правообладателей.

В международной торговле одним из основных договоров, посредством которых осуществляется продвижение и (или) организация сбыта товара иностранного производителя на зарубежной территории, является *дистрибьюторский договор*. В связи с этим в российской судебной практике неоднократно возникали дела по спорам, возбуждаемым заинтересованными лицами, о досрочном прекращении действия товарного знака иностранного правообладателя, экспортирующего свой товар, маркированный российским товарным знаком, через дистрибьютора.

Мотивируя свои требования, истец обычно указывал на отсутствие лицензионного договора между правообладателем и дистрибьютором на использование товарного знака. Хотя лицензионный договор в этом случае не требовался, поскольку экспорт товара через дистрибьютора осуществляется по прямому договору с правообладателем товарного знака, т.е. «под его контролем». Иной подход к толкованию ст. 22 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» противоречил ее смыслу, поскольку главная цель введения обязательного использования — обеспечить фактическое (реальное) функционирование

¹ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2322. Документ утратил силу.

охраняемого товарного знака в гражданском обороте, избавить национальные и международные реестры от «мертвых» знаков.

С принятием части четвертой ГК РФ эта позиция, сформировавшаяся в российской судебной практике, получила легальное закрепление в ст. 1486 Кодекса.

5. Распоряжение исключительным правом на товарный знак осуществляется на основе гражданско-правовых договоров:

- об отчуждении исключительного права на товарный знак (договор об уступке товарного знака);
- о предоставлении права использования товарного знака (лицензионный договор);
- о коммерческой концессии.

Договор об отчуждении исключительного права на товарный знак может быть заключен в отношении всех (полная уступка) или части товаров, для которых он зарегистрирован. Отчуждение исключительного права не допускается, если это может ввести потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя.

Лицензионный договор о предоставлении права использования товарного знака в определенных договором пределах также может быть заключен в отношении всех или отдельных видов товаров, внесенных в реестр. Российский закон возлагает на лицензиата обязанность выпускать лицензированный товар не ниже качества товара лицензиара. Последнему предоставлено право контроля за выполнением этого условия. По требованиям, предъявляемым к лицензиату как изготовителю товаров, лицензиат и лицензиар несут солидарную ответственность.

Оба договора подлежат обязательной регистрации в патентном ведомстве. Без такой регистрации они считаются недействительными.

Договор коммерческой концессии — новый договорный институт, введенный ГК РФ (гл. 54). Основным обязательством, определяющим особенности договора, является предоставление «правообладателем» «пользователю» комплекса исключительных прав на использование объектов интеллектуальной собственности. Договор коммерческой концессии заключается с целью создания новых хозяйственных комплексов — магазинов, ресторанов, гостиниц и т.п. под фирмой правообладателя. Согласно новой редакции ст. 1027 ГК РФ обязательным условием договора становится предоставление права использовать комплекс исключительных прав, включающий

права на *товарный знак и (или) знак обслуживания, коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау)*. Как и в прежней редакции, этот перечень открытый. Стороны могут предусмотреть в договоре передачу прав и на другие объекты исключительных прав изобретения, промышленные образцы, программы ЭВМ.

Следует отметить, что в сложившейся практике и ранее типичным для этого договора было включение в его предмет права использовать товарный знак (знак обслуживания) для товаров, которые будет выпускать (продавать) пользователь, или для оказываемых им услуг. Хотя договор мог охватывать и другие объекты интеллектуальной собственности: например, изобретения, промышленные образцы (охраняемую внешнюю форму изделия) или программу для ЭВМ.

Договор заключается в письменной форме. Кроме того, поскольку передаются права на товарный знак, договор подлежит обязательной регистрации в патентном ведомстве. При несоблюдении этого требования (как и письменной формы) договор считается ничтожным, и наступают последствия, предусмотренные ст. 165 ГК РФ.

6. Права владельца свидетельства на товарный знак защищаются от незаконного использования охраняемого знака в судебном порядке в соответствии с общими нормами ГК РФ о защите гражданских прав, общими и специальными нормами, предусмотренными гл. 69 (ст. 1252 и 1253) и гл. 76 (ст. 1515) Кодекса.

Незаконным использованием признается использование без разрешения правообладателя товарного знака или сходного с ним обозначения в гражданском обороте на территории Российской Федерации. Имется в виду использование товарного знака для индивидуализации тех товаров (услуг), для которых этот знак был зарегистрирован, или однородных товаров. Товары, упаковки товаров, этикетки, на которых незаконно размещены товарные знаки или сходные с ними обозначения, признаются контрафактными.

Правообладатель, исключительные права которого нарушены, вправе потребовать:

- прекращения нарушения;
- возмещения убытков от нарушителя или выплаты компенсации;
- изъятия из оборота и уничтожения за счет нарушителя контрафактных товаров;

- публикации судебного решения в целях восстановления деловой репутации.

7. Общеизвестные товарные знаки. Процедура признания и охраны «общеизвестных товарных знаков» в соответствии с требованиями ст. 6 *bis* Парижской конвенции регулируется специальными нормами, предусмотренными в ст. 1508 и 1509 гл. 76 ГК РФ.

Общеизвестным может быть признан как охраняемый на территории Российской Федерации товарный знак (в силу государственной регистрации или международного договора), так и обозначение, используемое в качестве товарного знака, но не имеющее в России правовой охраны. Для такого признания должно быть установлено, что товарный знак «в результате интенсивного использования» стал широко известным (узнаваемым) среди соответствующих потребителей товаров, выпускаемых под этим знаком, в частности, благодаря большому торговому обороту и интенсивной рекламе.

Охрана общеизвестному товарному знаку предоставляется на основании решения патентного ведомства, которое принимается по заявлению обладателя знака. При положительном решении заявителю выдается свидетельство на общеизвестный товарный знак, действующее бессрочно.

8. Международные договоры в области охраны товарных знаков.

8.1. Основной международный договор — Мадридское соглашение о международной регистрации знаков 1891 г. Россия участвует также в *Договоре о законах по товарным знакам* 1994 г., в *Ницком соглашении о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков*¹ 1957 г. Товарные знаки входят в круг объектов Парижской конвенции об охране промышленной собственности.

Текст Мадридского соглашения неоднократно пересматривался, последние изменения внесены 28 сентября 1979 г. Действует также Инструкция к Мадридскому соглашению, детализирующая положения Соглашения.

1 декабря 1995 г. вступил в силу Протокол к Мадридскому соглашению, а Инструкция была признана общей к Мадридскому соглашению и к Протоколу (была пересмотрена в 1998 г., последние

¹ Ницкое соглашение о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков. Публикация № 292 (R). Женева: Всемирная организация интеллектуальной собственности, 1992.

изменения вступили в силу 1 декабря 2008 г.). Россия стала участницей Протокола в июне 1997 г. Мадридская система призвана *облегчить процедуру регистрации товарных знаков на территории стран-участниц*.

Международная заявка должна отвечать требованиям, установленным Соглашением, Протоколом и Инструкцией. Заявка подается в Международное бюро ВОИС через национальное ведомство страны заявителя (в России через патентное ведомство) по установленной форме на официальном бланке. До международной регистрации товарный знак должен быть зарегистрирован в стране происхождения.

Если Международное бюро считает, что международная заявка соответствует предъявляемым к ней требованиям, оно регистрирует знак в Международном реестре и уведомляет об этом все ведомства тех государств, которые указаны в заявке, а также национальное ведомство, представившее заявку. Датой регистрации считается дата подачи заявки в стране происхождения, если Международное бюро получило заявку в течение двух месяцев с момента подачи. В противном случае заявка регистрируется по дате ее получения Международным бюро. Информация о зарегистрированных заявках публикуется в ежемесячном бюллетене ВОИС.

Международная регистрация снимает необходимость подачи заявки в каждой стране, где заявитель заинтересован в охране своего знака. Однако за национальными ведомствами сохраняется право отказать в предоставлении охраны в отношении всех или части товаров, включенных в заявку. Отказ допустим только по тем основаниям, которые в соответствии с Парижской конвенцией предусмотрены национальным законодательством также для отказа в регистрации знака по национальной заявке.

В случае признания зарегистрированного международного знака недействительным его владельцу должна быть своевременно предоставлена возможность защиты своих прав. Решение о признании товарного знака недействительным сообщается в Международное бюро, которое вносит в международный реестр запись о признании международной регистрации недействительной.

8.2. Перспективным шагом в развитии международного сотрудничества является подписание **Сингапурского договора о законах по товарным знакам 2006 г.** Сингапурский договор заменил для его участников Договор о законах по товарным знакам 1994 г.

Договор применяется к знакам, состоящим из обозначений, которые в соответствии с законодательством страны-участницы могут быть зарегистрированы в качестве товарного знака или знака услуг. Договор не применяется к коллективным, сертификационным и гарантийным знакам. В основном этот Договор посвящен унификации правил оформления заявок на товарные знаки и знаки услуг, правил внесения изменений в регистрацию товарных знаков (имен, адресов, владельцев), включая продление сроков действия регистрации, правил регистрации лицензионных договоров.

При этом Россия остается в Договоре о законах по товарным знакам 1994 г. Этот международный договор остается в силе для отношений участников Сингапурского договора с теми государствами, которые не вступили еще в Сингапурский договор, что прямо предусмотрено ст. 27 Сингапурского договора.

На территории стран СНГ действуют также международные договоры, в которых ранее участвовал СССР. Законодательство стран СНГ предусматривает соответствующие положения, необходимые для выполнения договорных обязательств.

§ 6. Право на наименование места происхождения товара

Это новый объект исключительных прав, охрана которого введена в России, а также в большинстве других стран СНГ в 90-х гг. XX в. Требования, предъявляемые к обозначениям, охраняемым в качестве наименования происхождения товара, установлены в ст. 1516 ГК РФ.

Согласно п. 1 ст. 1516 под наименованием места происхождения товара понимается название (как современное, так и историческое, официальное и неофициальное) любого географического объекта — страны, населенного пункта, местности и т.п., ставшее известным в результате его использования.

Основные условия охраны:

- непосредственная связь уникальных свойств товара с особенностями природных условий географической среды (климат, состав воды, почвы и т.п.) того места, откуда происходит товар;

- человеческий фактор, в который включаются производственные навыки, многолетние ремесленные традиции (например, вятская игрушка, брюссельские кружева).

Особые свойства товара могут быть обусловлены как влиянием одного из них, так и обоих факторов одновременно.

Эти правила (согласно ст. 1516) теперь распространяются также на «обозначение, которое позволяет идентифицировать товар как происходящий с территории определенного географического объекта, хотя и не содержит наименование этого объекта». В связи с этим следует отметить, что расширение условий охраны наименования места происхождения товара отвечает содержащемуся в *Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС)*¹ понятию «географические указания» (ст. 22).

В международной практике под географическим указанием понимается как наименование места происхождения (обладающее особыми природными свойствами), так и указание на известное место изготовления товара (не обязательно связанное с природными свойствами этого места).

По этому пути пошло законодательство отдельных стран СНГ. Так, в Белоруссии соответствующий закон называется Закон «О географических указаниях».

В России действует **регистрационная система охраны наименований**. Исключительное право на использование наименования на территории России признается на основе регистрации заявленного обозначения в патентном ведомстве, «а также в других случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации» (п. 1 ст. 1517 ГК РФ).

В соответствии с Парижской конвенцией по охране промышленной собственности 1883 г. *иностранным правообладателям предоставляется национальный режим*. Географические указания объектов, находящихся в иностранном государстве, могут получить охрану в качестве наименования при условии их охраны в стране происхождения, что должно быть подтверждено соответствующими документами. Если иностранный предприниматель хочет защитить наименование места происхождения своих товаров, поставляемых в Рос-

¹ Сокращенное наименование — ТРИПС — аббревиатура от начальных букв его английского названия.

сию, он должен подать заявку в патентное ведомство на получение «свидетельства на право пользования» этим обозначением. К заявке должны быть приложены документы, подтверждающие его право на заявленное обозначение в стране происхождения товара. Аналогичные требования содержатся в законах других стран СИГ, предусматривающих охрану географических обозначений.

Правовой режим охраны наименований места происхождения товаров имеет существенные отличия от охраны товарных знаков. Суть в том, что основанием для признания исключительных прав на наименование служат фактические обстоятельства, связанные с производством продукции в данных условиях, что предполагает возможность одновременного использования этих условий несколькими независимыми производителями.

Процедура регистрации включает два этапа:

- 1) если наименование не зарегистрировано, то заявитель должен подать в патентное ведомство заявку, во-первых, на регистрацию самого места происхождения товара и, во-вторых, на предоставление ему права пользоваться обозначением места происхождения товара. Патентное ведомство (на основании положительного решения экспертизы по заявке) производит регистрацию наименования в Государственном реестре наименований мест происхождения товаров и выдает заявителю свидетельство на право пользования наименованием;
- 2) если наименование уже зарегистрировано на имя какого-либо производителя, то последующие производители товара, находящиеся в том же географическом месте и выпускающие товар с теми же свойствами, могут получить на свое имя свидетельство на право пользования зарегистрированным наименованием.

Таким образом, своеобразие правового режима охраны наименований выражается в том, что *исключительное право на одно и то же наименование может одновременно принадлежать разным лицам*. Правообладатель может только сам использовать охраняемое наименование, но не может распорядиться своим правом (выдать лицензию или уступить свидетельство).

Свидетельство действует в течение 10 лет, считая с даты поступления заявки в патентное ведомство. Срок действия свидетельства может быть продлен каждый раз на последующие 10 лет.

Наименование используется таким же образом, как и товарный знак: путем обозначения на товарах, упаковке, в документации и т.п. Нарушением исключительных прав владельца свидетельства признается использование зарегистрированного или сходного обозначения лицом, не обладающим свидетельством, на любых товарах, если это может ввести в заблуждение потребителя относительно места происхождения товара и особых свойств товаров.

Споры о незаконном использовании наименования рассматриваются в судебном порядке.

* * *

Интенсивное развитие европейской экономической интеграции идет по пути расширения обмена не только высокими технологиями, но и результатами интеллектуальной деятельности, охраняемыми патентным и авторским правом. Существенным элементом такого обмена становится интеллектуальный продукт, что оказывает определяющее влияние на дальнейшее развитие международного сотрудничества в области исключительных прав, которое утрачивает свою изолированность. Этот новый этап знаменуется заключением Соглашения по торговым аспектам защиты прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС). Оно входит в комплекс взаимосвязанных основных документов, составляющих Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации (ВТО) 1994 г.¹

Отмечая особенности Соглашения ТРИПС, специалисты прежде всего указывают на то, что охрана исключительных прав в нем тесно увязана с многосторонними торговыми правами в рамках единой международной торговой организации. При этом одним из основных его принципов является соблюдение членами ВТО обязательств по многосторонним договорам об охране интеллектуальной собственности: Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г., Римской конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. и Договора в отношении

¹ Действующее международное право. Т. 3. С. 162–173.

интегральных схем (в последнем ни Россия, ни другие страны СНГ не участвуют).

Из основополагающих принципов следует также обратить внимание на обязательства участников Соглашения предоставить гражданам других государств-участников не только национальный режим, но и режим наибольшего благоприятствования.

В отличие от других международных договоров в этой области Соглашение охватывает широкий круг объектов интеллектуальной собственности: изобретения, авторские и смежные права, товарные знаки, географические указания (особо выделяется охрана географических указаний для вин и крепких спиртных напитков), промышленные образцы, топологии интегральных микросхем, конфиденциальная информация.

Предусмотрены материальные нормы, обязывающие страны-участницы установить определенный уровень охраны этих объектов.

Кроме того, что также является существенным новшеством, Соглашение содержит раздел, посвященный осуществлению исключительных прав. Он включает положения о гражданско-правовой и административной защите прав интеллектуальной собственности, а также особые требования в отношении пограничных мер — таможенных правил, предусматривающих меры по защите прав интеллектуальной собственности.

Контрольные вопросы

1. Каковы основные особенности института исключительных прав? Какими правомочиями обладают владельцы исключительных прав?
2. Какие права предоставляются в России зарубежным авторам, артистам-исполнителям и производителям фонограмм?
3. Какие объекты промышленной собственности охраняются российским законодательством? Какие действия третьих лиц признаются нарушением исключительных прав на товарные знаки?
4. В каких международных договорах в области охраны интеллектуальной собственности участвуют Россия и страны СНГ?
5. Какие основные льготы предоставляются Парижской конвенцией об охране промышленной собственности гражданам и юридическим лицам стран — участниц Конвенции?

Рекомендуемая литература

1. *Богуславский М.М.* Международное частное право. М., 2003.
2. *Гаврилов Э.П.* Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. М., 2002.
3. *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003.
4. *Дюмулен Н.И.* Всемирная торговая организация. М., 1997.
5. *Законодательство Европейского союза об авторском праве и смежных правах. Сборник директив Европейского парламента и Совета в области авторского права и смежных прав.* М., 2002.
6. *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959.
7. *Права на результаты интеллектуальной деятельности: сборник документов / сост. и авт. вступит. ст. В.А. Дозорцев.* М., 1994.
8. *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 1996.
9. *Симкин Л.С.* Программы для ЭВМ: правовая охрана. М., 1998.

Глава 10

Договорные обязательства

§ 1. Общие вопросы

1. Правовое регулирование договорных обязательств занимает особое место в международном частном праве. Это обусловлено ролью и значением гражданско-правовых договоров в регулировании отношений с участием иностранных партнеров. Такие договоры заключаются, прежде всего, в предпринимательской сфере, но имеют также немалый удельный вес и в иных областях, не связанных с коммерческой деятельностью, например договоры, заключаемые для удовлетворения личных потребностей физических лиц.

В сфере внешнеэкономических связей они охватывают внешнеторговый обмен, научно-технические связи, сотрудничество в кредитно-финансовой сфере, осуществление совместных строительных проектов, выполнение других работ и оказание различных услуг. Рамки и виды такого сотрудничества постоянно расширяются.

С учетом предмета и характера отношений для оформления и регулирования их используются договоры купли-продажи, аренды, финансовой аренды (лизинга), кредитные договоры, договоры поручения, комиссии, страхования, факторинга, международных перевозок пассажиров и грузов, оказания транспортно-экспедиционных услуг и другие. Договорами оформляется и обмен результатами интеллектуальной деятельности.

От состояния правового регулирования гражданско-правовых обязательств международного характера во многом зависит эффек-

тивность международного сотрудничества, правовая защищенность юридических и физических лиц, являющихся участниками заключаемых договоров.

Для российских предпринимателей и других лиц, имеющих деловые контакты с иностранными партнерами, существенные изменения в регулировании этих отношений связаны с расширением круга субъектов, которые могут быть их участниками, наделением их значительными правами. С отменой государственной монополии внешней торговли, действовавшей в нашей стране в течение нескольких десятилетий, субъектами внешнеэкономических и иных гражданско-правовых отношений с иностранными участниками стали российские юридические лица различных организационно-правовых форм и любой отраслевой принадлежности. Развитие связей с другими странами, процессы демократизации жизни российских граждан способствовали активному вовлечению их в сферу международных контактов и связанных с ними обязательственных отношений. Все это нашло отражение в нормах российского международного частного права.

При анализе системы правового регулирования договорных отношений с иностранным элементом необходимо обратить внимание, во-первых, на терминологическую особенность в наименовании таких обязательств и, во-вторых, на ряд общих положений, характеризующих источники правового регулирования таких отношений.

В российском законодательстве и в правовой литературе применительно к договорным обязательствам с участием иностранных партнеров используются понятия «сделка» и «договор». Они близки по своему содержанию, но не тождественны.

Договор — это двусторонняя или многосторонняя сделка, выражающая согласованную волю лиц, участвующих в его заключении. Применительно к гражданско-правовым договорам с иностранным элементом в сфере внешнеэкономических связей наиболее часто употребляются понятия «внешнеторговая сделка», «внешнеэкономическая сделка». Сделки могут носить односторонний характер (когда достаточно выражения воли одного лица, например, при выдаче доверенности, рассматриваемой как односторонняя сделка) или двусторонний (многосторонний) характер.

Таким образом, понятие «сделка» шире понятия «договор», в котором участвуют как минимум две стороны. Исходя из содержания и характера рассматриваемых отношений, можно утверждать, что

в этих случаях при использовании указанных выше понятий речь обычно идет о двусторонних или многосторонних сделках, т.е. о договорах. Употребление в этих случаях термина «сделка», а не «договор» можно расценивать как дань сложившейся традиции наименования договоров в данной сфере, когда речь не идет о конкретном виде договора (купле-продаже, аренде, подряде и т.д.). И.С. Зыкин отмечает, что практически при использовании термина «сделка» применительно к отношениям во внешнеэкономической сфере имеется в виду договор¹.

Регулирование коллизионных вопросов, касающихся односторонних сделок, как правило, осуществляется отдельными нормами (см. ст. 1217 ГК РФ).

Вместе с тем есть нормы, в которых говорится о сделках вообще: действие их обычно распространяется и на односторонние, и на двусторонние (многосторонние) сделки. Примером может служить ст. 1209 ГК РФ, содержащая коллизионные нормы, определяющие право, подлежащее применению к форме сделки. Различия в формулировках конкретных положений, относящихся к сделкам, необходимо учитывать при применении соответствующих норм законодательства.

В международно-правовых актах нередко применяется понятие «международный коммерческий договор». Его можно рассматривать как собирательное — охватывающее различные виды договоров, используемых для регулирования международных экономических отношений, за исключением договоров, заключаемых в потребительских целях (например, по приобретению товаров гражданами для личного потребления или использования). Это наименование указанных договоров не отражает каких-либо их принципиальных отличий от названных выше договоров (сделок).

2. Регулирование договорных обязательств в сфере международных отношений (отношений, осложненных иностранным элементом) имеет ряд существенных особенностей.

В качестве важнейшего правила закреплено **положение об автономии воли сторон, вступающих в договорные отношения**. Это касается возможности самостоятельного выбора сторонами, заключающими договор, применимого права, которым будут регулироваться их от-

¹ См.: Зыкин И.С. Договор во внешнеэкономической деятельности. М., 1990. С. 5.

пошения, а также определения содержания, порядка исполнения и последствий ненадлежащего исполнения договорных обязательств.

До недавнего времени единообразие правового регулирования достигалось только путем разработки и принятия договаривающимися государствами в рамках универсальных и региональных организаций международных конвенций. Примером могут служить *Гаагские конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже товаров*, 1955 г. и 1986 г., *Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам*, 1980 г., *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров* 1980 г., *Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам*, 1994 г. и др.

После присоединения государств к таким международным документам их правила становились обязательными для всех организаций и предпринимателей данной страны.

Российская Федерация является участницей многих из них. В силу ст. 15 Конституции РФ и ст. 7 ГК РФ эти международные договоры рассматриваются как составная часть правовой системы России и имеют приоритет перед нормами внутреннего законодательства (см. гл. 2 учебника).

В правовом регулировании договорных обязательств между юридическими и физическими лицами разных стран в области внешнеэкономических связей наряду с использованием коллизионных норм широко применяются **унифицированные материально-правовые нормы прямого действия**. Применение унифицированных международных норм способствует единообразию условий соответствующих договоров, устраняет разноречивость в регулировании однотипных отношений, что неизбежно при применении норм национального законодательства разных государств, имеющего различия, и тем самым создает необходимую правовую базу для эффективного и равноправного международного сотрудничества.

Особенностью современного периода является использование наряду с международно-правовой унификацией автономной системы регулирования отношений, возникающих в процессе заключения и исполнения международных коммерческих контрактов, так называемого **метода частноправовой унификации**¹. Прослеживается тен-

¹ Подробнее см.: *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. М., 2002. С. 49 и след.

денция к расширению применения этого метода. Суть его состоит в том, что правительственные и неправительственные организации разрабатывают на основе и с учетом сложившихся обычаев делового оборота документы, имеющие рекомендательную силу (типовые общие условия, регламенты, рекомендации). Унификация в этом случае достигается путем единообразного применения таких документов участниками международных коммерческих контрактов.

В отличие от международных конвенций, применение которых осуществляется на основании волеизъявления участвующих в них государств, единообразное применение документов, имеющих рекомендательный характер, происходит в результате обращения к ним самих участников делового оборота. Этому способствует авторитет организаций, создающих такие источники частноправовой унификации¹. К ним относятся: *Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА)* 2004 г., *Принципы Европейского договорного права* 1998 г., *Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов (Инкотермс* в редакции 2000 г.), *Унифицированные правила и обычаи для документарного аккредитива* (в редакции 1993 г.), *Унифицированные правила по инкассо* (в редакции 1995 г.) и ряд других (см. § 1 гл. 11 учебника).

Имеют свою специфику условия применения международных договоров, регулирующих обязательственные отношения между юридическими и физическими лицами разных стран:

- 1) действие соответствующих актов распространяется на хозяйствующих субъектов и других лиц, вступающих в договорные отношения, при условии, если государства, к которым относятся эти субъекты (лица), являются участниками соответствующего международного договора. Указанные акты могут применяться и в регулировании договорных обязательств между лицами, государства которых не являются участниками определенного международного договора. Для этого стороны должны сделать в договоре отсылку к соответствующему акту как источнику регулирования их отношений. В таком случае нормы избранного ими международно-правового акта будут иметь для них силу договорных условий;

¹ См.: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. С. 85 и след.

- 2) международные соглашения (договоры) по общему правилу носят для участников договорных отношений диспозитивный характер. В связи с этим стороны вправе избрать в качестве применимого право любой страны, в том числе и третьих стран, не участвующих в данном соглашении. Необходимо только, чтобы воля сторон в подобном случае была достаточно четко и ясно выражена в их соглашении;
- 3) подчиненность гражданского договора конкретному международно-правовому акту не исключает применения в определенных случаях норм национального права, поскольку любой международный акт регулирует складывающиеся между сторонами отношения неисчерпывающим образом. Национальное право применяется в таких случаях на субсидиарной основе.

При отсутствии соглашения сторон о применимом праве данный вопрос решается на основе коллизионной нормы, определяемой юрисдикционным органом, компетентным разрешать споры, вытекающие из соответствующего договора или связанные с ним. Этот вопрос подлежит разрешению при отсутствии соглашения сторон о применимом праве как в тех случаях, когда их отношения не подчинены международно-правовому акту прямого действия (в этих случаях избирается на основе коллизионной нормы право регулирует весь комплекс взаимоотношений сторон), так и при наличии такого акта. В последнем случае определяется национальное законодательство, нормы которого подлежат субсидиарному применению наряду с соответствующим международным актом.

Для договорных отношений, складывающихся между партнерами из разных стран, характерно, кроме того, то, что возникающие между ними споры и разногласия разрешаются в большинстве случаев **международными арбитражными судами**, действующими в качестве третейских судов, или третейскими судами, избираемыми сторонами для рассмотрения конкретного дела (*ad hoc*). Это также проявление свободы воли сторон в определении порядка урегулирования возникающих между ними разногласий.

В Российской Федерации споры такой категории рассматриваются:

- Международным коммерческим арбитражным судом при ТПП РФ;
- Морской арбитражной комиссией при ТПП РФ;

- коммерческими арбитражами при торгово-промышленных палатах субъектов РФ (см. гл. 22 учебника).

3. Начавшийся в 90-е гг. прошлого столетия процесс либерализации российской экономики существенным образом затронул систему договорных (обязательственных) отношений в международной сфере, что нашло отражение в нормах российского законодательства.

В ГК РСФСР 1964 г. договорным обязательствам с участием иностранных лиц было посвящено всего три статьи: ст. 564, в которой говорилось о праве иностранных предприятий и организаций совершать в РСФСР сделки по внешней торговле и связанным с ней расчетным, страховым и иным операциям с советскими внешнеторговыми объединениями, которым было предоставлено право совершать такие сделки; ст. 565, определявшая закон, применяемый к форме сделки, и ст. 556, посвященная праву, применимому к обязательствам по внешнеторговой сделке.

В Основы ГЗ 1991 г. раздел, посвященный международному частному праву, был значительно расширен.

Содержавшееся в ГК РСФСР 1964 г. понятие «внешнеторговая сделка» было заменено понятием «внешнеэкономическая сделка», охватывающим более широкий круг договорных отношений. Это соответствовало международной практике сотрудничества организаций разных стран не только в области внешней торговли, но и в других сферах. В ст. 166 Основ ГЗ 1991 г. наряду с понятием «внешнеэкономическая сделка» использовался термин «договор». Он относился к конкретным видам договорных обязательств, для которых определялись соответствующие коллизионные привязки. В перечень таких договоров входили наряду с куплей-продажей договоры имущественного найма, хранения, поручения, дарения, залога, поручительства, перевозки, транспортной экспедиции и др.

Весьма важным было изменение критерия, в соответствии с которым должно определяться применимое право (при отсутствии соглашения сторон по этому поводу). В Основы ГЗ 1991 г. в качестве субсидиарной привязки предусматривалось применение права страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Для многих договоров содержалось указание той стороны договора, чье право должно применяться.

Проявившаяся в Основах ГЗ 1991 г. тенденция более развернутого и предметного регулирования договорных обязательств в международном частном праве получила дальнейшее развитие в части третьей ГК РФ. В нем нашли отражение многие основные принципы и институты современного международного частного права, положения международных договоров, сложившаяся отечественная и мировая практика.

В Кодексе, в отличие от действовавших ранее нормативных актов, коллизионные нормы определяют право, подлежащее применению к любым сделкам и договорам, осложненным иностранным элементом, без выделения внешнеэкономических сделок. Лишь в одном случае ГК РФ предусматривает особое регулирование для таких сделок, устанавливая специальные требования к их форме (подробнее см. в § 3 настоящей главы).

Как и в ранее действовавших нормативных актах, в новом ГК РФ не содержится легального определения внешнеэкономических сделок¹.

В научных исследованиях по этому вопросу высказывались различные точки зрения. Исследуя природу таких сделок, Л.А. Луиц писал: «К внешнеторговым сделкам и к правоотношениям по внешней торговле мы отнесли такие, в которых по меньшей мере одна из сторон является иностранцем (иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом) и содержанием сделки являются операции по ввозу или вывозу товаров за границу либо какие-нибудь подсобные операции, связанные с вывозом или ввозом товаров. Сюда относятся, прежде всего, договор купли-продажи товаров, подлежащих ввозу из-за границы или вывозу за границу, а также связанные с товарным экспортом или импортом сделки подряда, комиссии, перевозки, поклажи, кредитно-расчетные отношения, страхование и др.»². Основным признаком внешнеэкономической сделки признается здесь *наличие иностранного элемента*.

¹ Федеральный закон «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» понимает под внешнеторговой деятельностью по осуществлению сделок в области внешней торговли товарами, услугами, информацией и интеллектуальной собственностью.

² Луиц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа. М., 1972. С. 14.

Наряду с этим Л.А. Лунц отмечал, что понятие «внешнеторговая сделка» не может быть стабильным в условиях, когда виды внешнеэкономических отношений множатся, разнообразятся, изменяются¹.

Ряд ученых видят отличительную особенность внешнеэкономической сделки в различной национальности (государственной принадлежности) совершающих ее контрагентов. В.А. Мусин под внешнеторговыми понимает сделки, совершаемые в коммерческих целях лицами различной государственной принадлежности и влекущие возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, связанных с созданием, использованием или реализацией материальных благ или иных результатов человеческой деятельности².

В правовой литературе, изданной в последние годы, ряд авторов указывает на необходимость уточнения понятия внешнеэкономической сделки, ссылаясь на наличие соответствующих положений в действующих международных универсальных конвенциях (Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.) и в национальном законодательстве некоторых стран. Исходя из анализа этих документов, многие ученые склоняются к более общему определению внешнеэкономических сделок, под которыми понимаются совершаемые в ходе осуществления предпринимательской деятельности договоры между лицами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах³.

¹ См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права. М., 2002. С. 444.

² См.: Мусин В.А. Международные торговые контракты. Л., 1986. С. 15, а также: Елисеев И.В. Гражданско-правовое регулирование международной купли-продажи товаров. СПб., 2002. С. 81, 93.

³ Это определение внешнеэкономических сделок было предложено И.С. Зыкиным (см.: Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. С. 72) и поддержано другими учеными. Подробнее см.: Ануфриева Л.П. Международное частное право: в 2 т. М., 2000. Т. 2. С. 188–192; Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. 5-е изд., перераб. и доп. с изм. М., 2008. С. 255; Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право: учебник. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 2009. С. 287; Дмитриева Г.К. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей, разделу VI «Международное частное право». М., 2002. С. 171; Звеков В.П. Международное частное право: курс лекций. С. 276 и след.; Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки. Материально-правовое и коллизионное регулирование М., 2008. С. 5 и след.; и др.

В числе признаков, характеризующих внешнеэкономические сделки, отмечается *пересечение товаром, являющимся предметом сделки, государственной границы*. Это условие связано, как правило, с кругом участников внешнеэкономической деятельности, предприятия которых, как указывалось выше, находятся в разных странах. Однако на практике имеют место случаи, когда по условиям сделки, заключенной иностранными контрагентами, товар реализуется в пределах страны продавца (или изготовителя) и, таким образом, пересечение им государственной границы не имеет места.



Международным коммерческим арбитражным судом при ТПП РФ было рассмотрено дело, в котором российское угольное предприятие заключило договор на поставку угля с зарубежной фирмой. Отгрузка его производилась в адрес третьей организации, находящейся на территории Российской Федерации и состоявшей в договорных отношениях с иностранной фирмой, приобретавшей уголь у предприятия. Арбитражный суд квалифицировал подписанный российским предприятием и иностранной фирмой договор как внешнеэкономический, хотя пересечения товаром границы страны экспортера в этом случае не было.

Подобные ситуации дают основание сделать вывод о том, что рассматриваемый признак присущ большинству, но не является безусловно обязательным для всех внешнеэкономических сделок без исключения.

К критериям, характеризующим внешнеэкономические сделки, нередко относят и *валюту платежа*¹. Именно в таких сделках выбор валюты платежа осуществляется по соглашению сторон и хотя бы для одной из них она, как правило, является иностранной. Для большинства сделок этот критерий имеет существенное значение. Однако, как справедливо отмечается в литературе, его нельзя признать универсальным для всех без исключения договорных обязательств между субъектами разных стран и он может быть отнесен к факультативным признакам.

4. Новый ГК РФ содержит более развернутый перечень гражданско-правовых договоров, совершаемых в международной сфере, и

¹ Рассматриваемые признаки в ряде работ были признаны не имеющими решающего значения для характеристики внешнеэкономических сделок (см.: Зееков В.П. Международное частное право: курс лекций. С. 279).

формулирует соответствующие коллизионные нормы о праве, подлежащем применению к ним (ст. 1211).

В ряде статей разд. VI ГК РФ содержатся нормы, разрешающие конкретные вопросы, часто встречающиеся в практике международных обязательственных отношений. Статья 1216, например, определяет право, подлежащее применению к уступке требования. В ней указывается, что его следует определять по правилам ст. 1211 (п. 1 и 2), т.е. исходя из того, с какой из стран, к которым относятся участники договора, данное требование наиболее тесно связано.

В практике международных отношений при исполнении денежных обязательств (в том числе по оплате товаров, работ, услуг) постоянно возникают вопросы применения мер ответственности за просрочку платежа. Статья 1218 ГК РФ вводит правило, согласно которому основания взимания, порядок исчисления и размер процентов определяются по праву страны, подлежащему применению к соответствующему обязательству, что позволяет обеспечить единый подход к регулированию всего комплекса отношений, складывающихся между участниками договора. В этой норме отражено принципиально важное положение, которого целесообразно придерживаться и в иных случаях. Имеется в виду, в частности, обеспечение единства в определении применимого права по конкретным видам обязательств не только в части регулирования их содержания, но и формы соответствующего договора.

По действующим в настоящее время правилам не исключено, что вопросы, касающиеся формы внешнеэкономической сделки, должны разрешаться исходя из норм материального права одной страны, а права и обязанности сторон по этой же сделке — правом другой страны.

Нельзя не отметить имеющую большое практическое значение в обязательственных отношениях норму, изложенную в п. 3 ст. 1202 ГК РФ. Юридическое лицо, говорится в ней, не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, не известное праву страны, в которой им совершена сделка, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанном ограничении. Здесь выражено приобретающее все большее значение в гражданском праве *требование добросовестности сторон и справедливого подхода в случае возникновения между ними споров.*

Помимо норм, непосредственно относящихся к договорным обязательствам с иностранным элементом, актуально для этих отношений четкое правовое регулирование статуса их участников, понятия личного закона физического и юридического лица, являющихся субъектами правоотношений, регулирование вещных прав, объекты которых становятся предметом сделок.

Включение соответствующих норм в ГК РФ и довольно подробная регламентация широкого круга договорных отношений с иностранным элементом укрепляют правовую основу участия российских юридических и физических лиц в международных экономических и других связях, сближая их регулирование с принятыми в законодательстве большинства стран и в международных актах подходами.

§ 2. Право, подлежащее применению к договорным отношениям

При заключении договоров с иностранными юридическими лицами и гражданами в процессе осуществления торгово-экономических и иных международных связей одним из наиболее важных является вопрос об определении права, подлежащего применению к возникшим гражданско-правовым отношениям.

Категорию «применимое право» следует толковать широко, включая в нее нормы национального права, нормы международных договоров, а также в определенных случаях общие принципы права, обычаи и обыкновения международной торговли.

1. В настоящее время в законодательстве большинства стран мира и в ряде международных договоров — *Гаагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже товаров*, 1955 г.; *Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям*, 1978 г.; *Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам*, 1980 г.¹; *Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров*, 1986 г.; *Кодексе Бустаманте*, 1928 г.,

¹ С 17 декабря 2009 г. Конвенция заменена Регламентом ЕС от 17 июня 2008 г. № 593/2008 «О праве, применимом к контрактным обязательствам» («Рим I»), который является обязательным для применения в государствах — членах Европейского сообщества.

Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. и др. в качестве основного получил закрепление **принцип автономии воли сторон** — *lex voluntatis*, означающий свободу сторон подчинить договор избранному ими правопорядку. Автономия воли участников договорных отношений стала одним из фундаментальных принципов международного частного права¹.

Вместе с тем в доктрине и на практике дискуссионными являются вопросы определения границ действия воли сторон — может ли свобода их выбора в отношении применимого к договору права быть абсолютно неограниченной. Сформировалось два подхода к этой проблеме — объективный и субъективный, суть которых сводится к следующему.

Объективный подход предполагает возможность выбора сторонами только того права, которое имеет связь с договором. Этот принцип закреплен, в частности, в законодательстве Испании, США.

Субъективный подход не ограничивает волю сторон, предоставляя им полную свободу в выборе применимого права. Он нашел отражение в законодательстве многих стран, в том числе Австрии, Венгрии, Германии, Швейцарии².

В договорных отношениях, где позиции и интересы сторон должны, как правило, иметь приоритет, предпочтительным представляется применение избранного ими права без указанных выше ограничений. Этот принцип, как отмечалось в литературе³, в большей мере удовлетворяет требованиям международного делового оборота.

Он нашел отражение в таких многосторонних международных договорах, как *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.; содержится в *Принципах международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА)*. В рамках СНГ этот принцип закреп-

¹ Подробнее см.: Лунц Л.А. Международное частное право. М., 2002; Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2008; Дмитриева Г.К., Филимонова М.В. Международное частное право. Действующие нормативные акты. М., 1999, разд. VI.

² Подробнее см.: Дмитриева Г.К. Международное частное право (часть третья ГК РФ): учеб. пособие. М., 2002. С. 209 и след.

³ См.: Raape Л. Международное частное право. М., 1960. С. 427.

плен в *Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности*, 1992 г.

Возможность выбора сторонами любой правовой системы была поддержана в работах многих российских ученых. Л.А. Лунц писал, что «едва ли целесообразно и отвечает интересам наилучшей организации внешнеторгового обмена установление каких-либо ограничений для избрания сторонами компетентного правопорядка»¹.

В отечественном законодательстве принцип автономии воли сторон впервые был сформулирован в Основях ГЗ 1961 г. (ст. 126), закрепивших многолетнюю практику Внешнеторговой арбитражной комиссии при ТПП СССР, которая при разрешении споров принимала во внимание волю сторон договора². Дальнейшее развитие он получил в Основях ГЗ 1991 г., ст. 166 которых предусматривала, что права и обязанности сторон по внешнеэкономическим сделкам определяются по праву страны, избранному сторонами при совершении сделки или в силу последующего соглашения.

В ГК РФ, воспринявшем основные положения Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., первостепенное значение придается воле сторон в выборе правопорядка, применимого к их правам и обязанностям по договору. Гражданский кодекс содержит еще более подробную и детальную регламентацию коллизионного принципа автономии воли.

Автономия воли участников гражданско-правового отношения, как справедливо отмечалось в литературе, закреплена не в виде «одиночной» коллизионной нормы *lex voluntatis*, а в качестве особого правового института, обращение к которому не ограничивается рамками гражданско-правового договора. То есть в Кодексе, как и в законодательстве большинства стран континентальной Европы, предусматривается широкая сфера применения этого принципа — не только в отношении внешнеэкономических сделок, но и всех договоров, осложненных иностранным элементом.

В соответствии со ст. 1210 ГК РФ стороны при заключении договора или в последующем могут выбрать по соглашению между со-

¹ Лунц Л.А. Курс международного частного права. С. 502.

² Подробнее см.: Рамзайцев Д.Д. Внешнеторговый арбитраж в СССР. М., 1957. С. 57; Богуславский М.М. Международное частное право. М., 1998. С. 204; Зееков В.П. Международное частное право. С. 286.

бой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору. Таким образом, сторонам предоставляется возможность выбрать право своего или любого иностранного государства, а также указать на применение действующих международных соглашений.

Выбранное сторонами право, как указывается в ст. 1210, применяется к возникновению и прекращению права собственности и иных вещных прав на движимое имущество. При этом специально оговаривается, что применение его должно осуществляться без ущерба для прав третьих лиц.

В соответствии с законом соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть прямо выражено или должно определенно вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела (п. 2 ст. 1210). Специальных требований к форме соглашения о применимом праве ГК РФ не устанавливает. Такие соглашения нередко включаются сторонами в заключаемый ими договор в качестве одного из условий. Они могут быть составлены в виде отдельного документа.

В практике Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС) при ТПП РФ соглашения о применимом праве признавались совершенными в результате обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу либо с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения. Считаются они заключенными и тогда, когда в договоре или корреспонденции сторон, на основании которой договор признается заключенным, имеется ссылка на документ, содержащий условие о праве, подлежащем применению¹. Может рассматриваться как соглашение сторон о применимом праве, вытекающем из «совокупности обстоятельств дела», и установившаяся между сторонами практика подчи-

¹ В ряде случаев МКАС признавал наличие такого соглашения исходя из того, что истец в исковом заявлении ссылался в качестве применимого права на нормы законодательства определенного государства, а ответчик в отзыве на иск, не оспаривая этой позиции истца, указывал на те же или иные нормы закона того же государства. Признавалось наличие соглашения между сторонами о применимом праве и в тех случаях, когда оно достигалось в ходе судебного разбирательства и фиксировалось в протоколе заседания арбитражного суда (см.: *Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда*. 2-е изд. М., 2002. С. 16–19).

нения своих отношений определенной системе права. Так, при отсутствии в очередном договоре указаний о выбранном праве суд или арбитраж имеют серьезные основания для применения аналогии с предшествующими договорами¹.

Гражданский кодекс РФ предоставляет сторонам возможность решить вопрос о подлежащем применению праве и после заключения договора. Такое соглашение имеет обратную силу и считается действительным с момента заключения договора при условии, что оно не будет иметь отрицательных последствий для третьих лиц.

Следует отметить, что выбор сторонами договора компетентного органа для рассмотрения спора не может автоматически рассматриваться как выбор ими и соответствующего применимого права².

При анализе правовой природы соглашения о применимом праве в литературе обращается внимание на его юридическую самостоятельность, автономный характер по отношению к договору, в тексте которого оно содержится³.

Повеллой российского международного частного права является норма, предусматривающая право стороны договора **выбрать подлежащее применению право как к договору в целом, так и к отдельным его частям**. В литературе отмечается⁴, что, несмотря на наличие такой возможности, ее практическая реализация не всегда отвечает интересам самих сторон, с чем трудно не согласиться. Одновременное применение к договору права различных государств таит в себе немалый риск возникновения противоречий в регулировании отношений сторон из-за несовпадения разнонациональных норм права и

¹ Подробнее см.: *Канашевский В.А.* Внешнеэкономические сделки. Материально-правовое и коллизионное регулирование. С. 104 и след.; *Кабатова Е.В.* Новый этап развития российского международного частного права // *Российский ежегодник международного права*. 2003. СПб., 2003. С. 124.

² Иная точка зрения высказана в работе зарубежных авторов. См.: *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001. С. 144.

³ См.: *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. С. 507; *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации* / под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова. М., 2002. С. 429.

⁴ См.: *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации* / под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова. С. 425.

может привести к полному или частичному непризнанию юридической силы соглашения о выборе права ввиду наличия неустранимых пороков содержания.

Закрепляя общий принцип свободного выбора сторонами применимого права, ГК РФ вместе с тем предусматривает определенные *исключения из этого правила*. Согласно п. 5 ст. 1210 стороны не могут своим соглашением о применимом праве затрагивать действие императивных норм страны, с которой договор реально связан. Этот момент весьма важно учитывать при заключении соглашений о применимом праве.

2. Выбор права не является обязанностью сторон. При отсутствии соглашения сторон право, подлежащее применению к договору, по общему правилу определяется на основе коллизионных норм.

В процессе развития и применения отечественного законодательства менялись подходы к выбору критерия, определяющего применимое право в случаях, когда стороны не согласовали этот вопрос в договоре.

Если Основы ГЗ 1961 г. (ст. 126) исходили из формального критерия, предусматривая, что к договору подлежит применению закон места заключения сделки, то в Основы ГЗ 1991 г. была включена новая коллизионная норма (ст. 166), согласно которой применимым признавалось право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, осуществляющая исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

Гражданский кодекс РФ (ст. 1211), не исключая подход к решению данного вопроса, отраженный в Основых ГЗ 1991 г., вводит дополнительные критерии определения применимого права и расширяет содержание коллизионных привязок по конкретным видам договорных обязательств с учетом тенденций и особенностей развития современных международных экономических связей.

Важное значение имеет сформулированный в п. 1 ст. 1211 ГК РФ новый для российского международного частного права коллизионный принцип, согласно которому при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору **применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан** (*proper law of the contract*).

В литературе¹ справедливо отмечается, что в условиях усложнения международного экономического оборота, появления новых контрактов с нетрадиционным содержанием использование «твердых» коллизионных привязок, основанных на каком-нибудь одном формальном критерии, не всегда приводит к выбору права, которое способно адекватно регулировать соответствующие отношения. Напротив, применение «гибких» критериев, с помощью которых можно было бы установить компетентный правопорядок с учетом всех обстоятельств данного контракта, в большей степени отвечает порождаемым самой жизнью потребностям. Таким «гибким» инструментом является закон наиболее тесной связи.

Положение о наиболее тесной связи договора с правом определенной страны воспринято законодательством многих европейских стран², а также нашло отражение в международных соглашениях — Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г.; Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. и др.

Наиболее тесная связь может быть определена исходя из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела. Если с помощью перечисленных критериев это сделать невозможно, применимым признается **право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, исполнение обязательств которой имеет решающее значение для содержания договора.**

Действие этой нормы распространяется практически на все гражданско-правовые договоры, включая и внешнеэкономические сделки.

Общее правило, в соответствии с которым определяется наиболее тесная связь для любого гражданско-правового договора, содержится в п. 2 ст. 1211 ГК РФ. В нем предусматривается, что правом страны, с которой договор наиболее тесно связан, считается право страны, где находится место жительства или основное место деятель-

¹ См.: *Международное частное право: учебник*. 2-е изд. / под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2008. С. 387 и след.

² См.: Закон о международном частном праве 1978 г. Австрии (<http://iir-mp.nacod.gu/subjects/ipl/austria_law.htm>), Закон о новом регулировании международного частного права 1986 г. Германии, Закон о международном частном праве 1987 г. Швейцарии, Закон о международном частном праве 1999 г. Венесуэлы и др.

ности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

Помимо названного общего правила ГК РФ содержит перечень из 19 коллизионных привязок для отдельных видов договоров, определяющих **право стороны, имеющей решающее значение для содержания договора**. В соответствии с п. 3 ст. 1211 таким правом признается право стороны, являющейся:

- 1) продавцом — в договоре купли-продажи;
- 2) дарителем — в договоре дарения;
- 3) арендодателем — в договоре аренды;
- 4) ссудодателем — в договоре безвозмездного пользования;
- 5) подрядчиком — в договоре подряда;
- 6) перевозчиком — в договоре перевозки;
- 7) экспедитором — в договоре транспортной экспедиции;
- 8) займодавцем (кредитором) — в договоре займа (кредитном договоре);
- 9) финансовым агентом — в договоре финансирования под уступку денежного требования;
- 10) банком — в договоре банковского вклада (депозита) и договоре банковского счета;
- 11) хранителем — в договоре хранения;
- 12) страховщиком — в договоре страхования;
- 13) поверенным — в договоре поручения;
- 14) комиссионером — в договоре комиссии;
- 15) агентом — в агентском договоре;
- 16) правообладателем — в договоре коммерческой концессии;
- 17) залогодателем — в договоре коммерческой концессии;
- 18) поручителем — в договоре поручительства;
- 19) лицензиаром — в лицензионном договоре.

Презумпции наиболее тесной связи с конкретным государством, право которого должно применяться, установлены п. 4 ст. 1211 ГК РФ для еще нескольких договоров.

При отсутствии соглашения сторон о праве, применимом в отношении договора строительного подряда и договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ, применяется право страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты; в отношении договора простого товарищества — право страны, где в основном осуществляется деятельность простого товарищества. В отношении договоров, за-

ключенных на аукционе, по конкурсу или на бирже, применимым признается право страны, где проводится аукцион, конкурс или находится биржа.

Специального коллизионного регулирования в силу особенностей предмета сделки потребовали также договоры в отношении *недвижимого имущества*. Этот вопрос регламентирует коллизионная норма ст. 1213 ГК РФ, которая содержит новый подход к его решению. И в этом случае стороны могут выбрать применимое право в соответствии с предусмотренными ст. 1210 общими нормами об автономии воли сторон. При отсутствии такого соглашения сторон действует правило о том, что к договору применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. При этом устанавливается презумпция наиболее тесной связи¹. Таким правом считается **право страны, где находится данное недвижимое имущество**. Указанная презумпция может быть изменена законом, условиями или существом договора либо совокупностью обстоятельств дела.

Исключение из установленного коллизионного правила касается договоров в отношении находящихся на территории Российской Федерации земельных участков, участков недр, обособленных водных объектов и иного недвижимого имущества. К этим договорам применяется российское право. Императивный характер данной нормы исключает применение в таких случаях принципа автономии воли.

Нормы о конкретных привязках носят сугубо диспозитивный характер. Они подлежат применению только в случае, если стороны не договорились о праве, применимом к договору, а также если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела. В этих обстоятельствах для определения наиболее тесной связи договора с национальным правом может быть использована и иная привязка.

Если сделка содержит элементы различных договоров, применяется право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан (если иное не вытекает из закона, условий или существа договора или совокупности обстоятельств дела).

¹ Подробнее см.: *Дмитриева Г.К.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей, разделу VI «Международное частное право». С. 198 и след.; *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации* / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002. С. 446.

Закон наиболее тесной связи применяется и к обязательствам, возникающим из односторонних сделок. Если иное не вытекает из закона, условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела, говорится в ст. 1217 ГК РФ, к обязательствам, возникающим из односторонних сделок, применяется право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке.

В этой же статье содержится коллизийная норма, определяющая право, подлежащее применению к сроку действия доверенности и основаниям ее прекращения, — это **право страны, где была выдана доверенность.**

Закон наиболее тесной связи не распространяется на договоры с участием потребителя и договоры о создании юридического лица с иностранным участием.

Новое российское законодательство устанавливает правовые особенности регулирования договоров с участием потребителей. Эти договоры отличаются от других по субъектному составу: одной из сторон такого договора является физическое лицо, которое использует, приобретает или заказывает движимые вещи (работы, услуги) в целях употребления их только для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, либо имеет намерение использовать, приобрести или заказать такие вещи (работы, услуги).

В целях защиты прав и законных интересов потребителей ст. 1212 ГК РФ, предоставляя сторонам договора возможность выбрать применимое право по взаимному соглашению, вместе с тем содержит условие о том, что избранное право не может повлечь за собой лишение потребителя защиты его прав, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства потребителя при наличии хотя бы одного из следующих обстоятельств:

- 1) заключению договора предшествовали в этой стране оферта, адресованная потребителю, или реклама, и потребитель совершил в этой стране действия, необходимые для заключения договора;
- 2) контрагент потребителя или представитель контрагента получил заказ потребителя в этой стране;
- 3) заказ на приобретение движимых вещей, выполнение работ и оказание услуг сделан потребителем в другой стране, посеще-

ние которой было инициировано контрагентом потребителя в целях побуждения потребителя к заключению договора.

При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве и при наличии указанных выше обстоятельств к договору с участием потребителя применяется право страны места жительства потребителя.

Из указанных общих правил п. 3 ст. 1212 предусмотрел два исключения:

- 1) они не применяются к договорам перевозки. Право, применимое к таким договорам, определяется в соответствии с нормами ст. 1211 ГК РФ;
- 2) общие правила, относящиеся к договорам с потребителями, не применяются к договорам 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.

Следует отметить, что данные изъятия не распространяются на договоры об оказании за общую цену услуг по перевозке и размещению (независимо от включения в общую цену стоимости других услуг). Это относится, в частности, к договорам в сфере туристического обслуживания и других видов деятельности.

На договоры о создании юридического лица с иностранным участием также не распространяется закон наиболее тесной связи. Согласно ст. 1214 ГК РФ к таким договорам применяется право страны, в которой согласно договору подлежит учреждению юридическое лицо. Специальное регулирование для этих договоров объясняется неразрывной связью договора о создании юридического лица с правосубъектностью последнего, определяемой личным законом самого юридического лица¹. Данная коллизионная норма имеет императивный характер, в связи с чем исключается возможность соглашения сторон о выборе применимого к такому договору права.

3. Определение права, применимого к договорам, осложненным иностранным элементом, ставит вопрос о сфере действия подлежащего применению права.

¹ Подробнее см.: *Международное частное право: учебник*. 2-е изд. / под ред. Г.К. Дмитриевой. С. 392 и след.

Выбор закона по воле сторон касается вопросов статута обязательства — прав и обязанностей сторон по договору. Л.А. Лунц писал, что автономия воли не выходит за эти пределы¹.

До принятия ГК РФ российское законодательство не определяло сферу действия обязательственного статута.

Новеллой, восполнившей этот пробел, стала норма ст. 1215 ГК РФ, посвященная сфере действия права, подлежащего применению к договору. Она содержит примерный перечень вопросов, определяющих сферу действия права, подлежащего применению к договору, а именно:

- толкование договора;
- определение прав и обязанностей сторон договора;
- исполнение договора;
- последствия неисполнения или ненадлежащего его исполнения;
- прекращение договора;
- последствия его недействительности.

Все перечисленные вопросы находят, как правило, отражение во многих международных соглашениях — Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г.; Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г.; Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи, 1986 г.²

Вместе с тем указанный перечень, как следует из редакции ст. 1215 ГК РФ, не является исчерпывающим, в связи с чем в литературе высказываются мнения о возможности отнесения к сфере действия права, подлежащего применению к договору, и других вопросов, в частности, связанных с заключением договора и признанием его действительным или недействительным, и др.³

¹ См.: Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизийные вопросы). М., 1972. С. 51.

² См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации. С. 451.

³ См.: Дмитриева Г.К. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей, разделу VI «Международное частное право». С. 203 и след.; Международное частное право: учебник. 2-е изд. / под ред. Г.К. Дмитриевой. С. 376.

Следует отметить, что действие указанной статьи распространяется только на отношения, по которым правила о применимом праве предусмотрены в ст. 1210–1214 и 1216 ГК РФ.

Определение права, подлежащего применению к форме сделки, к обязательствам, возникающим из односторонних сделок, вследствие недобросовестной конкуренции, неосновательного обогащения, регулируется специальными коллизионными нормами. Выделены в отдельные нормы и вопросы определения личного закона юридического и физического лица.

4. Помимо определения применимого к отношениям сторон права в ГК РФ включена **норма о применении обычаев делового оборота** при условии, что в договоре использованы принятые в международном обороте соответствующие торговые термины и не содержится иных указаний.

Исходя из круга вопросов, на которые распространяются условия о применимом праве, следует признать, что не может по усмотрению сторон определяться право, подлежащее применению к банкротству, наступившему в период действия договора. В этом случае применимым является право страны юридического лица, признаваемого несостоятельным.

Для **организаций стран СНГ** применимое право определяется в соответствии с правилами, предусмотренными в Киевском соглашении 1992 г. Права и обязанности сторон по сделке, говорится в п. «е» ст. 11 этого Соглашения, подчиняются законодательству места ее совершения, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Стороны по своему усмотрению могут выбрать право любого государства, которое будет регулировать их обязательства по договору.

§ 3. Право, подлежащее применению к форме сделок

По действующему российскому законодательству право, подлежащее применению к форме сделок с иностранным элементом, определяется общей коллизионной нормой и двумя специальными коллизионными нормами, содержащимися в ст. 1209 ГК РФ.

Общая норма подчиняет форму сделки **праву места ее совершения**. Таким образом, в тех случаях, когда сделка совершается в России, ее форма должна соответствовать требованиям российского права. Если она заключена в иной стране — праву этой страны.

Важно, однако, подчеркнуть, что ГК РФ содержит специальную норму, касающуюся сделок, совершенных вне России. Сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права (п. 1 ст. 1209).

Следовательно, сделка, совершенная за границей с нарушением требований к ее форме, установленных законодательством места ее совершения, в России будет считаться действительной, если ее форма удовлетворяет требованиям российского права.

Правила, применимые к форме сделки, действуют и в отношении *формы доверенности, относящейся к односторонним сделкам*.

Специальные правила, являющиеся исключением из общей коллизионной нормы, установлены в отношении права, подлежащего применению к форме внешнеэкономических сделок (п. 2 ст. 1209) и к форме сделок с недвижимым имуществом (п. 3 ст. 1209).

К **форме внешнеэкономических сделок и порядку их подписания** отечественное законодательство всегда предъявляло особые требования.

В ст. 125 Основ ГЗ 1961 г. (ст. 565 ГК РСФСР 1964 г.) предусматривалось, что форма внешнеторговых сделок, совершаемых организациями, и порядок их подписания, независимо от места совершения этих сделок, определяется законодательством Союза ССР.

*Постановление Совета Министров СССР от 14 февраля 1978 г. № 122 «О порядке подписания внешнеторговых сделок»*¹ устанавливало, что внешнеторговые сделки, заключаемые советскими организациями, уполномоченными совершать внешнеторговые операции, должны подписываться двумя лицами — руководителем или заместителем руководителя организации, руководителями входящих в состав данной организации фирм, а также лицами, имеющими соответствующие доверенности на подписание сделок. Две подписи — руково-

¹ СП СССР. 1978. № 6. Ст. 35.

Специальный порядок подписания внешнеторговых сделок предусматривался также и в принятых ранее постановлениях Правительства СССР — постановлении ЦИК и СНК СССР от 31 июля 1929 г. «О порядке выдачи доверенности на совершение операций по внешней торговле», от 13 октября 1930 г. «О порядке подписания сделок и выдачи доверенностей на совершение операций по внешней торговле», от 26 декабря 1935 г. «О порядке подписания сделок по внешней торговле».

дителя организации и главного бухгалтера — должны были стоять на векселях и других денежных обязательствах, выдаваемых советскими организациями, имеющими право совершать внешнеторговые операции.

Сделки, совершенные с нарушением указанных требований, признавались в соответствии со ст. 45 ГК РСФСР 1964 г. недействительными. Из этого исходила и Внешнеторговая арбитражная комиссия при ТПП РФ (ВТАК) при рассмотрении споров.



В качестве примера можно привести дело по иску В/О «Нефтеэкспорт» к английской фирме «Джок Ойл». Контракт на поставку нефти был подписан от имени внешнеторгового объединения только его руководителем, т.е. одним лицом, что дало ВТАК основание признать совершенную сделку недействительной.

Аналогичные решения выносились и по ряду других дел.

В Основах ГЗ 1961 г. (ст. 125) и 1991 г. (ст. 165) положения о форме внешнеторговых (внешнеэкономических) сделок имели императивный характер.

В ст. 165 Основ ГЗ 1991 г. было установлено, что форма внешнеэкономических сделок, совершаемых юридическими лицами и гражданами, независимо от места совершения этих сделок определяется законодательством Союза ССР. В ней не содержалось специального регулирования порядка подписания внешнеэкономических сделок. В связи с этим с момента введения их в действие отпала необходимость в наличии двух подписей под внешнеторговыми контрактами. Несмотря на то что вышеупомянутое постановление Совета Министров СССР от 14 февраля 1978 г. № 122 не было отменено, оно перестало действовать на территории Российской Федерации. Этот вывод основан на *постановлении Верховного Совета РСФСР от 12 декабря 1991 г. № 2014-1 «О ратификации Соглашения о создании Содружества Независимых Государств»*¹, устанавливающим, что нормативные акты Союза ССР применяются до принятия соответствующих законодательных актов РСФСР в части, не противоречащей Конституции, законодательству РСФСР и данному Соглашению. Таким образом, с 3 августа 1992 г. — даты введения в действие Основ ГЗ 1991 г. — к подписанию внешнеэкономических сделок российскими юриди-

¹ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 51. Ст. 1798.

ческими лицами предъявляются те же требования, что и к подписанию иных сделок¹.

Соответствующая позиция была высказана МКАС при ТПП РФ по ряду споров².



Так, по одному из рассмотренных арбитражным судом дел российская организация (ответчик по делу № 433/1994) требовала признания недействительным заключенного ею контракта, поскольку с российской стороны он был подписан одним лицом. По утверждению ответчика, постановление Совета Министров СССР от 14 февраля 1978 г. № 122 продолжало действовать и после 3 августа 1992 г., так как не было отменено официально. МКАС с этим не согласился, указав, что оно не подлежит применению, поскольку постановление Верховного Совета РСФСР от 12 декабря 1991 г. определяет действие на территории Российской Федерации актов бывшего СССР не тем, отменен или не отменен такой акт, а принят ли соответствующий законодательный акт Российской Федерации. Следовательно, с 3 августа 1992 г. основания для применения указанного акта отпали.

С введением в действие с 1 января 1995 г. части первой ГК РФ утратил силу разд. I ГК РСФСР 1964 г. «Общие положения», ст. 45 которого предусматривала недействительность сделки в случае несоблюдения не только формы, но и порядка подписания внешнеторговых сделок.

Это обстоятельство явилось основанием для того, чтобы МКАС отказал в удовлетворении требований о признании внешнеэкономической сделки недействительной из-за нарушения порядка ее подписания независимо от времени совершения сделки.



Арбитражный суд по одному из дел отклонил возражения ответчика, ссылавшегося на недействительность подписанного им с истцом протокола в связи с отсутствием второй подписи. Свое решение суд мотивировал ссылкой на ст. 9 Федерального закона от 30 ноября 1994 г. № 52-ФЗ «О введении в действие части первой

¹ Подробнее см.: *Розенберг М.Г.* Контракт международной купли-продажи. М., 2002. С. 42 и след.; *Звеев В.П.* Международное частное право. С. 280 и след.

² См.: *Розенберг М.Г.* Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. М., 1998. С. 18 и след.

Гражданского кодекса Российской Федерации»¹, в соответствии с которой нормы Кодекса об основаниях и последствиях недействительности сделок (ст. 162, 165–180) подлежат применению к сделкам, требования о признании недействительности которых рассматриваются после 1 января 1995 г., независимо от времени совершения соответствующей сделки. Поскольку в этих статьях не содержится положения о недействительности внешнеторговых сделок в связи с несоблюдением порядка их подписания двумя лицами, то, по мнению арбитражного суда, не подлежит удовлетворению требование ответчика о признании недействительным протокола, подписанного его представителем.

В части третьей ГК РФ, посвященной международному частному праву, восприняты императивные положения о подчинении российскому праву формы внешнеэкономической сделки, независимо от места ее совершения. Данное правило действует в отношении российских юридических лиц, а также физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, личным законом которых в соответствии со ст. 1195 ГК РФ является российское право (см. гл. 5 учебника).

Внешнеэкономические сделки совершаются российскими юридическими лицами и гражданами в **простой письменной форме**, под которой понимается составление одного документа, подписанного сторонами, а также обмен документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (п. 2 ст. 434 ГК РФ).

Несоблюдение письменной формы внешнеэкономической сделки в соответствии с п. 3 ст. 162 ГК РФ влечет признание сделки недействительной. В связи с этим стороны не могут при возникновении спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания. Строго императивный характер коллизионного правила п. 2 ст. 1209 ГК РФ и материально-правового предписания п. 3 ст. 162 ГК РФ не позволяют сторонам исключить или ограничить содержащиеся в них положения, на что указывалось в литературе².

¹ СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3302.

² См.: Зееков В.П., Марышева Н.И. Новая кодификация норм международного частного права // Хозяйство и право. 2002. № 5. С. 9.

Правовое значение письменной формы сделки состоит в том, что соблюдение ее является необходимым условием признания сделки совершенной и возникновения на ее основе соответствующих обязательств.

Такой подход четко прослеживается в практике МКАС при ТПП РФ при разрешении возникающих споров.

Требование письменной формы сделки относится не только непосредственно к договору (контракту), но и к соглашениям об изменении или дополнении его условий.



Так, установив, что предложение истца изменить цену не было письменно подтверждено ответчиком, МКАС, вынося решение по делу № 41/1993, руководствовался ценами, указанными в контракте¹.

В литературе высказывалось мнение о том, что форма внешне-торговой сделки и порядок ее подписания являются категориями разного порядка². В данном случае более обоснованной представляется позиция авторов, считающих, что нет оснований исключать подпись из атрибутов письменной формы договора, учитывая, что сама подпись на документе как таковая является подтверждением соблюдения порядка подписания³. При этом следует учитывать положение п. 1 ст. 160 ГК РФ, предусматривающее, что сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными лицами.

В континентальном и англо-американском праве нет императивных требований к форме сделок, в том числе внешнеэкономических, — они могут совершаться и в письменной, и в устной форме

¹ См.: Розенберг М.Г. *Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда*. С. 20.

² Так, А.А. Костин считает, что подпись не должна рассматриваться в качестве атрибута формы, так как порядок подписания касается полномочий лиц, имеющих или не имеющих право на заключение договора (см.: Костин А.А. Краткое воспоминание о долгом арбитражном процессе // *Международный коммерческий арбитраж*. 2007. № 2. С. 131).

³ См.: Курлычев Д.В. Требования к оформлению внешнеэкономических сделок // *Журнал российского права*. 2008. № 7. С. 80 и след.

(какие-то требования могут устанавливаться только для определенных видов сделок)¹.

Сложившаяся практика международной торговли — не предъявлять к форме договора каких-либо формальных требований — нашла отражение и в Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Согласно ст. 11 Конвенции не требуется, чтобы договор купли-продажи заключался или подтверждался в письменной форме либо подчинялся иному требованию в отношении формы. Он может доказываться любыми средствами, включая свидетельские показания. Под письменной формой в Конвенции понимаются также сообщения по телеграфу и телетайпу (ст. 13).

Для государств, законодательство которых устанавливает письменную форму для договоров внешнеторговой купли-продажи, Конвенция предусматривает возможность исключения из содержащихся в ней общих правил о форме сделки. Статья 96 Конвенции предоставляет государствам право сделать оговорку о неприменении ими устной формы при совершении договоров международной купли-продажи, а ст. 12 указывает на то, что предусмотренные Конвенцией положения о форме договора купли-продажи не применяются, если хотя бы одна из сторон имеет коммерческое предприятие в договаривающемся государстве, сделавшем заявление на основании ст. 96 Конвенции.

Советский Союз, законодательство которого требовало обязательного соблюдения письменной формы внешнеэкономических сделок, при присоединении к Конвенции в 1990 г. сделал такую оговорку. Она сохраняет силу и в отношении Российской Федерации. Такие же заявления были сделаны Аргентиной, Китаем, Венгрией, Украиной, Чили, Белоруссией.

Другим исключением из традиционного общего коллизионного правила о форме сделок с иностранным элементом является определение права, подлежащего применению к **форме сделок с недвижимым имуществом** (п. 3 ст. 1209 ГК РФ).

Установление особого порядка регулирования объясняется спецификой объекта таких сделок — недвижимого имущества, в отношении которого в каждом государстве существует специальная ре-

¹ Подробнее см.: *Международное частное право: учебник*. 2-е изд. / под ред. Г.К. Дмитриевой. С. 397.

гламентация, касающаяся заключения сделок: нарушение установленного порядка ведет к признанию сделки по поводу недвижимости недействительной¹.

В п. 3 ст. 1209 ГК РФ включены две коллизионные нормы: общая и специальная. *Согласно общей коллизионной норме* форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется **праву страны, где находится это имущество**. Следует отметить, что аналогичное регулирование содержится в законодательстве многих зарубежных стран.

Специальная коллизионная норма касается недвижимого имущества, внесенного в Государственный реестр в Российской Федерации. Форма сделки в отношении такого имущества всегда должна определяться **по российскому праву** (о понятии недвижимого имущества см. гл. 8 учебника).

Интерес представляет решение вопроса об определении права, применимого к форме договора, в недавно принятом Регламенте ЕС от 17 июня 2008 г. № 593/2008 «О праве, применимом к контрактным обязательствам» («Рим I»). Согласно параграфу 1 ст. 11 Регламента в тех случаях, когда представители сторон в момент заключения контракта находятся в одной и той же стране, договор считается заключенным в надлежащей форме, если в отношении его оформления соблюдены требования права, применимого к существу самого договора (определяется Регламентом), или требования права страны, где был заключен данный договор.

Если же представители сторон в момент заключения договора находились в разных странах, § 2 ст. 11 Регламента предусматривает несколько вариантов признания такого договора оформленным надлежащим образом. В частности, когда его форма соответствует требованиям, предусмотренным:

- правом, регулирующим существо самого договора;
- правом страны, где в момент заключения договора находится любая из сторон или ее представитель;
- правом страны, где в этот момент имела свое место жительства любая из сторон.

¹ Подробнее см.: *Дмитриева Г.К.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей, разделу VI «Международное частное право». С. 175.

3. В настоящее время в сфере международной торговли все более широкое применение получают **электронные средства связи**, наметилась тенденция к сокращению обмена письменными сообщениями между участниками коммерческой деятельности и к передаче юридически значимой информации в электронном виде. Интернет, электронная торговля являются новой формой ведения деловых и торговых отношений.

При использовании электронных средств связи возникает ряд проблем, касающихся, в частности, действительности документов в электронной форме, аутентичности подписей на них, и ряд других¹.

Правовым аспектам использования электронных средств связи в сфере торговой деятельности посвящены разработанные Комиссией по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) *Типовой закон об электронной торговле* 1996 г.², устанавливающий правовой режим электронной информации в сфере торговли, и *Типовой закон об электронных подписях* 2001 г.³, в котором детально регламентируются условия юридической действительности электронной подписи. Эти акты одобрены Генеральной Ассамблеей ООН в качестве рекомендаций государствам для принятия соответствующих законов.

Типовой закон об электронной торговле применяется к любому виду информации в форме, обозначаемой общим термином «сообщение данных», под которым понимается информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая посредством электронных, оптических либо аналогичных средств, включая электронный обмен данными, электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс (этот перечень не является исчерпывающим).

Приципиальным является придание «сообщению данных» юридической силы: информация не может быть лишена юридиче-

¹ Подробнее см.: *Международное частное право: учебник*. 2-е изд. / под ред. Г.К. Дмитриевой. С. 432 и след.; *Должич А.А.* Электронная подпись в коммерческом обороте: российское, зарубежное и международное регулирование // *Московский журнал международного права*. 2008. № 3. С. 193 и след.; *Мишенкова Н.В.* Коллизионные аспекты правового регулирования электронной торговли // *Право и политика*. 2008. № 7. С. 1638 и след.

² *Комиссия ООН по праву международной торговли. Ежегодник*. 1996 год. Т. XXVII. Нью-Йорк: ООН, 1998. С. 319–323.

³ СПС «КонсультантПлюс».

ской силы на том основании, что она составлена в форме «сообщения данных».

Одно из ключевых положений Типового закона об электронных подписях состоит в признании равного режима для технологий создания электронных подписей¹.

Под эгидой ООН была также разработана *Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах*, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 23 ноября 2005 г.² Конвенция устанавливает либеральные условия в отношении подписи заключаемого договора. Согласно пп. b ii п. 3 ст. 9 действительной признается подпись, проставленная любым способом — независимо от его надежности в принципе, — если было фактически продемонстрировано, что этот способ позволит идентифицировать подписавшую сторону и указать намерение этой стороны в отношении информации, содержащейся в электронном сообщении.

В Европейском союзе приняты *Директива об электронных подписях* 1999 г.³ и *Директива об электронной коммерции* 2004 г.⁴ Директивы об электронных подписях определяют основы для признания юридической действительности электронных подписей. Директивы об электронной коммерции устанавливают общие принципы развития электронной торговли. В них, в частности, государствам предлагается придавать законную силу договорам, заключенным в электронной форме, принимать меры для устранения барьеров при их использовании, а также признавать юридическую силу договоров, заключенных в электронной форме (ст. 9).

Положения ГК РФ, определяющие требования к письменной форме сделок (п. 2 ст. 160), допускают использование при совершении сделки электронно-цифровой подписи либо иного аналога соб-

¹ Подробнее см.: Звезков В.П. Международное частное право. 2-е изд., перераб. и доп. С. 371 и след.

² Российская Федерация подписала Конвенцию, но не ратифицировала ее.

³ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community Framework for Electronic Signatures (Electronic Signatures Directive) // Official Journal of the European Communities. L013, 19.01.00. P. 12.

⁴ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) // Official Journal of the European Communities. L178, 17.07.2000. P. 1.

с собственноручной подписи в случаях и в порядке, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон.

Порядок и условия использования электронной цифровой подписи в электронных документах, при соблюдении которых она признается равнозначной собственноручной подписи в документах на бумажных носителях, установлены Федеральным законом от 10 января 2002 г. № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи»¹. Основной целью закона является обеспечение правовых условий использования электронной цифровой подписи в электронных документах, при соблюдении которых она признается равнозначной собственноручной подписи в документах на бумажном носителе (ст. 1).

§ 4. Коллизионные вопросы договорных обязательств в законодательстве стран СНГ

В рамках СНГ коллизионные вопросы договорных гражданско-правовых обязательств, осложненных иностранным элементом, регулируются прежде всего *Киевским соглашением* 1992 г., участниками которого являются десять стран Содружества, а также нормами национального законодательства этих стран.

Статья 11 Соглашения содержит коллизионные нормы, определяющие право, подлежащее применению к некоторым вопросам договорных отношений:

- форма сделки согласно пп. «г» ст. 11 определяется по законодательству места ее совершения;
- форма сделок по поводу строений, другого недвижимого имущества и прав на него определяется по законодательству страны места нахождения такого имущества;
- форма и срок доверенности определяются по законодательству государства, на территории которого выдана доверенность;
- обязательственный статут сделки определяется по законодательству места ее совершения (пп. «с» ст. 11). Данная коллизионная норма содержалась ранее как в российском законо-

¹ СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 127.

дательстве (до принятия Основ ГЗ 1991 г.), так и в законодательстве других стран СНГ.

Следует отметить, что в настоящее время многие страны восприняли сложившуюся международную практику, а именно положения, содержащиеся в ряде международных конвенций: обращение к месту осуществления исполнения, характерного для конкретного договора. Эта тенденция нашла законодательное закрепление в гражданских кодексах РФ, Белоруссии, Казахстана, Украины.

В *национальном законодательстве стран СНГ* коллизионные вопросы достаточно подробно решаются в соответствующих разделах гражданских кодексов, законах о международном частном праве, о внешнеэкономической деятельности и других нормативных актах. Более полно с учетом современных тенденций развития международного частного права они урегулированы в гражданских кодексах, принятых в последние годы в ряде стран СНГ, в частности, в Армении (1998 г.), Белоруссии (1998 г.), Узбекистане (1995 г.), Киргизии (1997 г.), Казахстане (1999 г.), Молдавии (2002 г.), Гражданском кодексе Таджикистана (1999 г.), а также в законах Азербайджана (2002 г.) и Украины (2005 г.) о международном частном праве. При их разработке в значительной степени использовались положения Основ ГЗ 1991 г., а также Модель ГК для стран СНГ, в связи с чем многие их нормы совпадают либо незначительно отличаются друг от друга, что дает основание говорить о сохраняющейся тенденции единообразного регулирования в этих странах договорных отношений, осложненных иностранным элементом.

Как и в российском законодательстве, в гражданских кодексах Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Молдавии, Таджикистана, Узбекистана, Законах о международном частном праве Азербайджана и Украины содержится положение о том, что правила раздела, посвященного применению права к гражданско-правовым отношениям, не затрагивают императивных норм права, регулирующих соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права.

В отношении формы сделки в законодательстве большинства стран предусматривается общее правило для определения формы любых гражданско-правовых сделок с иностранным элементом.

Так, в гражданских кодексах Армении (ст. 1281), Белоруссии (п. 1 ст. 1116), Казахстана (ст. 1104), Киргизии (п. 1 ст. 1190), Таджикистана (ст. 1210), Узбекистана (ст. 1181), Закона о международном

частном праве Азербайджана (ст. 17) закреплено традиционное коллизионное правило, отсылающее при определении формы сделки к праву страны, где данная сделка совершена. Кроме того, в указанных статьях содержится положение, согласно которому сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования права названных стран.

В Гражданском кодексе Молдавии (ст. 1609) предусмотрено, что требования к форме сделки устанавливаются законом государства, определяющим существо сделки. Сделка, совершенная за пределами Республики Молдова, считается действительной с точки зрения формы, если она соответствует одному из следующих условий:

- a) соблюден закон места, где она совершена;
- b) соблюдены требования законодательства Республики Молдова;
- c) соблюден национальный закон или закон места жительства совершившего ее лица;
- d) она является действительной в соответствии с законом, применяемым к органу, рассматривающему ее действительность.

Законодательство Украины (ст. 31 Закона о международном частном праве) устанавливает, что форма сделки должна соответствовать требованиям права, применяемого к содержанию сделки, но достаточно соблюдения требований права места ее совершения. В том случае если стороны находятся в разных государствах, применяется право места жительства стороны, сделавшей предложение, если иное не установлено договором.

Требования к существу сделки определяются законом, который избран совершающим ее лицом, либо законом государства, с которым соответствующая сделка наиболее тесно связана, либо законом места, в котором совершена односторонняя сделка. Если закон, применяемый к существу сделки, требует определенной нотариально удостоверенной формы, это требование не может быть устранено, даже если соответствующая сделка была совершена за рубежом.

Из общего коллизионного правила законодательство большинства стран предусматривает исключение при определении права, подлежащего применению к форме внешнеэкономических сделок и сделок с недвижимостью.

В гражданских кодексах Армении (п. 2 ст. 1281), Белоруссии (п. 2 ст. 1116), Казахстана (п. 2 ст. 1104), Киргизии (ст. 1190), Таджикистана (п. 2 ст. 1210), в ст. 9 Закона Молдавии о купле-продаже товаров, п. 3 ст. 31 Закона о международном частном праве Украины имеется специальная коллизионная норма, устанавливающая, что внешнеэкономическая сделка, хотя бы одним из участников которой является юридическое лицо данной республики или ее гражданин, совершается независимо от места заключения сделки в письменной форме. При этом указанный порядок согласно закону Украины применяется, если иное не установлено законом или международным договором.

Единообразно в указанных кодексах решается вопрос о форме сделок и в отношении недвижимого имущества. Коллизионные нормы национального законодательства этих стран подчиняют форму таких сделок праву страны, где находится это имущество. В тех случаях, когда недвижимое имущество внесено в государственный реестр республик Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Таджикистан, Украина и Узбекистан, форма сделки определяется по праву этих республик.

Как и в новом российском ГК, в законодательстве большинства стран СНГ содержится детальная регламентация правил, относящихся к автономии воли сторон, предусматривается более широкая сфера применения этого принципа в отношении не только внешнеэкономических сделок, но и всех договоров, осложненных иностранным элементом.

В гражданских кодексах Армении (ст. 1284), Белоруссии (ст. 1124), Киргизии (ст. 1198), Казахстана (ст. 1112), Таджикистана (ст. 1218), Узбекистана (ст. 1189) установлен одинаковый порядок выбора сторонами применимого права. Договор согласно указанным нормам регулируется правом страны, выбранным соглашением сторон, если иное не предусмотрено законом. Признавая автономию воли сторон, законодательство определяет при этом допустимые ее пределы, предполагая возможность установления законом (для определенных случаев) конкретной регламентации. Аналогичная норма содержится и в Законах о международном частном праве Азербайджана (ст. 24) и Украины (ст. 5).

Сторонам договора предоставляется право избирать применимое право как для договора в целом, так и для отдельных его частей.

Выбор применимого права может быть сделан сторонами договора в любое время — как при заключении договора, так и в последующем (Азербайджан, Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Таджикистан, Узбекистан, Украина).

Стороны могут также в любое время договориться об изменении применимого к договору права (Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Таджикистан, Узбекистан, Украина). В гражданских кодексах Белоруссии и Молдавии и Законе Украины о международном частном праве, кроме того, содержится дополнительная оговорка о том, что выбор сторонами договора подлежащего применению права, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным с момента заключения договора без ущерба для прав третьих лиц и не затрагивая действительность формы договора.

В значительной степени совпадает с российским законодательством и определяемая в названных кодексах сфера действия применимого права.

При отсутствии соглашения сторон о подчинении своих отношений праву определенной страны новые гражданские кодексы стран СНГ аналогично законодательству многих государств предусматривают применение коллизионных норм, дифференцированных по отдельным видам договоров. При этом законодательство Азербайджана (ст. 25), Армении (ст. 1285), Белоруссии (ст. 1125), Киргизии (ст. 1199), Казахстана (ст. 1113), Таджикистана (ст. 1219) и Узбекистана (ст. 1190) отсылает в этих случаях к праву страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся:

- 1) продавцом — в договоре купли-продажи;
- 2) дарителем — в договоре дарения;
- 3) арендодателем или наймодателем — в договоре аренды (имущественного найма);
- 4) ссудодателем — в договоре безвозмездного пользования имуществом;
- 5) подрядчиком — в договоре подряда;
- 6) перевозчиком — в договоре перевозки;
- 7) экспедитором — в договоре транспортной экспедиции;
- 8) кредитором — в договоре займа или ином кредитном договоре;
- 9) поверенным — в договоре поручения;

- 10) комиссионером — в договоре комиссии;
- 11) хранителем — в договоре хранения;
- 12) страховщиком — в договоре страхования;
- 13) поручителем — в договоре поручительства;
- 14) залогодателем — в договоре залога;
- 15) лицензиаром — в лицензионном договоре о пользовании исключительными правами.

Гражданские кодексы Армении (ст. 1285) и Таджикистана (ст. 1219) помимо перечисленных выше договоров определяют право, подлежащее применению к агентскому договору, договору финансирования под уступку денежного требования, договору банковского вклада и договору банковского счета.

Иной критерий применяется при выборе права к договорам о недвижимом имуществе, о совместной деятельности и строительном подряде, а также к договорам, заключенным на аукционе, по конкурсу или на бирже. Эти договоры при отсутствии соглашения сторон регулируются, соответственно, правом страны, где находится недвижимое имущество¹; осуществляется совместная деятельность или создаются предусмотренные договором результаты; где проводится аукцион, конкурс или находится биржа.

Для иных договоров (не перечисленных выше) гражданские кодексы указанных стран предусматривают дополнительные субсидиарные правила о выборе права. К таким договорам применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора. При невозможности определить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан.

О применении закона наиболее тесной связи к договорным обязательствам при отсутствии соглашения сторон о выборе применимого права говорится и в ст. 1611 Гражданского кодекса Молдавии. Под законом наиболее тесной связи понимается закон государства, в котором должник на момент заключения договора имел место жи-

¹ Согласно Гражданскому кодексу Белоруссии (п. 2 ст. 1225) и Гражданскому кодексу Казахстана (п. 2 ст. 1113), если имущество внесено в государственный реестр этих республик, применяется право данной республики.

тельства или место нахождения либо был зарегистрирован в качестве юридического лица.

Для договоров, предметом которых является недвижимое имущество, договоров о доверительном управлении имуществом, договоров строительного подряда и подряда на выполнение проектных и изыскательских работ, простого товарищества, договоров, заключенных на аукционе или по конкурсу, в Гражданском кодексе Молдавии предусмотрены специальные коллизионные привязки.

Применение права страны, с которым конкретный договор наиболее тесно связан, предусмотрено и в Законе Украины о международном частном праве (ст. 44). Сделка считается наиболее тесно связанной с правом государства, в котором сторона, которая должна осуществить выполнение, имеющее решающее значение для содержания сделки, имеет свое место жительства или местонахождение (п. 3 ст. 32). При этом в законе содержится более широкий перечень договоров: наряду с указанными выше сюда включены договоры ренты, пожизненного содержания (ухода), банковского вклада (депозита), банковского счета, факторинга, коммерческой концессии.

Контрольные вопросы

1. Что такое универсальная и частноправовая унификация?
2. Какое значение имеет принцип автономии воли сторон в договорных экономических отношениях?
3. Как российское законодательство решает вопрос о праве, применимом к договорным отношениям с иностранными партнерами?
4. Каковы требования, предъявляемые российским законодательством к форме и порядку подписания внешнеэкономических сделок?

Рекомендуемая литература

1. Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. 6-е изд. М., 2009.
2. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий / отв. ред. А.С. Комаров. М., 1994.
3. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002.

Рекомендуемая литература

4. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI: Международное частное право. Комментарий и постатейные материалы / отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2010.*
5. *Дмитриева Г.К. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей, разделу VI «Международное частное право». М., 2002.*
6. *Дмитриева Г.К. Международное частное право (часть третья ГК РФ). М., 2002.*
7. *Звеков В.П. Коллизия закона в международном частном праве. М., 2002.*
8. *Звеков В.П. Международное частное право: курс лекций. М., 1999.*
9. *Звеков В.П. Международное частное право: учебник. М., 2004.*
10. *Звеков В.П. Некоторые особенности новой кодификации норм международного частного права // Юрист-международник. 2003. № 1.*
11. *Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994.*
12. *Зыкин И.С. Договор во внешнеэкономической деятельности. М., 1990.*
13. *Комаров А.С. Правовые вопросы товарообменных сделок. М., 1994.*
14. *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002.*
15. *Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки. Материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008.*
16. *Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизионные вопросы). М., 1972.*
17. *Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. М., 2001.*
18. *Марышева Н.И., Звеков В.П. Новая кодификация норм международного частного права // Хозяйство и право. 2002. № 4, 5, 6.*
19. *Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности / под ред. А.С. Комарова. М., 2001.*
20. *Принципы международных коммерческих договоров. М., 1996.*
21. *Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 5-е изд. М., 2007.*
22. *Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. М., 1998.*
23. *Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1992.*

Глава 11

Договор международной купли-продажи

§ 1. Общие положения.

Источники правового регулирования

Договор международной купли-продажи товаров — наиболее широко применяемый вид сделок во внешнеэкономических отношениях¹. На его основе осуществляются экспортные и импортные операции, число и объемы которых возрастают с развитием экономического сотрудничества хозяйствующих субъектов различных государств.

В соответствии с договором купли-продажи, исходя из общего определения этого понятия, продавец обязуется передать вещь (то-

¹ В российском законодательстве и литературе этот договор длительное время именовался внешнеторговым. Термин «международный» применяется с начала 90-х гг. прошлого столетия, после того как страна стала участницей Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Наиболее подробно эти вопросы рассмотрены в работах М.Г. Розенберга, М.М. Богуславского, В.П. Звекова, И.С. Зыкина. См.: *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров. М., 1995; *Он же.* Контракт международной купли-продажи. М., 1998; *Он же.* Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 3-е изд., испр. и доп. М., 2006; *Богуславский М.М.* Международное частное право: учебник. 5-е изд., перераб. и доп., с изм. М., 2008; *Международное частное право: учебник* / отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2008; *Зыкин И.С.* Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994; *Звеков В.П.* Международное частное право: курс лекций. М., 1999; *Он же.* Международное частное право: учебник; *Канашевский В.А.* Внешнеэкономические сделки. Материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008.

вар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену).

Особенности договора международной купли-продажи связаны с его субъектным составом:

- 1) участием в договоре иностранных юридических или физических лиц;
- 2) перемещением товаров через государственные (таможенные) границы;
- 3) использованием в качестве средства платежа валюты, которая является иностранной для обеих или по крайней мере для одной из сторон.

Особенностью данного договора является применение его при проведении товарообменных операций в рамках и в целях осуществления *коммерческой (предпринимательской) деятельности*. Л.А. Лунц, исследовавший внешнеторговую куплю-продажу еще несколько десятилетий назад, писал: «Сделки в этих случаях должны для обеих сторон носить торговый характер: покупка иностранным торговым предприятием для коммерческих целей (например, для дальнейшей перепродажи)»¹.

Все эти факторы, характерные для международной купли-продажи, находят отражение в содержании и способах регулирования возникающих в данной сфере отношений.

Основываясь на положениях унифицированных международных актов, посвященных рассматриваемому договору, и доктринальных оценках, М.Г. Розенберг предложил следующее его определение: «По контракту международной купли-продажи товаров продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые либо закупаемые им товары покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием»².

Регулирование международной купли-продажи строится на сочетании единообразного материально-правового регулирования внешнеэкономических контрактов путем принятия унифициро-

¹ Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа. М., 1972. С. 16.

² Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. М., 1995. С. 36.

ванных международных актов прямого действия с коллизионным регулированием, обеспечивающим наиболее рациональный и предсказуемый выбор норм иностранного права, подлежащего применению к конкретным обязательственным отношениям, участниками которых являются коммерческие предприятия (лица) разных стран.

Источниками регулирования являются:

- международные договоры (конвенции, соглашения);
- нормы национального законодательства;
- обычаи.

1. Международные договоры в последние десятилетия занимают все большее место в регулировании внешнеэкономических отношений, что обусловлено их масштабами и наличием существенных различий в национальных правовых системах. Выработка общих международных правил прямого действия дает возможность установления единообразного правового режима, что важно с точки зрения создания сбалансированных условий внешнеэкономического сотрудничества для предпринимательских структур разной государственной принадлежности и способствует облегчению и ускорению процессов заключения и исполнения договоров.

Используемые в этих целях международные договоры чаще всего носят многосторонний характер; иногда они регламентируют отношения в рамках определенных регионов или союзов; встречаются и двусторонние межгосударственные соглашения соответствующего содержания.

Универсальным актом, регулирующим отношения в сфере международной купли-продажи товаров и охватывающим наиболее широкий круг участников из государств разных регионов и континентов, стала *Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров* 1980 г. (*Венская конвенция*), которая была принята дипломатической конференцией, созванной ООН в Вене в 1980 г., и вступила в силу с 1 января 1988 г.

С принятием Венской конвенции, как отмечалось в литературе, впервые в истории международно-правовой унификации права международных контрактов удалось найти взаимоприемлемые решения по важнейшим аспектам заключения и исполнения договоров меж-

дународной купли-продажи товаров, совместив подходы континентального и англо-американского права¹.

В настоящее время участниками этой Конвенции являются более 70 ведущих стран мира, среди которых Австрия, Австралия, Аргентина, Германия, Замбия, Ирак, Египет, Италия, Мексика, США, Франция, Швеция и др.

На территории СССР Венская конвенция вступила в действие с 1 сентября 1991 г. Российская Федерация стала ее участницей в декабре 1991 г., сделав заявление о том, что она приняла на себя в полном объеме ответственность по всем обязательствам СССР. Из стран — членов СНГ в Венской конвенции участвуют Армения, Белоруссия, Киргизия, Молдавия, Узбекистан, Украина.

Венская конвенция состоит из четырех частей, включающих 101 статью: I «Сфера применения и общие положения»; II «Заключение договора»; III «Купля-продажа товаров»; IV «Заключительные положения». Части II и III имеют самостоятельное значение: государства-участники могут по своему усмотрению заявить об обязательности для себя как обеих частей этой Конвенции, так и одной из них.

Определяющим критерием для признания контракта договором международной купли-продажи товаров и применения к нему Венской конвенции является **нахождение коммерческих предприятий участников сделки в разных государствах**. Он считается основным признаком договорных отношений, подпадающих под действие и ряда других международных конвенций — Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г.; Конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г.; Конвенции о представительстве при международной купле-продаже товаров 1983 г. Из этого следует, что Конвенция ООН о договорах

¹ Подробнее см.: *Комаров А.С.* Новое в правовом регулировании внешнеторговых контрактов // *Внешняя торговля*. 1990. № 2; *Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий* / под ред. А.С. Комарова. М., 1994; *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров; *Он же.* Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров; *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. М., 2002; *Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров. К 10-летию ее применения Россией*. М., 2001; *Зыкин И.С.* Внешнеэкономические операции: право и практика.

международной купли-продажи товаров 1980 г. может применяться и к договорам между партнерами одной национальности (государственной принадлежности), если они расположены на территории разных стран.

В доктрине уделяется внимание толкованию используемого в п. 1 ст. 1 Венской конвенции термина «**коммерческое предприятие**». Наиболее распространенным является мнение, что его следует трактовать как место основной деятельности участника сделки, постоянное место осуществления деловых операций (которое может не совпадать с местом регистрации компании)¹. Для применения Венской конвенции необходима также осведомленность сторон о нахождении предприятия контрагента в другом государстве (п. 2 ст. 1). Ни национальная принадлежность сторон, ни их гражданский или торговый статус, ни гражданский или торговый характер договора не принимаются во внимание при определении применимости Венской конвенции (п. 3 ст. 1)².

Для применения Венской конвенции согласно ст. 1 необходимо, чтобы договор международной купли-продажи был связан с государствами — членами Венской конвенции, т.е. имеются в виду случаи, когда коммерческие предприятия продавца и покупателя расположены в разных договаривающихся государствах либо когда в силу норм международного частного права подлежит применению право страны — участницы Венской конвенции.

Действие Венской конвенции распространяется на договоры, заключаемые не только между юридическими лицами, но и с участием граждан. Вместе с тем она не регулирует отношения по продаже товаров, которые приобретаются для личного, семейного или домашнего использования, за исключением случаев, когда продавец

¹ Подробнее по этому вопросу см.: *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий*. М., 1994. С. 10; *Канашевский В.А.* Внешнеэкономические сделки. Материально-правовое и коллизионное регулирование. С. 14 и след. Высказывались и иные точки зрения. См.: *Муранов А.Г.* Термин «импорт услуг» в российском валютном праве. Понятие «сделка с иностранным элементом» и «внешнеэкономическая сделка» // *Московский журнал международного права*. 2001. № 2. С. 290, 291; *Гражданское право: в 2 т.: учебник* / отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 2. Пт. 1. М., 1998. С. 279.

² *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий*. 1994. С. 11.

(в любое время до или в момент заключения договора) не знал и не должен был знать, что товары приобретаются для такого использования. Не применяется она также к сделкам по продаже судов водного и воздушного транспорта, судов на воздушной подушке, электроэнергии, фондовых бумаг, акций, обеспечительных бумаг, оборотных документов, денег, продаже с аукциона, в порядке исполнительного производства или иным образом в силу закона.

Под действие Венской конвенции не подпадают договоры, по которым сторона-заказчик поставляет существенную часть материалов, необходимых для изготовления или производства предмета договора, а также если обязательства сторон по договору заключаются в основном в выполнении работы или предоставлении иных услуг, т.е. носят подрядный характер.

В Венской конвенции отражен один из главных принципов определения источников правового регулирования международных экономических отношений — **свобода их выбора по усмотрению сторон** (за некоторыми исключениями).

В целом Венская конвенция носит **диспозитивный характер**. Устанавливая единообразный режим правового регулирования договора международной купли-продажи товаров, она предоставляет сторонам возможность отступать в контракте от любого из ее положений или изменять условия его действия. Более того, стороны могут договориться о полном исключении ее применения к их отношениям (ст. 6)¹. Указанные положения не затрагивают лишь одну норму — ст. 12, посвященную форме контракта. В ней установлены специальные правила для случаев, когда в силу ст. 96 Венской конвенции договаривающееся государство, законодательство которого требует, чтобы договоры купли-продажи заключались или подтверждались в письменной форме, сделало заявление о неприменении любых положений Венской конвенции, допускающих иную форму заключения, изменения или прекращения соглашения сторон.

За истекший период действия Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. выработалась достаточно

¹ Такое условие было согласовано, в частности, в контракте, спор между сторонами которого был рассмотрен МКАС (дело № 40/2005). Подробнее см.: *Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г.* / сост. М.Г. Розенберг. М., 2008. С. 217 и след.

обширная практика ее применения. Исследованию этого акта, толкованию положений Венской конвенции, определению соотношения ее с другими правовыми актами, применяемыми в регулировании международной торговли, посвящены труды многих ученых и специалистов-практиков из разных стран¹. Есть вопросы, по которым высказываются различные точки зрения, требуется дополнительная проработка для исключения противоречивых подходов к их решению².

Венская конвенция (ст. 90) не затрагивает действия других международных соглашений по вопросам, являющимся предметом ее регулирования, т.е. иные международные договоры имеют приоритетное значение для участников внешнеторговой купли-продажи, находящихся в странах, заключивших такие соглашения³.

Регулируя широкий круг отношений, возникающих при осуществлении международной купли-продажи, Венская конвенция вместе с тем не содержит решений (или недостаточно полно регламентирует) по некоторым важным вопросам. В этих случаях следует руководствоваться общими принципами, на которых основана Вен-

¹ *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: практика применения в России и за рубежом* / под ред. А.С. Комарова. М., 2007; *Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи: к 10-летию ее применения Россией* / сост. М.Г. Розенберг. М., 2002; *Schlechtriem P. Commentary on the UN Convention on international sale of goods (CISG). 1998. Commentary on the UN Convention on international sale of goods (CISG). Second (english) edition / ed. by P. Schlechtriem and I. Schwenzer. Oxford University Press, 2005.*

² К их числу относится, например, вопрос о согласовании сторонами контракта условий об исключении применения Венской конвенции к их отношениям. Речь идет об организациях, на которые в силу ст. 1 Венской конвенции распространяется ее действие, но которые считают целесообразным воспользоваться положением ст. 6 Венской конвенции, дающим им право исключить ее применение. Неоднозначны высказываемые в литературе мнения и по поводу трактовки включаемых в соглашение сторон условий о применимом праве определенной страны (в частности, России) с формулировкой «применимое право» или «применимое законодательство».

³ В соответствии с этой нормой при разрешении спора между российской и китайской организациями МКАС при ТПП РФ признал, что, несмотря на то что Россия и Китай являются участниками Венской конвенции, отношения между партнерами должны регулироваться в приоритетном порядке положениями действующих Общих условий поставок СССР — КНР. См.: *Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г.* / сост. М.Г. Розенберг. С. 208.

ская конвенция, а при их отсутствии — правом, применяемым в силу норм международного частного права.

К числу других международных конвенций, регламентирующих отдельные вопросы международной купли-продажи, относятся *Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров* 1974 г.¹; *Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров*, 1986 г.

Процесс выработки унифицированных международных правил, регулирующих договоры купли-продажи, заключаемые организациями разных стран (сделки с иностранным элементом), осуществлялся и в более узких рамках, на региональном уровне.

1 июля 1964 г. Гаагской конференцией были приняты две международные конвенции: *о Единообразном законе о заключении договоров международной купли-продажи товаров*² и *о Единообразном законе о международной купле-продаже товаров*³. Особое значение при их принятии придавалось выработке общих правил заключения договоров международной купли-продажи «между отсутствующими», по переписке, основывающихся на теории «получения акцепта», свойственной континентальному праву.

В названных Конвенциях сформулированы также положения о защите интересов продавца и покупателя, использовании в этих целях категории существенного нарушения договора и ряд других. В них учитывались главным образом правовые традиции и экономические реалии континентальных стран Западной Европы, т.е. региона, принимавшего наиболее активное участие в их подготовке, что не устраивало ряд стран, относившихся к другим правовым системам, в связи с чем эти акты не нашли достаточно широкого применения⁴.

¹ Вестник ВАС РФ. 1993. № 9. С. 110–120.

² *Регистр* текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. I. С. 75–84. В настоящее время в Венской конвенции участвуют четыре страны, не являющиеся участниками Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.: Великобритания, Гамбия, Израиль и Сан-Марино.

³ Там же. С. 46–74.

⁴ См.: *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий*. С. 213; *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. С. 169.

Значительная работа по унификации правового регулирования договора международной купли-продажи была в свое время проведена государствами, входившими в Совет Экономической Взаимопомощи, созданный в 1949 г. и просуществовавший более 40 лет.

В 1957 г. были разработаны *Общие условия поставок СЭВ (ОУП СЭВ)*, которые с внесенными в них дополнениями и изменениями определяли правовой режим внешнеторговой купли-продажи между хозяйственными организациями стран — членов СЭВ на протяжении 30 лет (в последний период действовали в редакции 1968/1988 гг.)¹.

Общие условия представляли собой крупный унифицированный акт, решающий широкий круг вопросов, начиная от возникновения обязательств, порядка и условий их исполнения и кончая ответственностью за нарушение обязательств. Наряду с материальными гражданско-правовыми нормами ОУП СЭВ содержали ряд процессуальных правил, касающихся порядка предъявления претензий и исков, связанных с неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств. В них содержалась коллизионная норма (§ 122), отсылающая к общим положениям гражданского права страны продавца по вопросам, не урегулированным или не полностью урегулированным в контракте или в ОУП СЭВ.

В целом этому документу был придан императивный характер — общие условия признавались подлежащими обязательному применению ко всем сделкам по внешнеторговой купле-продаже между хозяйственными организациями стран — участниц СЭВ, независимо от того, содержалась в конкретном контракте ссылка на них или нет. Более того, условие контракта о неприменении ОУП или применении норм другого акта не исключало их действия. Допускались отступления лишь от отдельных положений ОУП в связи со спецификой товара или особенностями его поставки. Вместе с тем императивность применения *Общих условий* не исключала значительного числа диспозитивных норм, содержащихся в них.

С прекращением деятельности СЭВ изменился подход к применению нормативных актов, регулировавших внешнеэкономические

¹ На момент издания ОУП СЭВ представляли собой наиболее полную унифицированную регламентацию международной купли-продажи в мире. Подробнее см.: *Сас И.* Общие условия поставок. Единый закон о международной торговле. Материалы рабочего совещания по правовым вопросам международных экономических связей. Будапешт, 16–18 ноября 1971 г.

связи между организациями стран, входивших в это сообщество, включая ОУП СЭВ. Данный документ имеет для них практическое применение лишь при наличии специальной ссылки на него в контракте¹.

Модель регулирования внешнеэкономических отношений, созданная в рамках СЭВ, была воспринята рядом других государств и оказала влияние на разработку более поздних унифицированных актов.

По типу ОУП СЭВ (с учетом определенных особенностей во взаимоотношениях сторон) были приняты *Общие условия поставок товаров из СССР в КНР и из КНР в СССР (ОУП СССР — КНР)* 1990 г.², *Общие условия поставок СССР — КНДР (ОУП СССР — КНДР)* 1981 г.³, *Общие условия поставок товаров между организациями СССР — СФРЮ (ОУП СССР — СФРЮ)* 1977 г.⁴, а также *Общие условия поставок между СЭВ и Финляндией (ОУП СЭВ — Финляндия)* 1978 г.⁵

Названные документы имели ряд различий. Несодинаковым был юридический уровень, а также правовая сила этих актов. Общим условиям СССР — КНР и СССР — КНДР был придан императивный характер⁶. ОУП СССР — СФРЮ и ОУП СЭВ — Финляндия

¹ Подробнее см.: *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров: комментарий к законодательству и практике разрешения споров. С. 15–16.

² *Розенберг М.Г.* Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. С. 221–251.

³ Там же. С. 252–290.

⁴ Там же. С. 390–430.

⁵ Там же. С. 355–389.

⁶ В литературе спорным является вопрос о сохранении нормативного характера данных документов. Подробнее см.: *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. С. 13, 14; *Белов А.П.* Международное предпринимательское право: практическое пособие. С. 241, 242; *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. С. 204; *Богуславский М.М.* Международное частное право: учебник. С. 255.

Вместе с тем следует отметить, что МКАС при разрешении ряда споров в последние годы основывался на положениях указанных документов. Так, например, при наличии в договоре соглашения между российской и китайской сторонами о применении к их отношениям по контракту российского материального права МКАС при рассмотрении спора между этими организациями признал применимым ОУП СССР — КНР и Венскую конвенцию (дело № 201/1997). Аналогичная

принимались как рекомендательные акты, т.е. подлежали применению только при наличии ссылки на них в контракте или в отдельном соглашении. Вместе с тем многие их положения (носящие нормативный или рекомендательный характер) совпадали по содержанию с ОУП СЭВ, отражали общие подходы к регламентации достаточно широкого круга вопросов, что свидетельствует в целом об успешном опыте этой унификации, который может еще быть использован с учетом, естественно, современных условий формирования и развития внешнеэкономических связей.

В развитии коллизионного метода правового регулирования международной купли-продажи значительную роль сыграли Конвенции, разработанные в рамках Гаагской конференции по международному частному праву. В 1955 г. была принята *Гаагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров (движимых материальных вещей)*, действующая до настоящего времени (Гаагская конвенция 1955 г.)¹.

Работа по унификации коллизионных норм была продолжена и в 1958 г., а затем в 1986 г. были подготовлены еще две конвенции, которые рассматривались как дополнения к Гаагской конвенции 1955 г.², но они не вступили в силу³. Тем не менее разработка этих документов сыграла положительную роль. Многие сформулированные в них положения способствовали сближению позиций раз-

позиция арбитражного суда была выражена и в ряде других дел (подробнее см.: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: комментарий к законодательству и практике разрешения споров. С. 20, 21, 383 и след.).

¹ *Международное частное право: сборник документов*. М., 1997. С. 198–201.

² Гаагская конвенция о праве, применимом к переходу права собственности при международной купле-продаже товаров (движимых вещей), 1958 г. и Гаагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже, 1986 г. В Конвенцию 1986 г., например, были включены новые принципиальные положения, определяющие сферу действия применимого права, возможность применения права, с которым договор с учетом всех обстоятельств имеет более тесную связь, предусматривающие возможность сторон договариваться о подчинении договора купли-продажи в целом или в его части какому-либо иному праву помимо того, которым он регулируется ранее, и др.

³ Причиной явились расхождения в доктрине, а также в практике применения континентальной и англосаксонской систем международного частного права, ставшие препятствием для признания этих конвенций достаточным числом государств.

личных государств в дальнейшей работе по унификации коллизионных норм на международно-правовом уровне, а в последующем нашли отражение и в национальном законодательстве ряда государств.

Процесс унификации и выработки общих подходов к регулированию внешнеэкономических отношений активизировался с появлением экономических союзов, объединяющих значительные группы государств.

С созданием Европейского союза началась разработка единообразного правового регулирования, облегчающего осуществление торгово-экономических контрактов между организациями стран, входящих в Союз. В рамках ЕС была подготовлена *Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам*, 1980 г., являвшаяся до последнего времени основным источником коллизионного права для участников Союза. С 17 декабря 2009 г. ее заменил *Регламент ЕС № 593/2008 «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» («Рим I»)*. Регламент устанавливает на территории государств — членов Европейского сообщества и Европейского союза единообразные коллизионные нормы, определяющие, законодательство какого именно государства (не обязательно государства — члена ЕС) должно применяться в том случае, если правоотношение содержит иностранный элемент и, соответственно, может регулироваться правом разных стран.

Регламент «Рим I» разрешает проблему конфликта законов (коллизионную проблему) в отношении наиболее распространенного вида обязательств частногоправового характера — обязательств, которые возникают на основании гражданско-правовых или торговых (коммерческих) договоров¹.

¹ Разработка унифицированных коллизионных норм на региональном уровне осуществлялась и другими странами. Примером может служить Конвенция о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г., принятая 17 латиноамериканскими странами, США и Канадой на пятой межамериканской конференции по частному праву (подробнее см.: *Вилкова Н.Г.* Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам (Конвенция Мехико 1994 г.) // *Право и экономика.* 1997. № 4. С. 62–66; *Зееков В.И.* Коллизии законов в международном частном праве. С. 276, 277).

В рамках СНГ были заключены *Киевское соглашение 1992 г.*¹ и *Минская Конвенция 1993 г.*² В указанных документах получили отражение лишь отдельные вопросы определения применимого права, причем в основном исходя из норм гражданского законодательства названных стран, действовавших в момент его принятия (впоследствии эти нормы подверглись существенным изменениям)³.

При всем значении унификации коллизионных норм проведение ее не решает в целом проблему устранения различий в регулировании экономических отношений между хозяйствующими субъектами разных стран, поскольку даже при сближении норм национального законодательства правовая система каждого государства сохраняет определенные особенности и отличия.

Приоритетным способом создания равных правовых условий взаимодействия внешнеэкономических партнеров, как уже отмечалось, продолжает оставаться принятие унифицированных международных актов, непосредственно регулирующих частноправовые отношения.

2. Национальным (внутренним) законодательством договоры международной купли-продажи регулируются в следующих случаях:

- 1) по соглашению договаривающихся сторон, пользующихся автономией воли при выборе права, подлежащего применению к их отношениям. Таким правом может быть национальный закон одной из договаривающихся сторон, может быть избрано и право третьей страны;
- 2) на субсидиарной основе при отсутствии или недостаточно полном урегулировании отдельных вопросов в международном договоре, регулирующем их отношения;
- 3) в случаях когда стороны, заключившие договор, находятся в государствах, не участвующих в международных соглашениях, регулирующих внешнеэкономические сделки, и в договоре отсутствует соглашение о применимом праве.

¹ Участниками этого Соглашения являются: Азербайджан, Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Российская Федерация, Таджикистан, Туркмения, Узбекистан, Украина.

² Участниками Конвенции являются все государства, входящие в СНГ.

³ Подробнее см. § 4 настоящей главы.

В третьем случае, а нередко и во втором применимое право определяется судом, разрешающим спор, исходя из коллизионных норм.

Российское законодательство, как и законодательство большинства стран, предоставляет сторонам право выбора применимого права. Однако если в контракте отсутствует условие о применимом праве, действует общая коллизионная норма п. 1 ст. 1211 ГК РФ, относящаяся практически ко всем гражданско-правовым договорам и отсылающая в соответствующих случаях к **праву страны, с которой договор наиболее тесно связан**. Таким правом считается (если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела) *право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора*.

В договоре купли-продажи согласно пп. 1 п. 3 ст. 1211 ГК РФ такой стороной признается **продавец** (если иное не вытекает из закона, условий или существа договора или совокупности обстоятельств дела), а применимым правом — **право страны продавца**. Коллизионная отсылка к праву страны продавца содержится и в законодательстве многих стран — Польши, Швейцарии, Венгрии, Эстонии, Чехии, Румынии и др.

В литературе отмечалось, что предусмотренные п. 3 и 4 ст. 1211 ГК РФ презумпции для отдельных видов договоров представляют собой ориентиры, которыми суд может воспользоваться лишь в том случае, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела¹. Из этого следует, что отказ суда от применения таких презумпций может иметь место лишь при наличии не только прямых, но и косвенных свидетельств обоснованности использования иного подхода.



Например, при рассмотрении МКАС одного из споров по договору купли-продажи, — товар приобретен у другой российской организации (изготовителя) — выяснилось, что товар, проданный зарубежной фирмой российской организации, был ею в свою очередь отгружен изготовителем непосредственно покупателю (без вывоза товара за пределы России). С учетом этого, а также того, что контракт был заключен в России и расчеты за товар преду-

¹ См.: *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Части третьей (постатейный)* / отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. М., 2004. С. 487.

смаатривались в рублях через российский банк, суд признал применимым российское право, а не право страны продавца.

В тех случаях, когда применимым к конкретному договору международной купли-продажи будет признано **российское гражданское право**, следует руководствоваться:

- положениями ГК РФ о купле-продаже — при квалификации контракта в качестве договора купли-продажи (§ 1 гл. 30);
- правилами, регламентирующими договор поставки товаров, если контракт соответствует признакам договора поставки (§ 3 гл. 30).

Кроме того, к указанным договорам применяются общие положения ГК РФ об обязательствах (подразд. 1 разд. III), а также специальные правила, регулирующие внешнеэкономические сделки (ст. 162 — о последствиях несоблюдения простой письменной формы внешнеэкономической сделки; ст. 1209, определяющая право, подлежащее применению к форме внешнеэкономической сделки).

3. Обычай. Среди источников правового регулирования отношений по договору международной купли-продажи традиционно важное место занимают торговые обычаи.

Под **торговыми обычаями** понимаются сложившиеся в торговом обороте единообразные правила, включающие определенные положения по вопросам, которых они касаются.

Торговые обычаи не обладают той юридической силой, которая характерна для правовых норм, и применяются при условии, что это не противоречит воле сторон, совершающих внешнеэкономическую сделку¹. Указанные моменты существенны и их необходимо учиты-

¹ Проблеме торговых обычаев посвящен ряд исследований в отечественной юридической литературе. Подробнее см.: *Рамзайцев Д.Ф.* О значении обычаев в международной торговле // *Международные торговые обычаи*. М., 1958; *Луиц Л.А.* Международное частное право. Особенная часть. М., 1975; *Богуславский М.М.* Международное частное право: учебник. 5-е изд., перераб. и доп. с изм. М., 2008; *Вилкова Н.Г.* Правила толкования международных торговых терминов. Правовое регулирование и практика применения. М., 2008; *Звеков В.П.* Международное частное право: курс лекций. М., 1999; *Зыкин И.С.* Обычай и обыкновения в международной торговле. М., 1983; *Он же.* Внешнеэкономические операции: право и практика. С. 195 и след.; *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. С. 38 и след.; *Канашевский В.А.* Внешнеэкономические сделки. Материально-правовое

вать при обращении к обычаям в целях регулирования конкретных экономических отношений¹.

3.1. В ряде международных соглашений имеются **прямые указания на применение обычных правил**. Так, согласно п. 1 ст. 9 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимных отношениях. При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли. Применение обычных правил предусматривалось и в ОУП СЭВ 1968/1988 гг. (§ 19, 35, 37, 38).

Указания на применение обычаев содержатся также в п. 1 ст. VII *Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже* 1961 г. и в ст. 38 *Арбитражного Регламента Европейской экономической комиссии ООН (ЕЭК ООН)* 1966 г. В них говорится, что наряду с применимым правом арбитры будут руководствоваться положениями контракта и торговыми обычаями.

Аналогичная норма содержится в *Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже»* (п. 3 ст. 28). Применение торговых обычаев предусмотрено и ГК РФ: согласно п. 1 ст. 1186 право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, определяется наряду с международными договорами РФ, ГК РФ, другими федеральными законами, обычаями, признаваемыми в Российской Федерации.

3.2. В практике российской внешней торговли **обычные нормы применяются для толкования условий договора или его отдельных выражений и терминов и для разрешения вопросов, не отраженных в сдел-**

регулирование. С. 452 и след.; *Международное частное право: учебник* / под ред. Г.К. Дмитриевой. С. 414 и след.

¹ В литературе отмечаются различия между обычаями — источниками международного публичного права, которые формируются государствами, и международными торговыми обычаями, которые признаются государствами (подробнее см.: *Международное частное право: учебник* / под ред. Л.П. Ануфриевой, К.Я. Бекашева, Г.К. Дмитриевой. С. 94, 96, 97; *Международное частное право: учебник* / отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004. С. 63, 64.

ке. Применение обычая не должно противоречить воле сторон. Необходимо, чтобы он соответствовал общим намерениям сторон, не противоречил условиям заключенного договора.

Большое значение в разработке новых и упорядочении действующих торговых обычаев имеет деятельность ряда международных организаций и в первую очередь Европейской экономической комиссии ООН (ЕЭК ООН). К настоящему времени ею разработано около 30 различных типовых договоров и общих условий. Они касаются поставки и монтажа машин и оборудования, купли-продажи отдельных видов товаров (в их числе твердое топливо, пиломатериалы, картофель, зерновые, цитрусовые и др.).

К наиболее часто применяемым в международной торговле обычаям, изложенным в кодифицированной форме, в первую очередь следует отнести *Международные правила толкования торговых терминов (Инкотермс)*. Они были разработаны Международной торговой палатой на основе обобщения действующих в разных странах и в различных портах торговых обычаев. Первая их редакция была принята в 1936 г. В настоящее время действуют Инкотермс в редакции 2000 г. (седьмая редакция данного документа).

В документе дается унифицированное толкование используемых в международном коммерческом обороте 13 торговых терминов, определяющих базисы поставок: *CIF, FOB, FAS, DAF, DDP* и др.

Предусматривается распределение обязанностей продавцов и покупателей в связи с доставкой товара по договору международной купли-продажи: по заключению договоров перевозки и страхования, выполнению погрузочно-разгрузочных работ, оплате таможенных расходов, получению экспортных и импортных лицензий.

Определяется также момент перехода риска случайной гибели (повреждения) товаров с продавца на покупателя¹.

¹ В литературе высказываются различные позиции относительно правовой природы Инкотермс. Подробнее см.: *Вилкова Н.Г.* Правила толкования международных торговых терминов. Правовое регулирование и практика применения. С. 49 и след.; *Зыкин И.С.* Обычай и обыкновения в международной торговле. С. 17; *Звезков В.П.* Международное частное право: курс лекций. С. 93 и след.; *Канашевский В.А.* Международное частное право. С. 346 и след.; *Розенберг М.Г.* Венская конвенция 1980 г. в практике МКАС при ТПП РФ // Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров: к 10-летию ее применения Россией / сост. М.Г. Розенберг. С. 27, 28; *Фонотова О.В.* Применение Инкотермс в международном и внутреннем торговом обороте. М., 2008. С. 11 и след.

Следует отметить, что статус Инкотермс по национальному праву различных государств не является одинаковым. Так, в некоторых странах этому документу в целом или отдельным его положениям придан нормативный характер: в Испании и Украине — в отношении импортных сделок, в Ираке — по всем внешнеторговым сделкам.

В Австрии, Германии, Франции Инкотермс рассматривается как международный обычай, который применяется, если стороны не оговорили иное; в Англии и США — как обыкновение¹.

Постановлением Правления ТПП РФ от 28 июня 2001 г.² Инкотермс признан в России торговым обычаем, что имеет важное практическое значение для обеспечения определенности и предсказуемости его применения участниками международной купли-продажи товаров.

Ссылки на данный документ содержатся в разного рода общих условиях и типовых контрактах, включая некоторые общие условия ЕЭК ООН. Рекомендация предусматривать в контрактах применение Инкотермс при толковании базисных условий поставки была включена в ОУП СЭВ — Финляндия 1978 г.

3.3. Характерным для последних десятилетий стало появление различного рода **рекомендательных документов, разрабатываемых правительственными и неправительственными организациями** с учетом сложившихся положений действующих унифицированных актов и норм различных правовых систем, а также обычаев делового оборота (своды единообразных правил, типовые общие условия, типовые контракты, регламенты, рекомендации и др.). Объясняется это стремлением к созданию развернутой правовой базы, необходимой для четкого и ясного оформления заключаемых внешнеэкономических сделок, что важно в условиях динамично развивающихся международных торговых отношений.

¹ Подробнее см.: *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. С. 32 и след.; *Белов А.П.* Базисные условия поставки товара в экспортно-импортных контрактах // *Право и экономика*. 1996. № 12; *Lord Templeman, Sellemann P.* Law of International Trade. 1st edit., Old Bailey Press Ltd. 1997. P. 34, 59.

² Постановление Правления ТПП РФ от 28 июня 2001 г. № 117-13 «Развитие законодательства о предпринимательстве и роль Торгово-промышленных палат в этом процессе» // СПС «КонсультантПлюс».

В отличие от международных конвенций, применение которых осуществляется на основании волеизъявления участвующих в них государств, единообразное применение указанных документов, имеющих рекомендательный характер, происходит в результате обращения к ним самих участников делового оборота. Таким образом, стороны договора приобретают еще больше возможностей для самостоятельного выбора регулирующих их взаимоотношения правил.

Активно применяемые в торговых отношениях между организациями разных стран, такие источники в литературе относят к *негосударственному регулированию*, поскольку они исходят не от государства, не выражают его волю, но допускаются им¹. Это способствует расширению границ унификации регулирования отношений по международной купле-продаже путем достижения единообразия в условиях контракта.

Особое место среди актов негосударственного регулирования отношений в сфере международной торговли занимают *Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА)* 2004 г. и *Принципы Европейского договорного права* 1998 г. В них содержатся положения и правила, относящиеся не к отдельным видам международных сделок, а к договорному праву в целом².

Принципы УНИДРУА подготовлены Международным институтом по унификации частного права и впервые были опубликованы в 1994 г.³ В них нашли отражение многие вопросы, возникающие в процессе заключения и исполнения международных коммерческих контрактов, в том числе такие, по которым на этапе разработки унифицированных международных актов не удалось достичь согласованных решений. Учитывался здесь опыт подготовки не только международных унифицированных актов (Гаагских конвенций, Римской конвенции, Венской конвенции и др.), но и других доку-

¹ См.: Зыкин И.С. Негосударственное регулирование. Международное частное право. Современные проблемы / отв. ред. М.М. Богуславский. С. 409.

² Подробнее по этому вопросу см.: Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб., 2002; Bonell M.J. UNIDROIT Principles 2004 — The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law. Rome, 2004.

³ *Принципы международных коммерческих договоров* / пер. с англ. М., 1996.

ментов (в частности, разработанных Международной торговой палатой Международных правил толкования торговых терминов — Инкотермс, Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов), а также национальные правовые кодификации, в числе которых Единообразный торговый кодекс США и второй Свод контрактного права США, Гражданский кодекс Алжира 1975 г., Закон КНР о внешнеэкономическом договоре 1995 г. и пр.

В настоящее время Принципы международных коммерческих договоров действуют в редакции 2004 г.¹ Они представляют собой новый, дополненный пятью главами вариант Принципов 1994 г., включающий подробные комментарии к каждой статье и иллюстрации их применения в международных ситуациях. В них содержатся положения, касающиеся практически всех важных проблем, возникающих при заключении и исполнении коммерческих договоров. Несомненным достоинством новой редакции Принципов является включение в них положений, предполагающих совершение коммерческих сделок с использованием электронных средств связи.

По своей правовой природе Принципы являются факультативным документом, они *не обладают юридической силой и не являются обязательными для сторон внешнеэкономических сделок*. Как указывается во введении к Принципам, преимущественно этот документ отражает концепцию большинства, если не всех правовых систем, они включают то, что предположительно является наилучшим решением, даже если оно еще не является общепринятым.

Принципы состоят из преамбулы и 10 глав. Они подлежат применению в случае, если стороны согласились, что их договор будет регулироваться этим документом либо общими принципами права, *lex mercatoria* или тому подобным. Используются они также, когда для толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов, национального законодательства стороны не выбрали право, регулирующее их договор. Принципы вместе с тем могут служить в качестве модели для национальных и международных законодателей.

¹ Подробнее см.: *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА. 2004 / пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006.*

Общие положения, составляющие основу международных коммерческих отношений, закреплены в первой главе Принципов¹. Заключение договора, полномочия представителей, действительность толкования договора, содержание прав третьих лиц, исполнение и последствия неисполнения договора, зачет, уступка права, перевод обязательств, передача договоров и исковая давность регулируются, соответственно, в гл. 2–10 Принципов.

В новый текст документа включены *две типовые оговорки о применимом праве* на случай, когда стороны выбирают Принципы в качестве материального права. Первая из них предусматривает применение исключительно Принципов в качестве права, регулирующего договор. Вторая оговорка допускает в качестве применимого права не только Принципы, но еще и право определенного государства.

В отличие от Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Принципы имеют более широкую сферу действия, поскольку применимы к любым коммерческим договорам. В них нет отсылки к национальному праву. Вопросы, охватываемые сферой действия Принципов, но не получившие в них прямой регламентации, подлежат разрешению в соответствии с их основополагающими положениями.

Стороны могут исключить применение Принципов, отступать от них или изменять содержание любого из их положений, кроме случаев, когда иное не предусмотрено в Принципах.

Несмотря на рекомендательный характер самого документа, *ряд его положений имеет императивный характер*, в связи с чем стороны (при согласовании применения данного документа к своим отношениям) не могут исключать или отклоняться от них. Императивный характер придан положениям, которые отражают принципы и стан-

¹ К ним относятся: свобода договора, являющаяся основным принципом международной торговли, предоставляющая предпринимателям право свободно решать вопросы заключения договоров и определения их условий; свобода в определении формы договора; принцип обязательности договора, заключенного сторонами надлежащим образом; приоритет императивных норм над положениями Принципов; неимперативный характер Принципов; толкование и дополнение принципов; добросовестность и честная деловая практика; связанность сторон любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях.

дарты поведения, имеющие императивный характер в соответствии с национальным правом большинства стран. Императивными являются положения о добросовестности и честной деловой практике, об определении цены, о согласованном платеже при неисполнении, об исковой давности и др.

В силу своего характера и содержания Принципы УНИДРУА активно используются при согласовании участниками внешнеэкономических отношений условий заключаемых договоров; в некоторых случаях в контрактах содержатся ссылки на них как на источник правового регулирования отношений сторон — в качестве применимого права. К данному акту часто обращаются арбитражные органы при рассмотрении конкретных дел — когда требуется дать толкование условий контракта или норм национального права, подлежащего применению в случаях возникновения спора между сторонами, и т.д.¹

В связи с разработкой Принципов УНИДРУА и их активным применением участниками международных экономических отношений на практике и в правовой литературе возник вопрос о соотношении этого документа с другими международными актами и, прежде всего, с Венской конвенцией². При регулировании договоров международной купли-продажи Принципы УНИДРУА могут применяться наряду с Венской конвенцией в том случае, когда, в частности, требуется толкование отдельных ее положений, либо при необходимости восполнения имеющихся в ней пробелов.

¹ Вместе с тем практикой еще не выработан единообразный подход в отношении их применения в случаях отсутствия в контракте ссылки на данный документ. Это касается и зарубежных третейских судов, в частности Международного суда при Международной торговой палате, и МКАС (подробнее см.: *Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров*, С. 36 и след.; *Практика МКАС при ТПП за 2001–2002 гг.* / сост. М.Г. Розенберг. М., 2004. С. 353 и след.).

² Подробнее см.: *Комаров А.С. Венская конвенция 1980 г. и Принципы УНИДРУА // Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи: к 10-летию ее применения в России*. М., 2002. С. 9 и след.; *Он же. Прогрессивное развитие унификации правовых норм о международных коммерческих сделках (вступительная статья) // Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА*. С. XII и след.; *Lando O. Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles Moving from Harmonization to Unification // Uniform Law Review*, 2003. № 1–2. P. 124.

Арбитражные суды нередко обращаются к Принципам при разрешении споров для определения размера процентов годовых с суммы денежного обязательства.

3.4. В рамках Европейского союза широкое применение получили *Принципы Европейского договорного права*¹, подготовленные в 1998 г. неправительственной рабочей группой специалистов из стран ЕС и представляющие собой **свод унифицированных правил в области контрактного права**.

Они разрабатывались с целью сближения национальных законодательств государств ЕЭС в сфере международного торгового сотрудничества для обеспечения нормального функционирования общего рынка. Европейские принципы учитывают положения национальных унификаций, а также опыт международно-правовой унификации и, в первую очередь, — Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. В документе получили разрешение многие юридические вопросы, которые в силу различия правовых систем стран ЕС в национальном законодательстве регламентируются по-разному.

Европейские принципы состоят из девяти глав, включающих 131 статью. Статьи снабжены подробными комментариями и примерами из практики. В этих комментариях (в отличие от Принципов УНИДРУА) содержатся ссылки и на национальное право соответствующих стран.

Как и Принципы УНИДРУА, Принципы Европейского договорного права имеют рекомендательный характер.

В соответствии со ст. 1:101 Принципы могут применяться в трех случаях:

- 1) стороны согласились включить их в договор или согласились, что их договор будет регулироваться этими Принципами;
- 2) стороны согласились, что их договор будет регулироваться «общими принципами права», *lex mercatoria* или иными аналогичными положениями;
- 3) стороны не избрали никакой правовой системы или законодательства для регулирования их договора.

¹ Журнал международного частного права. 1999. № 1. С. 40–70.

Принципы Европейского договорного права *во многом совпадают* с Принципами УНИДРУА и Венской конвенцией 1980 г.¹

Европейские принципы (ст. 1:102), как и Принципы УНИДРУА, провозглашают свободу договора, указывают на право стороны свободно вступать в договор и определять его содержание, соблюдая требования добросовестности и честной деловой практики, а также обязательные нормы, установленные Принципами. При этом стороны могут исключить применение или отступить от любого положения Принципов, изменить их действие, кроме случаев, когда императивными нормами на этот счет установлены ограничения. Вместе с тем, как и в Принципах УНИДРУА, предусматривается приоритет императивных норм национального, наднационального и международного права над положениями Принципов (ст. 1:103).

Аналогично Принципам УНИДРУА в ст. 1:105 Европейских принципов нашло отражение положение ст. 9 Венской конвенции, предусматривающее, что стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях.

Установленные Европейскими принципами правила о заключении контракта, определении существенного нарушения договора, предоставлении потерпевшей стороне при принятии не соответствующего контракту исполнения права на соразмерное уменьшение цены, признании права потерпевшей стороны на проценты годовых в случае просрочки в уплате цены и ряд других в основном совпадают с соответствующими положениями Принципов УНИДРУА и Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

Вместе с тем между этими актами есть и *существенные различия*. Они касаются прежде всего сферы их действия. Европейские принципы распространяются не только на международные, но и на внутренние контракты, в том числе потребительского характера. Если Принципы УНИДРУА предназначены для универсального использования, то Европейские принципы созданы для применения «в качестве общих правил контрактного права в Европейских сооб-

¹ Подробно этот вопрос рассмотрен Н.Г. Вилковой. См.: *Договорное право в международном обороте*. С. 219–224.

ществах». Более широко по сравнению с Принципами УНИДРУА сформулировано правило о толковании Принципов, иначе решается вопрос о возмещении убытков и др. Следует также отметить, что Европейские принципы были приняты в качестве временного, промежуточного документа, поскольку в перспективе планируется превращение их в общеевропейский кодекс частного права, который будет принят странами ЕС не как рекомендация, а как юридически обязательный документ¹.

В работах, посвященных сравнительному анализу Принципов УНИДРУА и Европейских принципов, последние оцениваются как более совершенная форма унификации, их положения представляют собой более радикальное движение вперед по пути унификации, в то время как Принципы УНИДРУА в основном ориентированы на сложившуюся систему универсальных унифицированных актов².

К числу новых регуляторов международных коммерческих отношений, адресованных непосредственно участникам международных сделок и не требующих одобрения государствами, относятся, как уже отмечалось, типовые договоры (контракты), общие условия и другие документы, разрабатываемые правительственными и неправительственными организациями в целях облегчения условий международной торговли.

Помимо Европейской экономической комиссии ООН, являющейся международной правительственной организацией, большая работа в этом направлении проводится МТП — неправительственной организацией, объединяющей тысячи коммерческих объединений и национальных торговых и торгово-промышленных палат из 130 государств³, национальными организациями, среди которых часто отмечается деятельность Ассоциации по торговле зерном и кормами (Лондон), разработавшей более 70 типовых контрактов, отра-

¹ См.: Бахин С.В. Субправо. С. 62.

² См.: Blasé F. Leaving the Shadow for the Test of Practice — On the Future of the Principles of European Contract Law // The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration. 1999. Vol. № 3. № 1. P. 3—14; Базедов Ю. Возрождение процесса унификации права: европейское контрактное право и его элементы. С. 66—89.

³ См.: Шрепpler X.A. Международные экономические организации: справочник. М., 1998. С. 185—190.

жающих особенности торговли в зависимости от вида товара, места его происхождения, места назначения и т.д.¹

3.5. В сфере международной торговли большой интерес представляет разработанный МТП в 1997 г. *Типовой контракт международной купли-продажи готовых изделий, предназначенных для перепродажи*². Использование участниками международного коммерческого оборота данного документа позволяет значительно сократить время для подготовки внешнеторгового контракта, а также восполнить те пробелы в регламентации отношений международной купли-продажи товаров, которые имеются в Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., поскольку ряд принципиальных положений, не нашедших отражения в этой Конвенции, включены в Типовой контракт.

Это относится, в частности, к возможности взыскания неустойки за просрочку поставки и порядку ее исчисления, когда просроченный товар поставлен и принят, а также к случаям, когда из-за просрочки товара покупатель отказывается от контракта.

Типовой контракт предусматривает (если стороны не согласовали иное) применение Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. При этом Конвенция подлежит применению независимо от того, ратифицировали ее или нет страны продавца и покупателя. По вопросам, не урегулированным Венской конвенцией, применимым признается право страны, в которой находится коммерческое предприятие продавца.

Типовой контракт ориентирован в основном на покупателей, которые осуществляют перепродажу готовых изделий. Это могут быть дистрибьютеры, импортеры, оптовые покупатели и т.д. Данный контракт предназначен для разовых сделок купли-продажи, а не для долгосрочных соглашений о поставках. В нем содержится арбитражная оговорка, предусматривающая разрешение возникшего между сторонами спора в Арбитражном суде МТП.

¹ См.: Зыкин И.С. Обычай и обыкновения в международной торговле. С. 94, 95.

² СПС «КонсультантПлюс».

§ 2. Заключение и исполнение договора международной купли-продажи

В отличие от ряда других внешнеэкономических сделок процесс заключения и исполнения договоров международной купли-продажи подробно регламентирован унифицированными международно-правовыми актами.

1. Порядок заключения, содержание и форма договора.

Для заключения договора сторонам необходимо согласовать все его существенные условия в порядке и форме, установленными применимыми к их отношениям нормами права.

1.1. В части II Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., посвященной заключению договоров (ст. 14–24), определены условия, при которых предложение о заключении договора признается офертой, порядок направления ее и принятия (акцепта) адресатом, момент, с которого договор признается заключенным.

В соответствии со ст. 14 Венской конвенции предложение о заключении договора, адресованное одному или нескольким конкретным лицам, является **офертой**, если оно достаточно определенно и выражает намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта. Достаточно определенным является предложение, в котором обозначен товар и прямо или косвенно устанавливаются количество и цена либо порядок их определения. При отсутствии хотя бы одного из этих условий предложение не может признаваться офертой, а договор — заключенным.

Обозначение товара должно быть настолько определенным, чтобы при исполнении договора не возникало разногласий по поводу того, что именно подлежит поставке. Для этого, как правило, необходимо наряду с общим наименованием (определяющим групповую принадлежность товара) приводить дополнительные данные, характеризующие его качество, в соответствующих случаях комплектность и т.д.

Венская конвенция, как уже отмечалось, допускает возможность конкретизации названных в ней условий в дальнейшем, при том, однако, что в момент заключения договора будет согласован порядок установления их в последующем.

Стороны обычно согласовывают в договоре и другие необходимые для осуществления поставки условия: сроки поставки, порядок

и сроки приемки (осмотра) товара, предъявление претензий при выявлении несоответствия товара требованиям договора и пр., но Конвенция не относит их к числу обязательных (существенных) и отсутствие в договоре какого-либо из них не влечет по ее правилам признания его незаключенным. В этом случае соответствующие вопросы решаются на основе норм применимого права.

Оферта вступает в силу в момент получения ее адресатом (п. 1 ст. 15 Венской конвенции). Пункт 1 ст. 16 вместе с тем предусматривает, что пока договор не заключен, оферта может быть отозвана оферентом, если сообщение об отзыве будет получено адресатом оферты до отправки акцепта. В той же статье указаны случаи, когда оферта может быть признана безотзывной.

Статья 18 и несколько последующих посвящены **акцепту**, которым признается заявление или иное поведение адресата оферты, выражающее его согласие с ней. Есть оговорка, что молчание или бездействие не могут рассматриваться как акцепт.

Акцепт вступает в силу в момент, когда указанное согласие получено оферентом, — именно с этого момента договор считается заключенным. Ряд норм определяет, при каких условиях акцепт не имеет силы. Так, ответ на оферту, содержащий дополнения или изменения, рассматривается как отклонение оферты и встречная оферта. Однако если предлагаемые в ответе дополнительные или отличные условия не меняют существенно условий оферты, ответ может быть принят в качестве акцепта, но только при отсутствии возражений со стороны оферента. Такие возражения будут иметь значение, если они заявлены без неоправданной задержки.

Во всех случаях существенно изменяющими условия оферты считаются дополнения или изменения, касающиеся, среди прочего, цены, платежа, качества и количества товара, места и срока поставки, объема ответственности одной стороны перед другой или разрешения споров между сторонами (ст. 19 Венской конвенции).

В Венской конвенции не регламентирован такой распространенный способ заключения договоров, как направление одной из сторон (чаще всего продавцом) другой стороне проекта договора и возврат его адресатом, подписанным без замечаний (или с дополнениями и новыми предложениями). По этой схеме заключаются многие договоры международной купли-продажи. К ней в целом применимы положения Венской конвенции об оферте и акцепте, где направленный проект рассматривается как оферта, возврат подписанного

другой стороной договора (без существенных изменений) — как акцепт, а подписание договора с изменениями и дополнениями, вызывающими возражения у первой стороны, как встречная оферта.

Положения о **форме договора** изложены в ч. I Венской конвенции. Венская конвенция не содержит требования о заключении или подтверждении договора в письменной форме. Согласно ст. 11 договор может заключаться как письменно, так и устно и доказываться любыми средствами, включая свидетельские показания. Но из этого общего правила возможны изъятия для стран, законодательство которых предусматривает требование об обязательности письменной формы для договоров купли-продажи. Согласно ст. 12 и 96 Венской конвенции страны-участницы могут в любое время заявить о неприменимости указанных положений ст. 11.

Советский Союз был одной из стран, законодательство которых признавало недействительными внешнеторговые сделки, заключенные не в письменной форме. В связи с этим при присоединении к Венской конвенции Союз ССР сделал соответствующее заявление, которое сохранило свою силу и в отношении Российской Федерации. Аналогичные заявления были сделаны Украиной, Белоруссией, Венгрией, Китаем, Аргентиной и еще некоторыми странами.

В действующем российском законодательстве норма о недействительности внешнеэкономической сделки, совершенной не в письменной форме, приведена в п. 3 ст. 162 ГК РФ.

К письменной форме договора приравниваются сообщения по телеграфу и телетайпу (ст. 13 Венской конвенции).

Если договор международной купли-продажи не подпадает под действие Венской конвенции, в том числе в случаях, когда стороны, находящиеся в государствах, участвующих в ней, исключают ее применение к своим отношениям, следует руководствоваться соответствующими *правилами национального законодательства*. Здесь встречаются особенности правового регулирования, которые не всегда однозначно трактуются в литературе и на практике, в частности — касающиеся перечня условий, признаваемых существенными в силу закона. Так, российское законодательство относит к числу существенных условий договора поставки (разновидности договора купли-продажи), наиболее широко применяемого во внешнеэкономических отношениях, не только предмет и цену товара, но и срок (сроки) передачи товара покупателю (ст. 506 ГК РФ). Исходя из это-

го, при отсутствии в договоре условия о сроке поставки он в силу ст. 432 ГК РФ должен признаваться незаключенным.



Высший Арбитражный Суд РФ посчитал, однако, что срок поставки может определяться по правилам ст. 314 ГК РФ, допускающим признание договора заключенным при отсутствии в нем указаний о сроке (периоде) поставки¹. Такого подхода придерживается в своей практике и МКАС², хотя он явно небезупречен.

1.2. В ОУП СЭВ, а также в других актах, относящихся к этой группе, вопросы заключения договоров, в том числе требования к их содержанию, были разработаны более детально.

Подробное освещение порядка заключения международных договоров содержится в *Принципах УНИДРУА*. Данный документ регламентирует процесс ведения переговоров о заключении контракта. Указывая на то, что стороны свободны в проведении их и не несут ответственности при недостижении соглашения, Принципы вместе с тем предусматривают, что сторона, которая ведет или прерывает переговоры недобросовестно, признается ответственной за потери, причиненные другой стороне (ст. 2.1.15).

На участниках переговоров о заключении контракта лежит обязанность не раскрывать полученную от другой стороны конфиденциальную информацию, а также не использовать ее ненадлежащим образом для собственных целей независимо от того, будет ли впоследствии заключен договор. Нарушение данной обязанности влечет ответственность в форме возмещения убытков, определяемых размером выгоды, полученной стороной, нарушившей обязанность сохранить конфиденциальность.

2. Исполнение обязательств по договору.

В соответствии со ст. 35 Венской конвенции продавец должен поставить товар, который по количеству, качеству и описанию соответствует требованиям договора.

¹ См. п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки» // Вестник ВАС РФ. 1998. № 3. С. 23.

² Подробнее см.: *Розенберг М. Г.* Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. С. 25, 26.

2.1. Количество товара. Правила Венской конвенции исходят из безусловной обязанности продавца поставить товар в количестве, указанном в контракте. Требования Венской конвенции в отношении соответствия товара условиям договора распространяются не только на его количество, но и на другие параметры, характеризующие предмет договора (ст. 35).

Количество товара определяется, как правило, в принятых для него единицах измерения: штуках, объемах, весовых единицах. Исходя из указанных в контракте единиц измерения, продавец обязан определить объем отгруженного (поставленного) товара. На основе этих показателей и документов продавца, удостоверяющих количество товара, осуществляется его приемка покупателем.

В случае поставки лишь части товара Венская конвенция предоставляет покупателю право установить дополнительный срок разумной продолжительности для исполнения продавцом своих обязательств (п. 1 ст. 47), а при непоставке товара и в дополнительный срок — заявить о расторжении договора (пп. *b* п. 1 ст. 49).



По одному из дел, рассмотренных МКАС, письмо покупателя, направленное в адрес продавца, с требованием сообщить окончательные сроки отгрузки товара (с учетом того, что срок поставки товара по контракту уже истек) было квалифицировано исходя из ст. 47 Конвенции как предложение покупателя об установлении дополнительного срока разумной продолжительности для исполнения продавцом своих обязательств по поставке¹.

2.2. Качество товара. Требования к качеству подлежащего поставке товара согласовываются сторонами в договоре исходя из его свойств и назначения, целей, для которых он приобретает и должен использоваться. При отсутствии в договоре достаточно полных данных, определяющих необходимые требования к качеству, продавец должен передать покупателю товар обычного среднего качества, соответствующего целям, в которых его принято использовать.

В п. 2 ст. 35 Венской конвенции содержится перечень условий, являющихся основанием для признания поставленного товара не соответствующим условиям договора. За исключением случаев, когда

¹ См.: *Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г.* / сост. М.Г. Розенберг. М., 2008. С. 83.

стороны договорились об ином, *товар не соответствует договору, если он:*

- a)* не пригоден для тех целей, для которых товар того же описания обычно используется;
- b)* не пригоден для любой конкретной цели, о которой продавец прямо или косвенно был поставлен в известность во время заключения договора, за исключением тех случаев, когда из обстоятельств следует, что покупатель не полагался или что для него было неразумным полагаться на компетентность и суждения продавца;
- c)* не обладает качествами товара, представленного продавцом покупателю в качестве образца или модели;
- d)* не затарирован или не упакован обычным для таких товаров способом, а при отсутствии такового — способом, который является надлежащим для сохранения и защиты данного товара.

Перечисленные условия следует рассматривать как критерии, которые необходимо иметь в виду продавцу при исполнении обязательств по поставке товара, а покупателю при осуществлении его приемки. Важное значение вместе с тем имеет норма п. 3 ст. 35, где сказано, что продавец не несет ответственности по основаниям, указанным в пп. *a—d* п. 2 ст. 35, за любое несоответствие товара, если во время заключения договора покупатель знал или не мог не знать о таком несоответствии.

В *ОУП СЭВ (§ 19)* и в *ОУП СССР-КНДР (§ 10)* предусматривались более конкретные требования к качеству товара.

В *Принципах УНИДРУА* содержится общее положение, касающееся определения качества исполнения (ст. 5.1.6). В нем предусматривается, что, если качество исполнения не установлено договором или не может быть определено на основе договора, сторона обязана осуществить исполнение, исходя из разумных требований к качеству, которое должно быть не ниже среднего уровня, с учетом конкретных обстоятельств. Понятие «**среднее качество**» означает, что товар должен отвечать тем характеристикам и иметь те свойства, которые содержат такие же товары на соответствующем рынке в момент исполнения.

Продавец несет ответственность за любое несоответствие товара, существующее в момент перехода риска на покупателя, даже если это несоответствие становится очевидным только позднее (п. 1 ст. 36

Венской конвенции). Имеется в виду любое несоответствие товара, являющееся следствием нарушения продавцом любого своего обязательства.

Венская конвенция непосредственно не устанавливает гарантийных обязательств продавца (что предусматривалось, например, в ОУП СЭВ), но исходит из возможности установления их в договоре и указывает на последствия нарушения таких обязательств продавцом (п. 2 ст. 36, п. 2 ст. 39).

Под **гарантией** в Венской конвенции понимается ручательство (в течение определенного срока) за то, что товар будет оставаться пригодным для обычных целей или конкретной цели либо будет сохранять обусловленные качества или свойства.

В соответствии со ст. 38 Венской конвенции покупатель должен осмотреть товар или обеспечить его осмотр в короткий, практически возможный при данных обстоятельствах срок. Если договором предусмотрена перевозка товара, осмотр его может быть отложен до прибытия в место назначения (п. 1, 2).

При выявлении несоответствия товара покупателю необходимо известить об этом продавца в течение разумного срока, указав необходимые сведения о характере несоответствия. При невыполнении этого требования (п. 1 ст. 39 Венской конвенции) покупатель утрачивает право ссылаться на несоответствие полученного им товара. Это право утрачивается покупателем в любом случае, если необходимое извещение не будет направлено продавцу в пределах двухлетнего срока с даты фактической передачи ему товара (п. 2 ст. 39). К указанной норме сделана, однако, оговорка — установленный ею предельный срок действует при условии, что он не противоречит предусмотренному договором сроку гарантии.

Покупатель, исходя из характера выявленных в товаре недостатков, а также с учетом других обстоятельств вправе заявить продавцу требования:

- о замене товара, если выявленное несоответствие может быть отнесено к существенным нарушениям договора (п. 2 ст. 46);
- об исправлении недостатков (если они носят исправимый характер), за исключением случаев, когда это было бы неразумным при складывающихся обстоятельствах;
- уценить товар в той пропорции, в какой стоимость, которую фактически поставленный товар имел на момент поставки,

соотносится со стоимостью, которую на тот же момент имел бы товар, соответствующий договору (ст. 50).

При существенном нарушении договора, в том числе относящемся к качеству товара, покупателю предоставляется право расторгнуть его (пп. а п. 1 ст. 49).

В ОУП СЭВ подробно регулировался порядок предоставления гарантий на поставляемые товары (§ 20, 40, 44).

Принципы УНИДРУА в части обеспечения исполнения обязательств во многом совпадают с Конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Указывая на необходимость исполнения обязательства в натуре, Принципы вместе с тем допускают отступления от этого требования при определенных условиях. Согласно ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА *сторона может потребовать исполнения, кроме случаев:*

- a) когда исполнение невозможно юридически или фактически. Невозможность исполнения в натуре не ведет к прекращению договора, и потерпевшая сторона может воспользоваться другими средствами защиты;
- b) исполнение или, в соответствующих случаях, принудительное исполнение является не разумно обременительным или дорогостоящим;
- c) сторона, имеющая право на исполнение, может разумно получить исполнение из другого источника. В данном случае имеются в виду ситуации, когда предметом купли-продажи являются массовые товары, которые без труда и потери времени можно приобрести у других продавцов. Потерпевшая сторона может прекратить договор и заключить заменяющую сделку. Если такая сделка совершена в разумный срок и разумным способом, потерпевшая сторона может на основании ст. 7.4.5 получить разницу между договорной ценой и ценой заменяющей сделки, а также возмещение любого последующего ущерба;
- d) исполнение носит исключительно личный характер. Как указывается в комментарии к Принципам УНИДРУА¹, точные рамки данного исключения зависят от того значения, которое вкладывается в выражение «исключительный характер». Со-

¹ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004. С. 237.

временная тенденция — сведение этого понятия к исполнению, имеющему уникальный характер. Указанное исключение не применяется к обязательствам, принимаемым на себя компаниями. Исполнение имеет исключительно личный характер, если оно не может быть возложено на другое лицо и требует индивидуального художественного мастерства, специальных научных знаний или если исполнение связано с конфиденциальными или персональными отношениями;

- е) сторона, имеющая право на исполнение, не требует его в разумный срок после того, как она узнала или должна была узнать о неисполнении.

3. Место, сроки и порядок исполнения обязательства продавцом.

3.1. Исполнение договора международной купли-продажи в надлежащем месте и в установленные договором сроки относится к основным обязанностям продавца. **Место передачи товара** покупателю определяется в большинстве случаев сторонами в контракте. С местом сдачи товаров связано и определение момента исполнения договора (дата поставки).

В тех случаях, когда место исполнения в договоре сторонами не определено, продавец согласно ст. 31 Венской конвенции признается выполнившим свое обязательство поставить товар (при необходимости транспортировки его) в момент передачи товара первому перевозчику для доставки покупателю.

Если предметом договора является товар, определенный индивидуальными признаками, и стороны договора знали о том, что товар должен быть изготовлен в определенном месте, обязательство продавца по передаче товара считается выполненным в момент предоставления товара покупателю в этом месте.

Во всех остальных случаях продавец обязан предоставить товар в распоряжение покупателя в месте, где в момент заключения договора находилось коммерческое предприятие продавца.

Когда передаваемый перевозчику товар четко не идентифицирован, на продавца возлагается обязанность известить покупателя об отправке товара. Если на продавца возлагается обязанность обеспечить перевозку товара, он должен избрать наиболее целесообразный вид транспорта и заключить соответствующие договоры с транспортными организациями. В тех случаях, когда продавец не обязан страховать товар, он должен по просьбе покупателя предоставить ему

всю имеющуюся информацию, необходимую для осуществления такого страхования (ст. 32 Венской конвенции).

Срок поставки определяется в соответствии с порядком, предусмотренным в ст. 33 Венской конвенции. Согласно п. *а* указанной статьи, если договор устанавливает или позволяет определить дату поставки, продавец должен поставить товар в эту дату¹.



Разрешая спор между сторонами по делу № 95/2004, МКАС определил период (дату) поставки каждой партии товара, основываясь на указанной норме Венской конвенции и исходя при этом из смысла заключенного сторонами контракта.

Наиболее распространенным во внешнеторговой практике является согласование индикативных сроков, определяющих не конкретную дату поставки товара, а периоды времени, исчисляемые месяцами, неделями, днями. В этих случаях согласно п. *б* ст. 33 Венской конвенции продавец может поставить товар в любой момент в пределах соответствующего периода, если из обстоятельств не следует, что дата поставки назначается покупателем. Если стороны не согласовали срок исполнения, продавец должен поставить товар в разумный срок после заключения договора.

Досрочная поставка в коммерческой практике по общему правилу признается допустимой лишь с согласия покупателя, которое может быть выражено в контракте либо в более позднем сообщении. Из этой посылки исходит Венская конвенция, в п. 1 ст. 52 которой предусмотрено, что при досрочной поставке покупатель может принять поставку или отказаться от нее. В последнем случае он должен принять такие меры, которые будут являться разумными при данных обстоятельствах для сохранения товара (п. 2 ст. 86)².

Обязательство передать покупателю относящиеся к товару документы — еще одна обязанность продавца, предусмотренная ст. 30 и 34 Венской конвенции. Выполнить эту обязанность он должен в срок, в месте и в форме, предусмотренных договором. При передаче документов ранее согласованного срока продавец может до ис-

¹ См.: *Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г.* / сост. М.Г. Розенберг. М., 2006. С. 227.

² Подробнее см.: *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров. Комментарий к законодательству и практике разрешения споров. С. 185 и след.

течения такого срока устранить любое несоответствие в документах, при условии что осуществление им этого права не причиняет покупателю несоразумных неудобств или несоразумных расходов. Покупатель в этом случае сохраняет право требовать возмещения убытков в соответствии с Конвенцией.

3.2. В ОУП СЭВ место поставки, момент перехода права собственности и риска случайной утраты или случайного повреждения товара определялись применяемым к данному контракту базисным условием поставки.

3.3. Общее правило о месте исполнения обязательства установлено в п. 1 ст. 6.1.6 *Принципов УНИДРУА*: сторона согласно указанной статье должна исполнить свое обязательство в месте, где находится ее предприятие.

Денежные обязательства исполняются в месте нахождения предприятия кредитора. В тех случаях, когда после заключения договора происходит изменение места нахождения предприятия одной из сторон, она должна принять на себя бремя увеличения расходов, обусловленное данным обстоятельством.

Положение о сроке исполнения сторонами своих обязательств, содержащееся в Принципах, совпадает с соответствующей нормой Венской конвенции.

Устанавливая **требования к порядку исполнения обязательств**, Принципы выделяют два случая:

- 1) когда исполнение обеими сторонами может быть произведено одновременно. При такой ситуации стороны, если это возможно, обязаны осуществить исполнение одновременно;
- 2) когда для исполнения обязательства лишь одной стороной требуется определенный период времени, данная сторона обязана осуществить свое исполнение первой (ст. 6.1.4).

Кредитору предоставлено право отказаться от досрочного исполнения обязательства, кроме случаев, когда он не имеет законного интереса поступить таким образом (ст. 6.1.5). Принятие стороной досрочного исполнения не влияет на срок исполнения ею обязательств, если этот срок был установлен вне зависимости от исполнения обязательств другой стороной. Если в результате досрочного исполнения кредитор понес дополнительные расходы, они возлагаются на другую сторону.

В тех случаях, когда действительность и (или) исполнение договора зависят от *получения разрешения какого-либо государства*,

Принципы предусматривают обязанность соответствующей стороны получить такое разрешение (ст. 6.1.14). Необходимые меры должны приниматься стороной, имеющей свое предприятие в стране, законодательство которой устанавливает такие требования. В любом другом случае получить разрешение должна сторона, исполнение которой нуждается в государственном разрешении.

4. Оплата товара покупателем.

4.1. В соответствии со ст. 53 Венской конвенции **покупатель обязан уплатить цену за товар** и принять его в соответствии с условиями договора и требованиями Конвенции.

Цена, как отмечалось, отнесена ст. 14 Венской конвенции к существенным условиям договора (должна указываться в оферте), но определение ее может быть прямым или косвенным либо осуществляться в порядке, установленном договором. Из этой нормы следует, что при отсутствии в договоре условия о цене или порядке ее определения он не может признаваться заключенным.

Однако в ст. 55 той же Конвенции говорится, что в тех случаях, когда договор заключен юридически действительным образом, но в нем прямо не предусмотрен порядок определения цены, считается, что стороны, при отсутствии какого-либо указания об ином, подразумевали ссылку на цену, которая в момент заключения договора обычно взималась за такие товары, продававшиеся при сравнимых обстоятельствах в соответствующей области торговли.

В литературе обращалось внимание на противоречивость указанных положений. М.Г. Розенбергом было высказано мнение о том, что это противоречие может быть устранено путем применения ст. 6 этого акта, в силу которой стороны могут отступать от любого положения Венской конвенции или изменить его действие. Из этого делается вывод, что отсутствие в договоре соглашения сторон о цене можно рассматривать как их договоренность отступить от ст. 14 Венской конвенции¹.

Суды, однако, не всегда считают возможным применять ст. 55 при отсутствии соглашения сторон о цене товара или способе ее определения.

¹ См.: *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий*. С. 51–53.



Так, при рассмотрении одного из дел МКАС¹ установил, что в направленном продавцом покупателю телексе относительно поставки дополнительной партии товара содержалось только его название и количество. Указания на цену товара или порядок ее определения не было. Ссылка в телексе на то, что цены на товар будут согласованы за 10 дней до начала нового года, исключала возможность применения ранее согласованной в контракте цены и, по мнению арбитражного суда, не могла толковаться как установление порядка ее определения. Она была расценена судом лишь как выражение согласия сторон на достижение договоренности о цене на товар в будущем. С учетом этого суд не нашел в данном случае основания для применения ст. 55 Венской конвенции. Из-за отсутствия соглашения сторон о цене договор на поставку дополнительной партии товара был признан незаключенным.

Вопрос об устранении несогласованности между указанными статьями Венской конвенции следует отнести к числу актуальных.

При применении к отношениям сторон российского права (по соглашению сторон, договоренности об исключении применения Венской конвенции) вопросы определения цены на товар и порядка оплаты его решаются в соответствии с положениями ГК РФ о договорах купли-продажи.

Согласно ст. 485 ГК РФ покупатель обязан оплатить товар по цене, предусмотренной в договоре купли-продажи, либо, если она договором не предусмотрена и не может быть определена исходя из его условий, по цене, определяемой в соответствии с п. 3 ст. 424 ГК РФ.

Пункт 3 ст. 424 ГК РФ устанавливает, что в случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги. Российское законодательство, таким образом, более либерально решает вопрос об определении цены в рассматриваемых договорах.

¹ См.: Розенберг М.Г. Практика Международного коммерческого арбитражного суда: науч.-практ. комментарий. М., 1997. С. 46 и след.

Обязательство покупателя уплатить цену согласно ст. 54 Венской конвенции 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.

Местом исполнения покупателем обязанности уплатить цену за товар является **место нахождения коммерческого предприятия продавца**.

Если же платеж должен быть произведен одновременно с передачей товара или документов, относящихся к нему, покупатель обязан уплатить цену в месте их передачи.

Сторонам предоставляется право предусмотреть и любое иное место, где должен состояться платеж за товар, но соответствующее условие должно быть четко сформулировано в договоре.

Оплата товара должна осуществляться в согласованный сторонами срок. При нарушении покупателем этого обязательства продавец может предоставить ему дополнительный срок разумной продолжительности для оплаты товара. Если и в этот срок оплата не будет произведена либо покупатель заявит о том, что он не выполнит своего обязательства в этот срок, продавцу дается право расторгнуть договор.

4.2. Согласно *ОУП СЭВ* отсутствие в контракте определенной или определимой цены влекло признание его незаключенным.

4.3. Общее правило определения цены, закрепленное в *Принципах УНИДРУА*, близко по своему содержанию к положениям ст. 55 Венской конвенции. В п. 1 ст. 5.1.7 предусматривается, что в тех случаях, когда в договоре не предусмотрена цена или порядок ее определения, считается, что стороны при отсутствии какого-либо указания об ином подразумевают ссылку на цену, которая в момент заключения договора обычно взималась за такое исполнение в сравнимых обстоятельствах в соответствующей области предпринимательской деятельности, или, если такая цена отсутствует, ссылку на разумную цену.

В Принципах отражены также случаи, когда цена согласно условиям договора может устанавливаться одной стороной или третьим лицом либо определяться со ссылкой на внешние факторы.

Платеж может быть осуществлен в любой форме, используемой в ходе обычной деловой практики, в месте платежа. При этом согласно положению, закрепленному в ст. 6.1.6, местом исполнения де-

нежного обязательства считается место нахождения коммерческого предприятия кредитора.

В том случае, если кредитор не указал конкретный счет, допускается осуществление платежа путем денежного перевода в любое финансовое учреждение, относительно которого кредитор дал знать, что имеет там счет. Обязательство должника считается выполненным, когда состоялся перевод в финансовое учреждение кредитора.

В Принципах УНИДРУА подробно излагаются вопросы, касающиеся валюты платежа (ст. 6.1.9 и 6.1.10), очередности совершения платежей (ст. 6.1.12), которые не нашли отражения в Венской конвенции.

5. Ответственность сторон. Ответственность за нарушение обязательств по договору купли-продажи относится к основным способам защиты прав и законных интересов стороны, не получившей надлежащего исполнения. В правовых актах, регулирующих указанные отношения, вопросы ответственности регламентируются с разной степенью детализации. Обычно выделяются положения общего характера, определяющие основания, принципы и формы ответственности, а также условия, допускающие освобождение от нее, и нормы, устанавливающие определенные санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, принимаемых на себя каждой из сторон.

5.1. В Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. положения об ответственности содержатся в нескольких разделах:

- последствия нарушения обязательств продавцом определены, как уже отмечалось, в разд. III гл. II ч. III (ст. 45–52);
- средства правовой защиты при нарушении обязательств покупателем посвящен разд. III гл. III ч. III (ст. 61–65);
- положения, общие для продавца и покупателя, в том числе о формах ответственности и условиях ее применения, содержатся в гл. V ч. III (ст. 71–80).

На основе всех этих норм выстраивается следующая система мер ответственности, предусмотренных Венской конвенцией.

Основной формой ответственности по Венской конвенции является **возмещение убытков**. Под убытками в ст. 74 подразумевается **положительный ущерб** и **упущенная выгода**. Как отмечает О.Н. Сади-

ков¹, краткая формула указанной статьи Конвенции важна в том отношении, что она трактует как равнозначные термины «убытки» и «ущерб» и использует для характеристики убытков две традиционные категории гражданского права: реальный ущерб и упущенную выгоду.

При этом, как указано в ст. 74 Венской конвенции, убытки не могут превышать ущерба, который нарушившая договор сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения договора как возможное последствие его нарушения, учитывая обстоятельства, о которых она в то время знала или должна была знать.

Конкретные виды ущерба (затраты, потери и т.д.) различаются в зависимости от характера и последствий нарушения договора. Некоторые из них указаны в Венской конвенции и иных актах, в том числе вынужденные дополнительные расходы при расторжении договора из-за существенных его нарушений.

В тех случаях, когда после расторжения договора совершаются замещающие сделки (покупатель разумным образом и в разумный срок приобретает взамен непоставленного товара другой или продавец перепродает товар, который он не смог поставить покупателю), потерпевшая сторона согласно ст. 75 Венской конвенции может взыскать разницу между договорной ценой и ценой по совершенной взамен сделке.

Если замещающая сделка по каким-либо причинам не была осуществлена и имеется текущая цена на данный товар, потерпевшая сторона может потребовать разницу между ценой, установленной в договоре, и текущей ценой на момент расторжения договора. И в том, и в другом случае она может в соответствии со ст. 74 Венской конвенции требовать помимо этого взыскания любых дополнительных убытков, которые будут надлежаще обоснованы. Если, однако, сторона, требующая возмещения ущерба, расторгнет договор после принятия товара, вместо текущей цены на момент его расторжения будет применяться цена на момент принятия товара (ст. 76 Венской конвенции).

¹ См.: Садилов О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М., 2009. С. 194.

Указаны подлежащие возмещению убытки при поставке товаров ненадлежащего качества: расходы по устранению дефектов, уценка и др. Перечни эти не являются исчерпывающими.

На сторону, ссылающуюся на нарушение договора, возлагается обязанность осуществить необходимые меры для уменьшения ущерба (включая упущенную выгоду), возникающего вследствие нарушения договора. В противном случае размер возмещаемых убытков может быть сокращен (ст. 77). Устанавливаемый данной статьей правовой принцип хорошо известен практически всем правовым системам. Основная идея заключается в том, что при нарушении договора сторона, которая несет в связи с этим ущерб, должна предпринять превентивные меры по уменьшению ущерба, а не пассивно наблюдать за их увеличением и лишь затем предъявлять иск об их возмещении¹.



На положения данной статьи неоднократно ссылался МКАС при рассмотрении споров. В одном из решений было признано нарушением принципов разумности и сотрудничества сторон, предусмотренных Венской конвенцией, поведение покупателя, который при очевидной невозможности возобновления поставок товара продавцом своевременно не воспользовался своим правом на расторжение договора и закупку другого товара взамен непоставленного (ст. 25 и 49 Венской конвенции).

Арбитражный суд счел возможным применить ст. 77 Венской конвенции и на этом основании уменьшил размер взыскиваемой с продавца в пользу покупателя упущенной выгоды на 25%².

Нормативное закрепление возмещения убытков как универсальной формы ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств отражает, прежде всего, компенсационную роль санкций, применяемых в гражданском праве.

Ответственность по Венской конвенции наступает вне зависимости от вины нарушителя за сам факт неисполнения стороной сво-

¹ Подробнее см.: *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий*. С. 178 и след.; *Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: Комментарий к законодательству и практике разрешения споров*. С. 224 и след.

² См.: *Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г.* / сост. М.Г. Розенберг. С. 146.

их обязательств по договору. Ответственность в данном случае носит объективный характер (исключения из этого правила предусмотрены в ст. 79 Венской конвенции).

Взыскание неустойки Венской конвенцией не предусмотрено, что не лишает стороны возможности включения условий об уплате ее в договор. Если такое условие будет согласовано сторонами, то вопрос о применении неустойки и соотношении ее с убытками должен решаться в соответствии с нормами применимого национального права.



По одному из дел, рассмотренных МКАС, было признано правомерным требование продавца о взыскании с покупателя неустойки (штрафа) за задержку оплаты поставленного ему товара. Применение ее было предусмотрено в заключенном сторонами контракте, а возможность установления такой санкции в договоре допускается гражданским законодательством РФ (ст. 330 ГК РФ), подлежавшем субсидиарному применению к отношениям сторон по договору.

В решении по другому делу МКАС квалифицировал предусмотренную договором неустойку за непоставку товаров в согласованный сторонами срок как штрафную и, руководствуясь п. 1 ст. 394 ГК РФ, примененной субсидиарно, пришел к выводу, что в этом случае причиненные покупателю убытки подлежат взысканию сверх суммы неустойки¹.

Если неисполнение обязательства вызвано нарушением со стороны третьего лица, привлеченного к выполнению договора, то ссылка на это обстоятельство принимается во внимание (по общему правилу) лишь в случае, если у третьего лица возникли такие препятствия, которые освободили бы его в силу Венской конвенции от ответственности.

В Венской конвенции содержится норма, предусматривающая *учет вины кредитора* при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств. Согласно ст. 80 ответственность стороны, не исполнившей договор, уменьшается в той мере, в какой это неисполнение вызвано действиями или упущениями контрагента.

¹ См.: *Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г.* / сост. М.Г. Розенберг. С. 35, 146 и след.



Примером применения этой нормы может быть решение МКАС по делу, где истцом выступала германская фирма (продавец), а ответчиком — российская организация (покупатель)¹. Арбитражный суд признал, что одной из причин задержки выполнения обязательств по поставке товаров в срок было неоказание продавцом должного содействия покупателю (бездействие истца) в получении разрешения на ввоз товара, что он обязан был осуществить в соответствии с договором. С учетом этого сумма убытков, возникших из-за нарушения срока поставки, была распределена между сторонами.

Специальная норма Венской конвенции посвящена *ответственности за просрочку оплаты товара и несвоевременное исполнение других денежных обязательств*. В ст. 78 предусматривается право стороны на получение процентов годовых при просрочке другой стороной исполнения денежного обязательства. Потерпевшая сторона может воспользоваться этим правом вне зависимости от того, потребовала она возмещения убытков на основании ст. 74 или нет².

Размер процентов или порядок их определения Венской конвенцией не установлен, в связи с чем в случае возникновения спора ставка определяется судом исходя из положений применимого национального права или путем обращения к общим принципам Венской конвенции (ст. 7). Когда применимым является российское право, суды обращаются к ст. 395 ГК РФ³. На основании п. 1 этой

¹ Дело № 53/2005. См.: *Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г.* / сост. М.Г. Розенберг. С. 47 и след.

² В литературе высказывались различные мнения относительно правовой природы этих процентов: являются ли они ответственностью за просрочку (формой неустойки) или же представляют собой плату за пользование чужими денежными средствами (подробнее см.: *Розенберг М.Г. Правовая природа годовых по денежным обязательствам (практические и теоретические аспекты применения новых положений Гражданского кодекса Российской Федерации)* // *Гражданский кодекс России: Проблемы. Теория. Практика*. М., 1997. С. 309; *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие вопросы*. М., 1997. С. 550; *Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам*. М., 2000. С. 50 и др.

³ По поводу применения ст. 395 ГК РФ имеются разъяснения, данные в постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (Вестник ВАС РФ. 1996. № 9. С. 5–20) и от 8 октября 1998 г. № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской

статьи за просрочку платежа подлежат уплате проценты в размере, который определяется существующей в месте нахождения кредитора учетной ставкой банковского процента, если иное не предусмотрено законом или договором.

Предусматриваемые Венской конвенцией иные меры защиты при нарушении обязательств продавцом или покупателем (ст. 45 и 61) направлены на обеспечение реального исполнения обязательств по договору и предупреждение (сокращение) негативных последствий, которые могут возникнуть в случае нарушения.

Специальный раздел Венской конвенции посвящен последствиям предвидимого нарушения договора и порядку отказа от договора при поставке товара отдельными партиями, когда допущено существенное нарушение относительно какой-либо из партий (разд. I гл. V ч. III).

5.2. Положения об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, содержащиеся в ОУП СЭВ и ряде других актов, принятых в рамках (или с участием) этой организации, имели существенные отличия (см. гл. XII ОУП СЭВ «Некоторые общие положения об ответственности»).

5.3. В Принципах УНИДРУА вопросы ответственности за нарушение договора во многих случаях решаются по аналогии с Конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., но есть и некоторые существенные дополнения.

Любое неисполнение согласно ст. 7.4.1 Принципов УНИДРУА дает потерпевшей стороне **право на возмещение либо только убытков, либо убытков в сочетании с другими средствами правовой защиты.** Исключение составляют случаи непреодолимой силы или указание в контракте на случаи, когда ответственность за неисполнение не наступает.

Право на возмещение убытков и право применения других средств правовой защиты возникают в силу самого факта неисполнения обязательства.

Принцип полной компенсации ущерба, понесенного в результате неисполнения договора, закрепленный в ст. 74 Венской конвенции, нашел отражение в п. 1 ст. 7.4.2 Принципов УНИДРУА. Ущерб вклю-

чает любые понесенные стороной потери и всякую выгоду, которой она была лишена вследствие неисполнения. Необходимым условием для его возмещения является наличие причинной связи между неисполнением и возникшим ущербом, а также его достоверность. Если размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение его осуществляется по усмотрению суда.

В Принципах УНИДРУА нашли отражение положения, содержащиеся в ст. 74–77 Венской конвенции. Они касаются ограничения возмещаемого ущерба неисполнившей стороной в случае, если она его не предвидела (ст. 7.4.4), совершения потерпевшей стороной заменяющей сделки (ст. 7.4.5 и 7.4.6.), уменьшения размера убытков в тех случаях, когда ущерб причинен в результате действия или упущения потерпевшей стороны (ст. 7.4.7 и 7.4.8).

Как и в Венской конвенции, в Принципах УНИДРУА не предусматривается взыскание неустойки за отдельные виды нарушения обязательств. Помимо материального ущерба Принципы допускают возможность компенсации и нематериального (морального) вреда.

Право на получение процентов годовых при просрочке исполнения денежного обязательства четко отражено в ст. 7.4.9 Принципов УНИДРУА. В ней предусматривается, что, если сторона не уплачивает денежную сумму при наступлении срока платежа, потерпевшая сторона имеет право на проценты годовых на эту сумму с момента наступления срока платежа до момента уплаты независимо от того, освобождается ли сторона от ответственности за неплатеж. При этом размер процентов годовых должен составлять среднюю банковскую ставку по краткосрочному кредитованию первоклассных заемщиков, превалирующую в отношении валюты платежа в месте платежа, либо если такая ставка отсутствует в этом месте, то такую же ставку в государстве валюты платежа. При отсутствии такой ставки в любом из этих мест в качестве ставки процентов годовых должна применяться соответствующая ставка, установленная законом государства валюты платежа. При этом Принципы допускают начисление процентов годовых и за просрочку выплаты суммы убытков (ст. 7.4.10).

6. Освобождение от ответственности. Во всех правовых источниках, регулирующих международную куплю-продажу, в качестве основания освобождения от ответственности предусматривается наличие обстоятельств непреодолимой силы.

Под непреодолимой силой понимаются обстоятельства, которые возникли после заключения контракта в результате непредвидимых и неотвратимых стороной событий чрезвычайного характера.

6.1. Согласно ст. 79 *Венской конвенции* сторона не отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение любого из своих обязательств, 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 либо избежания или преодоления этого препятствия и его последствий. Таким образом, Конвенция формально отошла от принципа вины как основания ответственности¹.

Сторона, которая не выполняет своих обязательств, должна направить другой стороне (в течение разумного срока) извещение. При неполучении такого извещения убытки, связанные с этим, несет сторона, которая обязана была направить извещение.

Аналогичные положения содержатся и в других международных актах, а также в национальном законодательстве многих стран.

6.2. Подробно регламентируют эти вопросы Принципы УНИДРУА. В соответствии со ст. 7.1.7 сторона освобождается от ответственности за неисполнение, если докажет, что неисполнение было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора или избежания, или преодоления этого препятствия или его последствий. При этом если препятствие носит временный характер, то освобождение от ответственности распространяется лишь на период времени, который является разумным, принимая во внимание влияние препятствия на исполнение договора.

Не исполнившая договор сторона обязана уведомить вторую сторону о возникновении препятствия и его влиянии на ее способность исполнить обязательство. Если же такое уведомление не получено другой стороной в течение разумного срока после того, как неисполнившая сторона узнала или должна была узнать о препятствии, виновная сторона несет ответственность за убытки, ставшие результатом неполучения уведомления.

¹ См.: Комаров А.С. Новое в правовом регулировании внешнеторговых контрактов // Внешняя торговля. 1990. № 2. С. 26.

Обстоятельства непреодолимой силы не лишают сторону возможности воспользоваться правом прекратить договор или приостановить свое собственное исполнение, или даже просить уплаты процентов годовых, за исключением требования убытков и неустойки.

На практике стороны иногда широко трактуют понятие непреодолимой силы.



Так, по одному из дел, рассмотренных МКАС, суд признал несостоятельным довод ответчика, пытавшегося оправдать неисполнение обязательства наличием форс-мажорных обстоятельств, отнеся к таковым увеличение заработной платы, тарифов и цен, повлекшее за собой увеличение цены предмета контракта. Суд в решении отметил, что, заключая договор, ответчик должен был разумно предвидеть изменение цен на комплектующие изделия, тарифов за работы и услуги и других показателей, влияющих на себестоимость основного изделия. Изменение цен и тарифов не носило чрезвычайного характера и не повлекло невозможность исполнения обязательства. Подобный подход можно встретить и в других случаях, когда какая-либо из сторон пытается отнести к обстоятельствам непреодолимой силы возникающие у нее трудности субъективного характера¹.

7. Расторжение договора. *Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., национальное законодательство и Принципы УНИДРУА* исходят из необходимости надлежащего исполнения сторонами принятых на себя обязательств, недопустимости одностороннего отказа от договора и одностороннего изменения его условий. Вместе с тем в определенных случаях стороне предоставляется право на одностороннее прекращение договора (что возможно при существенных нарушениях его условий другой стороной), что может рассматриваться как одна из дополнительных мер защиты прав и законных интересов.

7.1. В соответствии со ст. 25 Венской конвенции **существенными признаются нарушения**, если они влекут за собой такой вред для другой стороны, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать на основании договора. Исключение составляют случаи, когда нарушившая договор сторона не предвидела

¹ Решение МКАС при ТТП РФ от 2 марта 1995 г. по делу № 149/1994 // МЦФЭР. 1997.

подобного результата и разумное лицо, действующее в том же качестве при аналогичных обстоятельствах, не предвидело бы его.

О праве покупателя **потребовать расторжения договора** говорится в ст. 49 Венской конвенции. Покупатель может заявить о расторжении договора, если неисполнение продавцом любого из его обязательств по договору или по Венской конвенции составляет существенное нарушение договора, а также в случае непоставки, если продавец не поставляет товар в течение дополнительного срока, установленного покупателем в соответствии с п. 1 ст. 47, или заявляет, что он не осуществит поставки в течение установленного таким образом срока.

В соответствии со ст. 72 Венской конвенции допускается расторжение договора и до наступления установленной для исполнения договора даты, если сторонам становится ясно, что контрагент допускает существенное нарушение договора.

Специальный раздел Венской конвенции посвящен **последствиям предвидимого нарушения договора и порядку отказа от договора при поставке товара отдельными партиями**, когда допущено существенное нарушение относительно какой-либо из партий (разд. I гл. V ч. III).

Стороне предоставляется право приостанавливать исполнение своих обязательств, если после заключения договора становится ясно, что другая сторона не исполнит значительную часть своих обязательств (ст. 71). Основанием для использования этого права служат серьезные данные, свидетельствующие о неспособности контрагента осуществить исполнение (в том числе касающиеся его кредитоспособности), а также неэффективности его действий по подготовке или осуществлению исполнения договора.

Для того чтобы избежать применения указанных мер (расторжение договора или приостановление его исполнения) при так называемых предвидимых нарушениях, другая сторона должна предоставить достаточные гарантии исполнения ею своих обязательств.

Статья 71 Венской конвенции неприменима к случаям, когда одной из сторон обязательство уже исполнено, а другая сторона в предвидении того, что дальнейшие обязательства не будут исполнены, прибегает в порядке обеспечения своих будущих требований к приостановлению исполнения своего обязательства по расчетам за уже поставленный товар.

В ст. 7.3.1 Принципов УНИДРУА указывается, что при решении вопроса о том, *имеет ли неисполнение обязательства существенный характер*, следует принимать во внимание ряд обстоятельств:

- существенно ли неисполнение лишает потерпевшую сторону того, что она имела право ожидать в соответствии с договором;
- имеет ли принципиальный характер, с точки зрения договора, строгое соблюдение неисполненного обязательства;
- является ли неисполнение умышленным или совершено по грубой неосторожности;
- дает ли неисполнение потерпевшей стороне основание верить, что она не может полагаться на будущее исполнение другой стороной;
- понесет ли неисполнившая сторона потери в ходе подготовки или осуществления исполнения, если договор будет прекращен.

Заявление о расторжении договора имеет силу лишь в том случае, если оно сделано другой стороной *посредством извещения* (ст. 26 Венской конвенции). В Венской конвенции не содержится требований к форме такого извещения, из чего делается вывод о действительности извещения о расторжении договора как в письменной, так и в устной форме. Вместе с тем для стран (в том числе и России), подписавших Венскую конвенцию с оговоркой о необходимости соблюдения письменной формы при заключении договора купли-продажи, его изменении или прекращении, указанное требование должно в полной мере распространяться и на извещение о расторжении договора¹.

Прекращение договора как общее правило освобождает обе стороны от обязательств осуществить и получить будущее исполнение. При этом прекращение договора не лишает потерпевшую сторону права требовать возмещения убытков за неисполнение, предусмотренное разд. 4 Принципов УНИДРУА.

Вместе с тем каждая сторона при прекращении договора может требовать возврата всего, что она поставила, при условии что эта сторона одновременно возвращает все, что она получила (реституция).

¹ См.: *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий*. С. 76, 77.

Если возврат невозможен в натуре или это неприемлемо, соответствующее возмещение должно быть произведено в денежной форме, когда это является разумным.

§ 3. Регулирование международной купли-продажи в странах СНГ

Для сохранения и развития хозяйственных связей между организациями стран СНГ, ранее входивших в состав СССР, 20 марта 1992 г. восемь государств Содружества — Республики Армения, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Молдова, Таджикистан, Российская Федерация и Украина подписали международный договор — *Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников Содружества Независимых Государств*, вступившее в силу с 1 июля 1992 г. (далее — Соглашение об ОУП). Необходимость создания такой правовой основы была продиктована тем, что распад Союза ССР и прекращение действия централизованного в рамках союзного государства механизма регулирования деятельности единого народно-хозяйственного комплекса и хозяйственных связей в нем привели к разрыву многих хозяйственных связей между субъектами хозяйствования, в том числе в важнейших базовых отраслях промышленности, в области производственной кооперации.

Сфера действия Соглашения была определена в п. 1: Соглашение распространяется на поставки товаров между субъектами хозяйствования (независимо от форм собственности) этих стран по межгосударственным экономическим связям, а также осуществляемым по инициативе сторон.

Экономическим судом СНГ¹ было дано толкование данного пункта: под термином «межгосударственные экономические связи», говорится в решении суда, следует понимать экономические связи именно между субъектами хозяйствования разных государств независимо от того, какие правовые формы опосредствуют эти связи — свободно заключаемый субъектами хозяйствования договор поставки или до-

¹ Решение № 01-1/3-04 «О толковании Соглашения об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников Содружества Независимых Государств от 20 марта 1992 года» (принято в Минске 10 ноября 2004 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

говор поставки, заключаемый на основе межгосударственных экономических соглашений (договор, заключаемый для обеспечения государственных нужд). Таким образом, сфера действия Соглашения не ограничивается только договорами поставки товаров для государственных нужд, а распространяется и на свободно заключаемые договоры.

Соглашение об ОУП состоит из двух разделов, включающих 23 статьи. В нем содержатся общие положения о роли договора в регулировании поставок, закрепляется принцип свободы и широкой самостоятельности договаривающихся сторон, определен порядок заключения, изменения и расторжения договоров.

Являясь актом комплексного характера, Соглашение, как уже отмечалось в литературе¹, охватывает далеко не полный круг вопросов, требующих урегулирования. В нем, в частности, отсутствуют нормы, регламентирующие порядок исполнения обязательств, а также ответственность за их нарушение. Более того, ряд статей не может применяться в настоящее время, поскольку предусматривает порядок организации хозяйственных связей, действовавший в условиях плановой экономики, что не соответствует потребностям свободного рынка. В силу этих обстоятельств Соглашение об ОУП не обеспечивает достаточную правовую регламентацию указанных отношений.

Поскольку многие вопросы в Соглашении, имеющем характер международного договора, не урегулированы, во всех случаях, когда тот или иной вопрос, требующий регламентации, не решен сторонами в договоре, возникает необходимость в применении положений иных международно-правовых актов либо обращении к коллизионному методу регулирования.

Актуальным является вопрос соотношения Соглашения об ОУП с Конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., учитывая, что восемь государств, подписавших это Соглашение, являются в то же время и участниками названной Конвенции². Согласно ст. 90 Венской конвенции она, как уже отмечалось, не затрагивает действия любого международного соглашения, кото-

¹ См.: Шапкина Г.С. Правовое регулирование поставок в рамках СНГ // Закон. 1995. № 6. С. 78 и след.

² Армения, Белоруссия, Грузия, Киргизия, Молдавия, Российская Федерация, Узбекистан и Украина.

рое заключено или может быть заключено и которое содержит положения по вопросам, являющимся предметом регулирования данной Конвенции, при условии что стороны имеют свои коммерческие предприятия в государствах — участниках такого соглашения. Следовательно, на взаимоотношения организаций перечисленных стран действие Венской конвенции не распространяется в той мере, в какой их взаимоотношения урегулированы Соглашением об ОУП и договором. В остальной части Венская конвенция к ним применима¹.

Что касается организаций других стран, подписавших Соглашение об ОУП, но не являющихся участниками Венской конвенции, следует иметь в виду положения пп. *b* п. 1 ст. 1 Венской конвенции, где указывается, что Венская конвенция может применяться и тогда, когда одна или обе стороны не относятся к государствам, подписавшим ее. Если коммерческая организация, заключившая договор международной купли-продажи, находится в государстве СНГ, не являющемся участником Венской конвенции, нормы Венской конвенции могут применяться к такому договору при условии, что в нем имеется соответствующая отсылка к Конвенции либо предусматривается применение права государства — участника Конвенции.

Международным договором, содержащим предписания по вопросам выбора применимого права в рамках СНГ, является *Киевское соглашение 1992 г.* В нем участвуют десять государств Содружества.

В Соглашении отсутствуют коллизионные привязки для отдельных видов международных коммерческих контрактов, не решен вопрос о соотношении абсолютно императивных норм страны суда или арбитража и норм применимого права и другие важные вопросы.

В качестве источника правового регулирования прав и обязанностей сторон, заключающих сделку, *Киевское соглашение 1992 г.*, как и *Минская конвенция 1993 г.*, отсылает к законодательству места совершения сделки, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Подобная коллизионная норма содержалась ранее в российском законодательстве (до принятия Основ ГЗ 1991 г.), а также в законодательстве других стран СНГ.

¹ В литературе была высказана и иная точка зрения. Подробнее см.: *Елисеев И.В.* Гражданско-правовое регулирование международной купли-продажи. СПб., 2002. С. 30, 31.

Аналогично решаются эти вопросы и в *Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам* 2002 г. (*Кишиневская конвенция*), призванной заменить одноименную Конвенцию 1993 г. Привязка обязательства по сделке к закону места ее совершения сегодня представляется устаревшей¹.

В настоящее время многие страны Содружества восприняли сложившуюся международную практику, закрепленную в ряде международных конвенций, предусматривающую **обращение к законодательству места исполнения обязательства, характерного для конкретного договора**. Применительно к договору купли-продажи — это **право страны продавца**. Такие коллизионные нормы предусмотрены законодательством Азербайджана (ст. 25 Закона «О международном частном праве»), Армении (ст. 1285 Гражданского кодекса), Белоруссии (ст. 1125 Гражданского кодекса), Казахстана (ст. 1113 Гражданского кодекса), Киргизии (ст. 1119 Гражданского кодекса), Таджикистана (ст. 1219 Гражданского кодекса), Узбекистана (ст. 1190 Гражданского кодекса), Украины (ст. 44 Закона о международном частном праве)².

Когда к внешнеторговому договору подлежит применению право государства — участника СНГ, отношения между сторонами обычно регулируются нормами гражданских кодексов, посвященными договору купли-продажи (см. гл. 29 Гражданского кодекса Азербайджана, гл. 31 Гражданского кодекса Армении, гл. 30 Гражданского кодекса Белоруссии, гл. 30 ГК РФ, гл. 25 Гражданского кодекса Казахстана, гл. 23 Гражданского кодекса Киргизии, гл. 29 Гражданского кодекса Таджикистана, разд. 2 ч. 3 Гражданского кодекса Туркмении, гл. 29 Гражданского кодекса Узбекистана, гл. 54 Гражданского кодекса Украины).

В законодательстве Молдавии этот вопрос решается в Законе «О купле-продаже товаров», принятом 3 июня 1994 г. В нем говорится, что в тех случаях, когда стороны согласовали применение права Республики Молдова либо соглашение о применимом праве отсутствует, но продавец имеет место жительства или основное место деятельности на территории этой Республики, а также когда на данной

¹ Подробнее см.: *Звеков В.П.* Коллизии законов в международном частном праве. С. 272 и след.

² См.: <<http://www.base.spinform.ru/index.fwx>>.

территории находится товар, к внешнеторговым договорам применяются нормы Закона о купле-продаже товаров.

Помимо норм, регулирующих договор купли-продажи (поставки), к рассматриваемым отношениям применяются общие положения об обязательствах, сделках и другие общие нормы гражданских кодексов.

Необходимо обратить внимание на то, что, несмотря на значительное единообразие норм в гражданском законодательстве стран СНГ, имеются и некоторые существенные отличия, касающиеся, в частности, оснований ответственности за неисполнение обязательств. Так, согласно п. 3 ст. 401 ГК РФ ответственность участников предпринимательской деятельности наступает независимо от вины. В то же время ст. 333 Гражданского кодекса Узбекистана признает принцип вины общим основанием ответственности как для физических, так и для юридических лиц, независимо от сферы деятельности, т.е. включая и предпринимательскую. Есть и другие отличия.

Контрольные вопросы

1. Что понимается под договором международной купли-продажи товаров?
2. Какие основные международные соглашения, регулирующие договор международной купли-продажи товаров, вам известны?
3. Что вы знаете об обычае как источнике правового регулирования договора международной купли-продажи?
4. Каково содержание Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.?
5. Какие условия договора международной купли-продажи товаров являются существенными?
6. Какую ответственность несут стороны в случае нарушения условий договора международной купли-продажи?

Рекомендуемая литература

1. Бахин С.В. Субправо. СПб., 2002.
2. Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. 6-е изд. М., 2009.

3. *Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий / отв. ред. А.С. Комаров. М., 1994.*
4. *Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002.*
5. *Вилкова Н.Г. Правила толкования международных торговых терминов. Правовое регулирование и практика применения. М., 2008.*
6. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI: Международное частное право. Комментарий и постатейные материалы / отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2010.*
7. *Звеков В.П. Международное частное право: курс лекций. М., 1999.*
8. *Звеков В.П. Международное частное право: учебник. М., 2004.*
9. *Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994.*
10. *Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983.*
11. *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002.*
12. *Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа. М., 1972.*
13. *Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002.*
14. *Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности / под ред. А.С. Комарова. М., 2001.*
15. *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006.*
16. *Розенберг М.Г. Договор внешнеторговой купли-продажи (поставки). М., 1989.*
17. *Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. 5-е изд. М., 2007.*
18. *Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. М., 2003.*
19. *Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. М., 1998.*
20. *Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / сост. М.Г. Розенберг. М., 2008.*
21. *Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М., 2009.*
22. *Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993.*

Глава 12

Договор международного финансового лизинга

§ 1. Понятие договора международного финансового лизинга

В международной торговой практике наряду с традиционными внешне-торговыми сделками (купли-продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг) появились новые договорные формы внешнеэкономической деятельности, отражающие современные тенденции развития мировой экономики.

Наиболее широко применяется международный финансовый лизинг, связанный с осуществлением хозяйствующими субъектами различных стран предпринимательской деятельности с привлечением дополнительных денежных средств в производственную сферу.

Появившийся в начале 50-х гг. в США, а в 60-х гг. — в странах Западной Европы, к началу 80-х гг. XX в. лизинг получил широкое распространение в современных отраслях экономики, где потребность в инвестициях в условиях научно-технического прогресса не могла быть удовлетворена за счет собственных средств предприятий и банковских кредитов.

В договорной практике финансовый лизинг выделился из института аренды.

В законодательстве отдельных стран финансовый лизинг традиционно рассматривается как особый вид аренды, представляющий собой коммерческую деятельность по приобретению за свой счет (либо за счет кредитных средств) имущества одним лицом (лизинго-

дателем) с целью его передачи в аренду другому лицу (лизингополучателю) и извлечения доходов от этой деятельности в виде арендных платежей.

Особенность договора лизинга состоит в том, что лизингодатель (в роли которого нередко выступают коммерческие банки, инвестиционные фонды, страховые компании, а также специализированные лизинговые компании) передает имущество, специально приобретенное по договору купли-продажи, в пользование лизингополучателю, сам его не используя. Это позволяет рассматривать лизинг как своеобразную форму коммерческого кредитования, при которой «кредитные средства» (т.е. денежные средства, затраченные на закупку оборудования) погашаются лизингополучателем путем регулярной выплаты лизингодателю арендных платежей в согласованном между ними размере. Сумма этих платежей формируется с учетом стоимости оборудования (как правило, соответствующей его полной амортизации), расходов лизингодателя, связанных с приобретением и передачей оборудования (например, в случае пользования кредитными средствами), затрат, связанных с оказанием других предусмотренных договором лизинга услуг, а также дохода лизингодателя. По истечении срока лизинга оборудование обычно передается в собственность лизингополучателю.

Договор финансовой аренды (лизинга) иногда рассматривается как договор об оказании финансовых услуг, осуществляемых наряду с банковскими операциями и сделками, связанными с предоставлением страховых услуг и услуг на рынке ценных бумаг¹. Однако целью заключения договора лизинга является не получение денежных средств как таковое, а приобретение имущества для предпринимательской деятельности. Наличие финансового аспекта в данном случае сравнимо с куплей-продажей товаров в рассрочку (т.е. с отношениями коммерческого кредитования), а это не дает оснований для причисления данного договора к услугам финансового характера².

Из такого подхода исходит и законодательство ряда стран, предусматривающее регулирование договора финансовой аренды (лизин-

¹ В этом качестве лизинг рассматривается в п. 2 ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции».

² См.: *Кредитные организации в России: правовой аспект* / отв. ред. Е.А. Павлодский. М., 2006. С. 121 (автор главы — Е.В. Кабатова).

га). Так, в Германском гражданском уложении (ГГУ) договор финансового лизинга рассматривается в одном ряду со «сделками с оплатой в рассрочку» — договорами, предмет которых составляют поставки определенной вещи либо осуществление иного определенного исполнения при оплате в рассрочку (п. 2 § 499).

В Единообразном торговом кодексе США дается определение финансовой аренды, из которого следует, что участвующий в ней арендодатель сам не выбирает имущество, являющееся предметом финансовой аренды, а приобретает его или право владения и пользования данным имуществом (ст. 2А-103 п. 1 g).

Согласно Гражданскому кодексу Квебека, соединяющему особенности правовых систем континентального и англо-американского (общего) права, лизингом признается договор в сфере предпринимательской деятельности, по которому одно лицо (лизингодатель) предоставляет движимое имущество в распоряжение другого лица (лизингополучателя) на определенный срок за плату. При этом лизингодатель приобретает это имущество у третьего лица (продавца) по требованию и в соответствии с указаниями лизингополучателя (гл. III «О лизинге», ст. 1842—1850) и т.д.

Регулирование финансового лизинга (как разновидности договора аренды) содержится и в российском законодательстве. Согласно ст. 665 ГК РФ по договору финансовой аренды (договору лизинга) арендодатель обязуется приобрести в собственность указанное арендатором имущество у определенного продавца и предоставить арендатору это имущество за плату во временное владение и пользование для предпринимательских целей. Арендодатель в этом случае не несет ответственности за выбор предмета аренды и продавца.

В правовой литературе поднимался вопрос о том, является ли финансовая аренда (лизинг) двусторонней сделкой, либо необходимо учитывать все своеобразие лизинга, что возможно лишь в рамках конструкции «трехсторонних отношений», возникающих из сделки финансового лизинга¹.

¹ См., в частности: *Витрянский В.В.* Договор аренды и его виды. М., 1999. С. 291; *Гражданское право: учебник* / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 2. М., 1997. С. 197 (автор главы — А.А. Иванов); *Юсеев Ю.В.* Понятие финансовой аренды и ее регулирование в международном частном праве // Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 5. М., 2002. С. 494; *Медников В.* Лизинг в международ-

Представляется, что, хотя договор лизинга носит относительно самостоятельный характер, он **не может существовать в отрыве от договора купли-продажи**. Это подтверждается взаимообусловленностью обязательств, содержащихся в обоих договорах, оформляющих правоотношения лизинга, при которой участники лизинга одновременно выступают сторонами указанных договоров (договора купли-продажи и договора лизинга), создавая своего рода «перекрестную связь»¹. В этом аспекте правоотношения лизинга можно охарактеризовать как сделку, оформляемую двумя видами взаимосвязанных договоров — договором лизинга и договором купли-продажи.

§ 2. Международно-правовое регулирование финансового лизинга

1. Широкое распространение лизинговых операций в международной торговой практике привело к унификации правовых норм о лизинге.

Результатом унификации явилась *Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге*, подписанная в г. Оттаве 28 мая 1988 г. (далее — Оттавская конвенция) первоначально пятью государствами — Ганой, Гвинеей, Нигерией, Объединенной Республикой Танзания, Филиппинами, а впоследствии также другими государствами. С 1 мая 1995 г. Оттавская конвенция вступила в силу после присоединения к ней (ратификации) Франции, Италии и Нигерии. В Конвенции также участвуют Панама, Белоруссия, Венгрия, Латвия, Узбекистан, Украина. Российская Федерация является участницей Конвенции после ее ратификации на основании Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 16-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге»².

ном праве // Закон. 1999. № 8. С. 40; *Канашевский В.А.* Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. С. 355.

¹ Об этом см.: *Кабатова Е.В.* Лизинг: правовое регулирование, практика. М., 1996. С. 20.

² СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 787.

Отношения, охватываемые Оттавской конвенцией, тесно сопрягаются с отношениями, вытекающими из международной купли-продажи товаров. В связи с этим при рассмотрении отдельных ее положений нередко обращается внимание на явное воздействие на формирование ее содержания Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.¹

Так, сфера применения Оттавской конвенции определена исходя из двух критериев:

- 1) согласно пп. а п. 1 ст. 3 данная Конвенция применяется к участникам лизинга в тех случаях, когда коммерческие предприятия лизингодателя (арендодателя) и лизингополучателя (арендатора) находятся в разных государствах. Участником Конвенции должно быть и государство коммерческого предприятия — поставщика оборудования, являющегося предметом лизинга;
- 2) положения Конвенции применяются также, если договор лизинга, равно как и договор поставки между лизингодателем и поставщиком, подчинены праву одной из стран, к которой принадлежат участники лизинговой операции (пп. б п. 1 ст. 3).

Однако даже при наличии этих условий применение Конвенции может быть исключено, если каждая из сторон договора лизинга и договора поставки согласна на такое исключение. Стороны также вправе в своих взаимоотношениях отступать от тех или иных положений Конвенции или вносить изменения в «возможные их последствия» (ст. 5) и т.д.

Как следует из Оттавской конвенции, финансовый лизинг представляет собой сделку, оформляемую:

- 1) договором купли-продажи (поставки) между лизингодателем и поставщиком оборудования, выбранного по спецификации лизингополучателя;
- 2) договором лизинга между лизингодателем (арендодателем) и лизингополучателем (арендатором), на основании которого

¹ Об этом см.: *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. С. 171; *Капашевский В.А.* Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизийное регулирование. С. 353.

лизингополучатель использует оборудование взамен выплаты периодических платежей.

Согласно Конвенции **финансовый лизинг должен обладать следующими характерными признаками:**

- 1) лизингополучатель (арендатор) сам определяет оборудование и выбирает поставщика, не полагаясь «на опыт и суждение арендодателя»;
- 2) предоставляемое в лизинг оборудование приобретается лизингодателем (арендодателем) только в связи с договором лизинга, заключенным между лизингополучателем и лизингодателем, который, приобретая оборудование, должен поставить об этом в известность продавца;
- 3) периодические платежи, подлежащие выплате по договору лизинга, рассчитываются с учетом амортизации всей или существенной части стоимости оборудования.

В то же время право лизингополучателя на покупку оборудования — предмета лизинга не является неслучайным условием договора лизинга. Конвенция применяется к договору финансового лизинга независимо от того, предоставлено ли в нем арендатору право выкупить оборудование или он будет пользоваться им на условиях лизинга в последующий период.

Предметом финансового лизинга является движимое имущество (оборудование): производственное оборудование, включая комплектующие и средства производства; транспортные средства и их принадлежности; морские и воздушные суда; авиационные двигатели, а также оборудование, тесно связанное с недвижимым имуществом и являющееся «принадлежностью земельного участка» либо «присоединенным к земельному участку» имуществом.

Оборудование, используемое в основном для личных, семейных или домашних целей арендатора, не может быть предметом финансового лизинга.

В течение срока действия договора финансового лизинга собственником арендуемого имущества остается лизингодатель, права которого защищаются в случае банкротства лизингополучателя. Соответственно, на это имущество не может быть обращено взыскание по требованиям кредиторов лизингополучателя (арендатора).

В тех же случаях, когда в соответствии с требованиями национального законодательства (нормами «применимого права») предусматривается регистрация лизинга и публичное уведомление о дей-

ствительном собственнике оборудования (лизингодателе), вещные права сохраняются за лизингодателем только при условии соблюдения этих требований.

Согласно договору финансового лизинга на лизингодателя возлагаются две основные обязанности:

- 1) приобрести в собственность имущество для передачи в лизинг;
- 2) обеспечить его передачу лизингополучателю в состоянии, соответствующем условиям договора и назначению имущества.

Поскольку по договору финансового лизинга выбор поставщика и оборудования лежит не на его приобретателе (лизингодателе), а на пользователе оборудования (лизингополучателе), в Оттавской конвенции предусмотрено освобождение лизингодателя от ответственности перед лизингополучателем в отношении купленного оборудования (а также перед третьими лицами за причинение вреда жизни, здоровью и имуществу), если только убытки не были причинены лизингополучателю (арендатору) вследствие того, что лизингодатель повлиял на выбор поставщика либо оборудования. При этом лизингополучатель вправе обращаться с претензиями, относящимися к основным характеристикам оборудования (к качеству, комплектности оборудования и т.д.), которое он сам выбирал, не к лизингодателю, а непосредственно к поставщику оборудования.

Это, однако, не освобождает лизингодателя от обязанности обеспечить передачу оборудования лизингополучателю. Если оборудование не поставлено или поставлено с просрочкой или не соответствует условиям договора поставки, лизингополучатель (арендатор) имеет право:

- 1) отказаться от предоставляемого в лизинг оборудования или расторгнуть договор лизинга;
- 2) приостановить периодические платежи, подлежащие уплате по договору лизинга, до тех пор пока лизингодатель не исправит ненадлежащее исполнение, предложив лизингополучателю оборудование, соответствующее договору поставки.

Обязанности лизингополучателя перед лизингодателем по договору финансового лизинга совпадают с обычными обязанностями арендатора. Он должен выплачивать периодические платежи, проявлять надлежащую заботу в отношении оборудования, использовать его разумным образом и поддерживать в состоянии, в котором его

получил, с учетом нормального износа и изменений, согласованных сторонами. По истечении срока действия договора лизинга лизингополучатель обязан возвратить имущество в указанном состоянии, если только он не воспользовался правом покупки или продолжения его лизинга на последующий период.

В случае нарушения договора лизингополучателем лизингодатель вправе потребовать причитающиеся ему невыплаченные периодические платежи с начислением процентов, а также понесенные убытки. При существенном нарушении договора он вправе потребовать от лизингополучателя досрочной выплаты сумм будущих периодических платежей (если это предусмотрено договором лизинга) или расторгнуть договор лизинга и после такого расторжения:

- а) восстановить владение оборудованием;
- б) потребовать возмещения убытков в таких суммах, которые поставили бы арендодателя в положение, в котором он находился бы при выполнении арендатором договора лизинга в соответствии с его условиями.

Поскольку **лизингополучатель** непосредственно заинтересован в выполнении продавцом (поставщиком) условий договора купли-продажи оборудования, являющегося предметом лизинга, он **наделается рядом прав, свойственных покупателю оборудования**. При этом лизингодатель и лизингополучатель являются солидарными кредиторами по отношению к поставщику оборудования. Из этого следует, что лизингополучатель вправе требовать, а поставщик по договору купли-продажи (поставки) несет обязанности в отношении лизингополучателя, «как если бы последний являлся стороной такого договора, а оборудование поставлялось непосредственно ему».

Без согласия лизингополучателя нельзя внести изменения в договор поставки, условия которого были с ним оговорены. Это, однако, не означает, что указанный договор может быть прекращен либо аннулирован без согласия лизингодателя — стороны по такому договору.

Важное значение в Оттавской конвенции имеет решение вопроса об уступке третьим лицам прав, вытекающих из международного лизингового договора лизингодателя и лизингополучателя. В результате такой уступки стороны договора лизинга могут оказаться на территории одного государства либо в договор может вступить сторона с местонахождением в государстве, не являющемся участником Оттавской конвенции. В этом случае договор лизинга не будет соответ-

ствовать положениям ст. 3 Конвенции, определяющей сферу ее действия.

В Конвенции предусматриваются для этого случая различные правила в отношении отдельных участников договора лизинга.

Лизингодатель вправе передать все или любые из принадлежащих ему прав на оборудование либо иначе распорядиться всеми или любыми из этих прав. При этом передача лизингодателем прав и обязанностей по договору не освобождает его от выполнения каких-либо из его обязательств по договору лизинга и не изменяет характер этого договора или его правовой режим, установленный Конвенцией.

В свою очередь, лизингополучатель может передать право пользования оборудованием или любые другие свои права по договору лизинга только с согласия лизингодателя и при соблюдении прав третьих лиц.

Согласно п. 2 ст. 6 Конвенции вопросы, относящиеся к предмету ее регулирования, которые прямо в ней не рассматриваются, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а при отсутствии таких принципов — в соответствии с правом, применимым в силу коллизионных норм.

В самой Конвенции содержатся отдельные коллизионные нормы, содержащие формулы прикрепления, с помощью которых определяется законодательство, подлежащее применению к вещным правам на различные виды имущества. В частности, вопрос о том, стало или нет оборудование (предмет лизинга) принадлежностью земельного участка или было к нему присоединено, и возникающие в связи с этим «обобщенные правовые последствия» для лизингодателя и обладателя вещных прав на данный земельный участок регулируются законом государства местонахождения этого земельного участка (ст. 4).

В зависимости от вида оборудования решается вопрос о выборе норм права для признания вещных прав за лизингодателем, конкурсным управляющим («доверительным собственником») либо кредиторами в случае банкротства лизингополучателя. Так, в отношении зарегистрированного морского либо воздушного судна в этом случае подлежит применению право государства их регистрации; в отношении другого вида оборудования, которое обычно перемещается из одной страны в другую, включая авиационные двигатели, — право государства, в котором находится основное коммерческое предпри-

собственности, относительно трех видов подвижного оборудования (*mobile equipment*) — авиационного оборудования (планеров воздушных судов, авиационных двигателей и вертолетов), железнодорожного подвижного состава, космических средств.

Одновременно с Конвенцией был принят Протокол к ней по авиационному оборудованию, а впоследствии 23 февраля 2007 г. в г. Люксембурге — Протокол по железнодорожному подвижному составу (Люксембургский протокол). Готовится к принятию также протокол по космическим средствам.

При разработке Кейптаунской конвенции использовался юридико-технический прием, при котором Конвенция и отдельные Протоколы к ней, относящиеся к различным видам подвижного оборудования (планеры воздушных судов, авиационные двигатели и вертолеты, железнодорожный подвижной состав, космические средства), создают единый международный документ. Как вытекает из ст. 6 Конвенции, «настоящая Конвенция и Протокол рассматриваются и истолковываются совместно в качестве единого документа». Вместе с тем при несоответствии между Конвенцией и Протоколом «преимущественную силу имеет Протокол» (п. 2 ст. 6 Конвенции). Поэтому хотя формально Кейптаунская конвенция вступила в силу с 1 апреля 2004 г., однако до вступления в силу Протокола по авиационному оборудованию с 1 марта 2006 г. ее положения фактически не могли применяться.

В Конвенцию включены специальные положения о соотношении содержащихся в ней норм с другими конвенциями. В соответствии со ст. 46 Кейптаунской конвенции и ст. XXV Протокола об авиационном оборудовании установлено, что данная Конвенция «заменяет Конвенцию УНИДРУА о международном финансовом лизинге, подписанную в Оттаве 28 мая 1988 г., в части, касающейся авиационных объектов».

Специфический характер подвижного оборудования (являющегося дорогостоящим «однозначно идентифицированным» оборудованием, постоянно перемещаемым из одной страны в другую, либо вообще вне пределов земного пространства), обусловил особенности содержащегося в Конвенции правового регулирования.

В Конвенции предусматривается **регистрация международных гарантий** (в частности, лизинга) в Международном электронном регистре. Этим достигается доступность информации о международных гарантиях, что дает возможность заинтересованным лицам обратиться

ся к установленным в Конвенции различным способам защиты их прав и интересов. Предусмотренные Конвенцией меры включают, в частности, право на возврат объекта («фактическое перемещение авиационного объекта с территории государства, на которой он находится») (п. 1 ст. IX Протокола по авиационному оборудованию). Международные гарантии, зарегистрированные в соответствии с Конвенцией, обеспечивают кредитору приоритет его прав на подвижное оборудование по отношению к другим кредиторам и продолжают действовать даже в случае банкротства должника.

Учитывая высокую мобильность подвижного оборудования, Кейптаунская конвенция предусмотрела возможность применения **временных обеспечительных мер** по судебному приказу, среди которых названы:

- сохранение объекта и его стоимости;
- передача объекта во владение, под контроль или на хранение;
- запрещение изменения местонахождения объекта;
- передача объекта в лизинг или в управление с извлечением дохода (ст. 13).

Оценивая Кейптаунскую конвенцию, зарубежные комментаторы отмечали, что поскольку в ней предусматриваются специальные вещно-правовые обеспечительные меры и средства защиты, принятие установленных в Конвенции правил не должно было привести к изменению национальных норм в области обеспечения сделок, связанных с привлечением финансирования. Значение Кейптаунской конвенции состояло в создании «принципиально новой основы для унификации в международном коммерческом праве путем установления самостоятельного правового режима обеспечительных мер в области международного кредитования»¹.

3. Международная унификация права в области регулирования лизинга проводилась в рамках Содружества Независимых Государств. Ее результатом стало подписание государствами — участниками СНГ в г. Москве 25 ноября 1998 г. *Конвенции о межгосударственном лизинге*².

¹ Iwan Davies. The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipment, ICLQ, Vol. 52, January 2003.

² Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. № 3 (30). С. 171–185.

гополучатель вносит лизинговые платежи путем поставок лизингодателю любого имеющегося у него в наличии товара, при согласии лизингодателя принять этот товар, и др.

В связи с осуществлением перечисленных видов лизинга в Конвенции предусматривается распределение прав и обязанностей между его участниками (лизингодателем, лизингополучателем, поставщиком оборудования), которыми могут быть:

- любые субъекты хозяйственной деятельности стран СНГ, участвующих в Конвенции;
- иностранные юридические лица, осуществляющие лизинговую деятельность через свои структурные подразделения на территории указанных стран;
- предприятия с иностранными инвестициями и предприниматели без образования юридического лица.

При этом необходимым условием осуществления лизинга является получение лизингодателем лицензии в соответствии с национальным законодательством соответствующего государства, участвующего в Конвенции.

Лизинг рассматривается в Конвенции о межгосударственном лизинге 1998 г. как договорная форма осуществления прямых инвестиций в экономику участвующих в ней стран. Этим обусловлено включение в нее условий, предоставляющих участникам межгосударственной лизинговой деятельности гарантии от изменений национального законодательства и гарантии имущественной неприкосновенности.

Имущество, предоставляемое в лизинг, не подлежит национализации и не может быть подвергнуто реквизиции, кроме случаев, предусмотренных национальным законодательством стран-участниц. Участникам межгосударственного лизинга на территории стран — участниц Конвенции гарантируется перевод прибылей и других сумм за границу.

Вопросы, прямо не урегулированные в Конвенции о межгосударственном лизинге 1998 г., подлежат разрешению в соответствии с нормами материального права, определяемыми с учетом содержащихся в Конвенции коллизионных норм. Так, форма договора лизинга, права и обязанности его сторон определяются национальным законодательством государства, в котором заключается этот договор (пп. «а» п. 6.2 ст. 6).

пайма, не противоречащим соответствующим статьям Гражданского кодекса о лизинге.

Наряду с положениями Гражданского кодекса, при осуществлении международного финансового лизинга в странах СНГ следует учитывать специальные законы о лизинге.

На 25-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ Постановлением от 14 апреля 2005 г. № 25-6 был принят *Модельный закон о лизинге*¹ (далее — Модельный закон), повлиявший на регулирование лизинга в странах СНГ. Пересмотренные в последние годы специальные законы о лизинге в странах СНГ учитывали содержащиеся в нем положения².

Целями данного Модельного закона являются развитие форм инвестиций на основе лизинга, защита прав собственности, прав участников инвестиционного процесса, обеспечение эффективности инвестирования.

Лизинговая деятельность в Модельном законе определена как вид предпринимательской деятельности, связанной с вложением собственных и (или) привлеченных средств лизингодателя (инвестиций) для приобретения имущества и передачи его в лизинг. В соответствии с данным понятием лизинга определены правовые и организационные особенности лизинга (гл. 1 «Общие положения»).

Предметом (объектом) лизинга может быть любое движимое или недвижимое имущество, относящееся по установленной клас-

¹ Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств — участников СНГ. 2005. № 36. С. 112–128.

² В странах СНГ в настоящее время действуют: Федеральный закон от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)» (СЗ РФ. 1998. № 44. Ст. 5394), Закон Республики Молдова от 28 апреля 2005 г. «О лизинге», Закон Украины от 16 декабря 1997 г. «О финансовом лизинге», Закон Туркменистана от 15 сентября 1999 г. «О лизинге», Закон Республики Узбекистан от 14 апреля 1999 г. «О лизинге», Закон Кыргызской Республики от 23 июля 2002 г. «О финансовой аренде (лизинге)», Закон Республики Казахстан от 5 июля 2000 г. «О финансовом лизинге», Закон Республики Таджикистан от 22 апреля 2003 г. «О финансовой аренде (лизинге)». В Белоруссии специальным нормативным актом, регулирующим финансовый лизинг, является Положение о лизинге на территории Республики Беларусь, утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 31 декабря 1997 г. № 1769, а также Указ Президента Республики Беларусь от 13 ноября 1997 г. № 587 «О лизинге».

сификации к основным средствам (фондам) или к отдельным группам нематериальных активов в соответствии с национальным законодательством, кроме запрещенных национальным законодательством к обращению на рынках или для которых установлен особый порядок обращения. При этом предмет лизинга не может быть использован в течение срока лизинга для личных, семейных и бытовых нужд.

Предусматриваются формы лизинга — внутренний и международный, а также различные виды лизинга: финансовый, оперативный (операционный), возвратный, вторичный лизинг, сублизинг. Под вторичным лизингом, в частности, понимается вид лизинга, при котором предмет лизинга, оставшийся в собственности лизингодателя в случае прекращения или расторжения договора лизинга, передается в лизинг другому лизингополучателю. В свою очередь, в соответствии с сублизингом лизингополучатель передает третьему лицу (сублизингополучателю по договору сублизинга) во владение и пользование за плату и на срок в соответствии с условиями договора сублизинга имущество, полученное ранее от лизингодателя по договору лизинга и составляющее предмет лизинга.

Обязательным условием для передачи предмета лизинга в сублизинг является письменное согласие лизингодателя.

Договор лизинга может включать в себя условия оказания непосредственно связанных с реализацией договора лизинга дополнительных услуг и проведение дополнительных работ как до начала пользования, так и в процессе пользования предметом лизинга лизингополучателем.

В гл. 2 Модельного закона «Правовые основы лизинговых отношений» содержатся положения, характеризующие особенности договора лизинга. В нем включены нормы, относящиеся к правам и обязанностям сторон по договору лизинга, праву собственности и переходу права собственности на предмет лизинга, обеспечению прав лизингодателя, уступке прав по договору лизинга третьим лицам и залоге предмета лизинга, порядке регистрации предмета лизинга и прав на него, страховании предмета лизинга и предпринимательских рисков, обращении взыскания третьих лиц на предмет лизинга и т.д.

В Модельном законе перечислены *существенные условия договора лизинга*, без согласования которых договор лизинга считается незаключенным. К ним, в частности, отнесены:

щества объект лизинга отделяется от общего имущества лизингополучателя и подлежит возврату лизингодателю, который может распоряжаться им по своему усмотрению.

В Положении о лизинге на территории Республики Беларусь, утвержденном постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 31 декабря 1997 г., предусмотрены правовые последствия банкротства лизингодателя. По общему правилу объект лизинга является собственностью лизингодателя в течение срока действия договора лизинга. В то же время банкротство лизингодателя и удовлетворение взысканий третьих лиц по обязательствам лизингодателя не являются основанием изъятия объекта лизинга у лизингополучателя, если им не были нарушены условия договора лизинга.

В законах отдельных стран СНГ содержатся специальные положения, относящиеся к международному финансовому лизингу. Согласно российскому Федеральному закону «О финансовой аренде (лизинге)» выделяются две формы лизинга:

- 1) внутренний;
- 2) международный, т.е. лизинг, при осуществлении которого лизингодатель или лизингополучатель является нерезидентом Российской Федерации.

Предусматривается также осуществление лизинговой деятельности на территории Российской Федерации иностранными лизинговыми компаниями (юридическими лицами — нерезидентами Российской Федерации).

В Законе Украины от 16 декабря 1997 г. «О лизинге» дается понятие международного лизинга как лизинга, «осуществляемого субъектами, находящимися под юрисдикцией разных государств, либо лизинга, осуществление которого связано с перемещением имущества или арендных платежей за границу».

Положение о лизинге на территории Республики Беларусь, утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 31 декабря 1997 г., выделяет лизинг внутренний, осуществляемый резидентами данной республики, и лизинг международный, в котором хотя бы одна из участвующих сторон является ее нерезидентом.

Для участников международного лизинга в ряде случаев установлены таможенные и валютные льготы. Так, льготный режим осуществления международного лизинга предусмотрен Законом Рес-

публики Таджикистан от 22 апреля 2003 г. «О финансовой аренде (лизинге)» (ст. 24).

Указом Президента Республики Беларусь от 13 ноября 1997 г. № 587 в отношении объектов лизинга, находящихся в таможенном режиме свободного обращения, предусматривается рассрочка по уплате таможенных платежей (кроме сборов за таможенное оформление) на весь срок действия договора лизинга, но не более чем на пять лет. Лизингодателям, являющимся перезидентами Белоруссии, гарантируется беспрепятственный перевод за границу лизинговых платежей в иностранной валюте после уплаты налогов, сборов и других обязательных платежей.

Отдельные таможенные и валютные льготы (освобождение от таможенных пошлин ввозимого на территорию Республики Узбекистан технологического оборудования, освобождение лизинговых платежей от налога на добавленную стоимость и т.д.) установлены Указом Президента Республики Узбекистан от 28 августа 2002 г. № УП-3122 «О мерах по дальнейшему стимулированию развития лизинговой деятельности».

2. Специальные коллизионные нормы о финансовой аренде (лизинге) в законодательстве стран СНГ отсутствуют. Как правило, отсутствуют они и в законодательстве других зарубежных стран.

Поскольку согласно ГК РФ финансовая аренда (лизинг) рассматривается как разновидность договора аренды (§ 6 гл. 34), к отношениям сторон по договору международного финансового лизинга подлежат применению те же коллизионные нормы, которые применяются к договору аренды. Статья 1211 ГК РФ отсылает при отсутствии в договоре аренды соглашения сторон о подлежащем применению праве к праву страны арендодателя.

В других странах СНГ право, подлежащее применению к договору финансовой аренды (лизинга), так же как в ст. 1211 ГК РФ, определяется на основании содержащихся в гражданских кодексах коллизионных норм, отсылающих к праву страны арендодателя (наймодателя) (ст. 1190 Гражданского кодекса Узбекистана, ст. 1199 Гражданского кодекса Киргизии, ст. 1125 Гражданского кодекса Белоруссии, ст. 1113 Гражданского кодекса Казахстана, ст. 1219 Гражданского кодекса Республики Таджикистан, ст. 1285 Гражданского кодекса Республики Армения). Коллизионные нормы, отсылающие к праву страны наймодателя — по договорам найма и аренды, содержатся также в Законе Украины о международном частном праве

Глава 13

Договор международного факторинга

§ 1. Понятие договора международного факторинга

Одной из наиболее развитых форм внешнеэкономической деятельности, отражающих современные тенденции развития экономики, является международный факторинг. Впервые появившийся в США в конце XIX в., он в дальнейшем получил развитие в странах Западной Европы, а также в международном торговом обороте.

Факторинг представляет собой вид предпринимательской деятельности, связанной с оказанием финансовых услуг коммерческим предприятиям, занимающимся продажей товаров, работ либо услуг.

Как и финансовый лизинг, факторинг направлен на привлечение дополнительных источников финансирования в производственную и торговую сферу, являясь своего рода разновидностью коммерческого кредитования, т.е. кредитования, при котором денежные средства предоставляются не по самостоятельному заемному обязательству, а во исполнение сделок по реализации товаров, выполнению работ или оказанию услуг.

Факторинг используется преимущественно в сфере купли-продажи товаров. При этом продавец товара, не дожидаясь исполнения покупателем обязательства уплатить цену за товар, за вознаграждение уступает право денежного требования банку или иной коммерческой организации (фактору), которому по просьбе продавца покупную цену платит покупатель.

Оплачивая продавцу стоимость товара, фактор тем самым предоставляет ему кредит под уступку соответствующих денежных требований к покупателю.

Одновременно с оказанием услуг по получению покупной цены (и, соответственно, кредитованию продавца) фактор оказывает продавцу и другие финансовые услуги, связанные с погашением покупателем долга, в частности, по ведению бухгалтерского учета, выставлению счетов по денежным поступлениям, изучению финансового состояния должников, страхованию рисков неплатежей. Это позволяет охарактеризовать факторинг как «важный инструмент современного менеджмента, особенно в отношении финансирования и руководства предприятием, а также управления рисками»¹.

Несмотря на широкое использование факторинга в предпринимательской деятельности, гражданско-правовое регулирование этого договора во многих промышленно развитых странах основывается не на специальных, а на общих нормах обязательственного права, относящихся к уступке права требования (цессии), с которой факторинг имеет много общего.

Вместе с тем факторинг является самостоятельным видом договора. Он отличается от обычной цессии не только по своему содержанию, поскольку предусматривает помимо самой уступки денежного требования также оказание иных финансовых услуг, но и по целям использования. Если обычная уступка денежного требования (цессия) по сделке, как правило, представляет собой «способ осуществления платежа» за товары (работы, услуги), то факторинг — это вид предпринимательской деятельности, целью которой является финансирование коммерческих сделок². Так, продавец товара, не дожидаясь от покупателя исполнения обязательства оплатить товар, уступает денежное требование по контракту банку или иной коммерческой организации (фактору), таким образом получая от него кредитные средства в обмен на право требовать погашения долга.

¹ Комаров А.С. Финансирование под уступку денежного требования (гл. 43) // *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель*. М., 1996. С. 437.

² См.: Гасников К.Д. Договор финансирования под уступку денежного требования (факторинг) по праву России и Англии. М., 2005.

§ 2. Международно-правовое регулирование факторинга

1. Отсутствие специальных норм о факторинге в национальном законодательстве многих стран и различия в практике применения факторинговых операций вызвали необходимость международно-правового регулирования факторинга. Результатом явилась *Конвенция УНИДРУА о международном факторинге*, подписанная в г. Оттаве 28 мая 1988 г. (далее — Конвенция о международном факторинге, Оттавская конвенция)¹. Конвенция вступила в силу с 1 мая 1995 г. для трех стран — Франции, Италии и Нигерии. В дальнейшем к ней присоединились другие государства (в частности, Венгрия, Италия, Латвия, Украина). Россия не участвует в данной Конвенции. Однако многие из ее положений были восприняты при разработке гл. 43 ГК РФ, регулирующей договор финансирования под уступку денежного требования.

Конвенция была принята одновременно с Конвенцией УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г.² В обеих Конвенциях при решении общих вопросов были использованы одинаковые подходы. В частности, это относится к сфере применения Конвенции, которая определяется исходя из двух критериев:

- 1) Конвенция о международном факторинге применяется в тех случаях, когда коммерческие предприятия продавца и его должника находятся в разных государствах, участвующих в Конвенции;
- 2) ее участником должно быть и государство коммерческого предприятия фактора.

Положения Конвенции применяются также, если договор купли-продажи, заключенный между продавцом и покупателем (должником), равно как договор факторинга, подчинены праву страны, участвующей в Конвенции.

Однако даже при наличии этих условий применение Конвенции о международном факторинге может быть исключено участниками факторинга — как сторонами договора факторинга (если это оговорено ими в договоре факторинга), так и сторонами договора международной купли-продажи товаров, если это оговорено между ними

¹ Журнал международного частного права. 1995. № 4. С. 28–36.

² См. гл. 12 учебника.

в договоре в отношении денежных требований, возникших после письменного уведомления фактора о таком исключении (ст. 3).

Вопросы, относящиеся к предмету регулирования Конвенции, которые прямо в ней не рассматриваются, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а при отсутствии таких принципов — в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права (коллизийных норм) (п. 2 ст. 4) и т.д.

Согласно Конвенции под договором факторинга понимается договор, заключенный между одной стороной (поставщиком) и другой стороной (фактором), в соответствии с которым поставщик передает фактору требования, вытекающие из договоров международной купли-продажи товаров, заключенных между поставщиком и его должниками (покупателями).

Предметом уступки являются требования, вытекающие из договоров международной купли-продажи товаров, заключаемых в сфере предпринимательской деятельности. В частности, **не могут быть предметом уступки денежные требования, вытекающие из сделок по приобретению товаров для личных, семейных или домашних нужд** (п. 2 ст. 1).

Другие международные коммерческие договоры, кроме договоров купли-продажи товаров, в Конвенции не затрагиваются.

Помимо финансирования Конвенция предусматривает осуществление иных услуг. **Договор факторинга должен включать по крайней мере две из следующих операций:**

- 1) финансирование поставщика, включая предоставление ему авансов и кредитов;
- 2) бухгалтерскую обработку счетов поставщика, относящихся к денежным требованиям, ставшим предметом уступки требования;
- 3) получение выручки с должников;
- 4) защиту интересов поставщика в связи с неплатежеспособностью его должников (п. 2 ст. 1).

Конвенция регулирует так называемый раскрытый факторинг, при котором должник в обязательном порядке уведомляется в письменной форме об уступке права требования (п. 2 ст. 1). Уведомление об уступке, направляемое должнику продавцом либо самим фактором, должно содержать достаточно определенные сведения о требованиях, переданных фактору, равно как и о самом факторе, и имеет

силу только в отношении обязательств, вытекающих из договоров, заключенных в момент или после направления должнику уведомления.

В международной практике используется также «нераскрытый» факторинг, при котором договоренность об уступке не раскрывается должнику (покупателю). При этом продавец получает от него покупную цену за товар как доверительный собственник фактора. Полученные суммы зачисляются продавцом на отдельный счет, указанный данным фактором¹.

Подчеркивая комплексный характер отношений факторинга, участниками которых являются продавец, фактор и покупатель товара (должник), Конвенция вместе с тем устанавливает правило о приоритете отношений, вытекающих из договора факторинга, над договором купли-продажи, из которого вытекает денежное требование. Соответственно, уступка требования может быть осуществлена, несмотря на любое соглашение между поставщиком и его должником (покупателем), запрещающее такую уступку (ст. 6).

Договор факторинга может включать уступку не только денежного требования, но и иных прав, которыми в силу договора купли-продажи был наделен продавец на основании условия о сохранении за ним права собственности на товары до полной оплаты или об обеспечении обязательств, вытекающих из этого договора (ст. 7).

В Конвенции определен порядок предъявления требований в случае невыполнения одними участниками факторинга своих обязательств перед другими участниками. По общему правилу в случае предъявления фактором к должнику требований о платеже этот должник также вправе использовать в отношении фактора все указанные в контракте средства защиты, которыми он мог бы воспользоваться в случае, если бы такое требование предъявил поставщик (в частности, предъявить фактору встречные требования, относящиеся к качеству либо количеству товара) (ст. 9). Вместе с тем если платеж уже совершен должником, но он не получил товары или получил товары, не соответствующие договору, он имеет право предъявить требование непосредственно к продавцу, не обращаясь за взысканием к фактору (ст. 10).

¹ См.: Шмиттгофф К. Указ. соч. С. 234.

В то же время в ней содержится ряд общих положений, аналогичных тем, которые содержатся в Оттавской конвенции. Так, Конвенция носит диспозитивный характер. Соответственно, цедент, цессионарий и должник могут по договоренности отходить от ее положений, касающихся их прав и обязательств, или изменять эти положения (исключение составляет ст. 19).

Вопросы, относящиеся к предмету регулирования Конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле 2001 г., которые прямо в ней не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а в отсутствие таких принципов — в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права.

Как и в Оттавской конвенции, в данной Конвенции предусматривается, что договор между цедентом и цессионарием имеет приоритетное значение по отношению к основной сделке. Соответственно, дебиторская задолженность передается цессионарию независимо от какого-либо соглашения между цедентом и должником, ограничивающего право цедента уступать свою дебиторскую задолженность, и т.д.

Вместе с тем сфера действия Конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле 2001 г., а также подходы к решению отдельных вопросов отличаются от Оттавской конвенции.

Конвенция различает уступку «международной дебиторской задолженности» и «международную уступку дебиторской задолженности», устанавливая, что уступка является международной, если цедент и цессионарий находятся в разных государствах, и, в свою очередь, дебиторская задолженность является международной, если цедент и должник находятся в разных государствах.

Международный характер уступки или дебиторской задолженности определяется на основании места нахождения цедента и цессионария или должника в момент заключения договора уступки.

Конвенция применяется к «международной дебиторской задолженности» и к «международной уступке дебиторской задолженности», если цедент находится в государстве, являющемся участником Конвенции (пп. *a* п. 1 ст. 1). Она также может применяться к последующим уступкам, в том числе в тех случаях, когда они становятся внутренними и цедент не находится в государстве, участвующем в Конвенции, при условии, что одна из предшествующих уступок регулируется Конвенцией (пп. *b* п. 1 ст. 1).

По отношению к должнику она применяется лишь в том случае, если должник находится в государстве, являющемся стороной Конвенции, либо если право, регулирующее уступленную дебиторскую задолженность, является законом государства — участника Конвенции (п. 3 ст. 1).

В предмет регулирования Конвенции входят не только факторинг, но и все известные *виды уступки дебиторской задолженности*, включая:

- традиционный институт цессии;
- форфейтинг;
- учет счетов-фактур;
- секьюритизацию договорной дебиторской задолженности;
- кредитование под обеспечение активами;
- проектное финансирование под будущие доходы проекта и т.д.

Уступка также может представлять собой суброгацию или сделку залогового вида.

Учитывая современные тенденции применения в международной торговой практике цессии в качестве способа обеспечения обязательств, Конвенция также предусматривает использование уступки дебиторской задолженности в качестве «обеспечения долга или иного обязательства».

В результате уступки дебиторской задолженности у цессионария возникает право на получение платежа, вытекающее из любых видов договоров (а не только из договора купли-продажи, как это предусмотрено Оттавской конвенцией). В то же время Конвенцией не охватывается уступка, влекущая право на платеж, возникающее из иных, чем договор, оснований — «внедоговорных» либо законных оснований, таких как требования из деликта или требования о возмещении налоговых платежей.

Ограничения установлены и для уступки требований, вытекающих из договоров и иных сделок в сфере финансовых услуг (сделки «неторгового характера»), перечень которых приводится в ст. 4 Конвенции. В их число входят сделки на регулируемом фондовом рынке, сделки с иностранной валютой, сделки на срок, сделки спот и своп, фьючерсные сделки, опционные сделки, уступки, возникающие из ценных бумаг, аккредитивов, независимых гарантий, банковских депозитов, производных документов и др.

Согласно Конвенции предметом уступки являются права на причитающиеся с должника денежные суммы (дебиторская задолженность, как «существующая» на момент заключения договора, так и «последующая», т.е. возникающая после его заключения), передаваемые полностью или частично одним лицом (цедентом) другому лицу (цессионарию). При этом Конвенция не ограничивает возможность уступки будущей дебиторской задолженности либо конкретно не определенных (оптовых) уступок. Для применения этих видов уступки достаточно, чтобы дебиторская задолженность была определена на момент уступки либо (если имеет место уступка будущей дебиторской задолженности) — на момент заключения первоначального договора.

В объем уступаемых требований входят также акцессорные права, обеспечивающие платежи по первоначальному договору, для осуществления которых не требуется каких-либо «новых передаточных актов».

Согласно Конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле 2001 г. государство-участник может в любое время заявить, что оно не будет применять Конвенцию к определенным видам уступок или к уступке определенных категорий дебиторской задолженности, ясно указанным в заявлении (п. 1 ст. 41).

Значительное внимание уделено вопросам уведомления должника и защите его прав при уступке. В отличие от Оттавской конвенции в Конвенции допускается уступка как раскрытая, т.е. требующая письменного уведомления должника об уступке, так и нераскрытая.

При раскрытой уступке уведомление должно представляться в письменной форме на языке, который «разумно» позволяет должнику ознакомиться с его содержанием, и в нем должны «разумно идентифицироваться» уступленная дебиторская задолженность и цессионарий. Должник освобождается от обязанностей перед цессионарием, если он не получил уведомления об уступке и произвел платеж в соответствии с первоначальным договором.

Одним из ключевых положений, направленных на защиту должника, является правило, позволяющее должнику требовать представления надлежащих доказательств уступки в отсутствие очевидного согласия цедента, в частности, когда цессионарий направляет уведомление, минуя цедента. «Надлежащие доказательства» включают любой документ в письменной форме, подписанный цедентом и указывающий, что уступка была совершена, например, договор

об уступке или документ, уполномочивающий цессионария направить уведомление. Если цессионарий не представляет таких доказательств, должник вправе произвести платеж cedente.

Большое значение в Конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле 2001 г. придается решению **вопросов, связанных с определением очередности получения дебиторской задолженности** (включая случаи банкротства должника), когда права на нее одновременно имеют несколько цессионариев.

Во избежание спорных ситуаций договаривающимся государствам предлагаются на выбор типовые положения о приоритете (содержащиеся в приложении к Конвенции), основанные на сложившейся международной практике. В них предусматриваются три различных варианта определения приоритета. Один из них основывается на очередности регистрации уступки, что предполагает создание особой «конвенционной» системы регистрации. В соответствии с ней регистрация сделок, связанных с уступкой дебиторской задолженности, осуществляется путем занесения в базу данных определенной информации об уступке (в частности, данных о cedente и цессионарии и краткой общей характеристики соответствующей дебиторской задолженности, которая может существовать или может возникнуть в будущем). Если же ни один из цессионариев не регистрирует сделку, то преимущественные права определяются фактическим моментом уступки.

В качестве вариантов предлагается также установление приоритета по очередности заключения соглашения об уступке либо на основании уведомления должника об уступке¹.

Поскольку далеко не все вопросы приоритета заявителей требований решены в Конвенции на основе материально-правового регулирования, Конвенция предусмотрела коллизионную норму, согласно которой все коллизии, относящиеся к вопросу о приоритетах, подлежат разрешению согласно праву места нахождения cedente (ст. 22). Принятие такого решения обосновывалось тем, что оно позволяет подчинить единому праву все уступки дебиторской задолженности, произведенные конкретным cedente, облегчая установление факта уступки и обеспечивая единообразие учета совершаемых

¹ Об этом см.: *Патрикеев Е.А.* Международно-правовое регулирование уступки права требования // *Правоведение*. 2006. № 2. С. 153.

сделок¹. Это также упрощает разрешение коллизий законов в случае несостоятельности cedent, учитывая, что производство по делу несостоятельного лица осуществляется по месту его нахождения.

Для восполнения пробелов Конвенции (если только решение не может быть принято на основе принципов, лежащих в основе Конвенции) субсидиарно могут применяться **автономные коллизионные нормы** (гл. V Конвенции), — в случаях, когда cedent или должник находятся в государстве — участнике Конвенции или когда правом, регулирующим первоначальный договор, является право государства — участника Конвенции (ст. 26–32).

Автономные коллизионные привязки, содержащиеся в гл. V, могут применяться также независимо от других положений Конвенции — в тех случаях, когда cedent или должник не находятся в государстве — участнике Конвенции или когда правом, регулирующим первоначальный договор, не является право государства — участника Конвенции. При этом необходимо, чтобы такие сделки носили международный характер и не были бы исключены из сферы ее действия.

В отношении автономных коллизионных норм государством-участником может быть сделана оговорка о том, что оно не связано соответствующими положениями. Это позволяет избежать ситуаций, когда государства отказываются от принятия Конвенции лишь в силу того, что автономные коллизионные привязки не отвечают их собственным коллизионным нормам².

Автономные коллизионные нормы воспроизводят положение, согласно которому приоритет конкурирующих цессионариев определяется в соответствии с правом государства, в котором находится cedent (ст. 30 Конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле 2001 г.). Кроме того, они охватывают значительный круг вопросов, по которым в национальном законодательстве различных стран имеются различия. Во многих случаях в них находят отражение компромиссные решения, достигнутые

¹ *Sigman H.C., Garcimartin F., Cervantes I.H.* United Nation Convention on the Assignment of Receivables in International Trade: Comparative Analysis from Spanish and United States Perspectives // *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2006. № 2. P. 263.

² Такая оговорка, в частности, была сделана государством Люксембург, ратифицировавшим Конвенцию 16 сентября 2005 г.

в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г.

Форма договора об уступке определяется с использованием *альтернативных коллизионных привязок*:

- 1) к праву, регулирующему договор, либо к праву страны места его заключения, — если cedent и cessionary, заключившие этот договор, находятся в одном и том же государстве;
- 2) к праву, регулирующему договор либо к праву одного из государств, — если указанные стороны договора находятся в разных государствах (ст. 27).

В Конвенции закреплён принцип автономии воли сторон, согласно которому взаимные права и обязанности cedent и cessionary регулируются «избранным ими правом» (п. 1 ст. 28). При отсутствии соглашения между ними подлежащее применению право определяется на основании критерия наиболее тесной связи с договором (п. 2 ст. 28).

Согласно ст. 29 Конвенции к отношениям между cessionary и должником подлежит применению право страны, которому подчиняется первоначальный договор. В соответствии с этим правом определяются допустимость уступки требования, отношения между cessionary и должником, условия, при которых требование может быть предъявлено к должнику cessionary, вопрос о надлежащем исполнении обязательства должником.

В Конвенции содержатся положения о взаимодействии имеющихся в ней коллизионных норм с императивными нормами материального права. В частности, воспроизводятся правила ст. 7 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. Так, предусмотренные в Конвенции коллизионные нормы не ограничивают применения норм права государства суда «в ситуации, когда они являются императивными, независимо от права, применимого на иных основаниях» (п. 1 ст. 31). Они также не ограничивают применения императивных норм права какого-либо государства, с которыми вопросы, разрешённые в коллизионных нормах, имеют тесную связь, если согласно праву этого государства такие императивные нормы должны регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права (п. 2 ст. 31).

Как и в указанной Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., в рассматриваемой Конвенции предусмотрена оговорка о публичном порядке: в применении нормы

права, определяемого в соответствии с Конвенцией, может быть отказано только в том случае, если применение этой нормы явно противоречит публичному порядку государства суда (ст. 32).

§ 3. Законодательство России и других стран СНГ о международном факторинге (финансировании под уступку права требования)

В законодательстве РФ факторинг (известный как финансирование под уступку права требования) выделен в качестве самостоятельного вида договора.

Согласно российскому законодательству право, подлежащее применению к договору финансирования под уступку права требования, определяется на основании коллизионной нормы пп. 9 п. 3 ст. 1211 ГК РФ, отсылающей при отсутствии соглашения сторон к праву страны финансового агента (фактора).

Материально-правовое регулирование этого договора содержится в гл. 43 ГК РФ, воспринявшей многие положения Конвенции о международном факторинге.

Для организаций стран СНГ, участвующих в договоре факторинга, выбор подлежащего применению права осуществляется в соответствии с общим правилом п. «е» ст. 11 Киевского соглашения 1992 г., согласно которому права и обязанности сторон определяются по законодательству места совершения сделки, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

В законодательстве отдельных стран СНГ имеются специальные коллизионные привязки, на основе которых определяется право, подлежащее применению к договору факторинга (финансирования под уступку права требования). В частности, пп. 15 п. 1 ст. 1285 Гражданского кодекса Армении, а также пп. «п» п. 1 ст. 1219 Гражданского кодекса Республики Таджикистан содержат аналогичную норме ст. 1211 ГК РФ коллизионную привязку, прямо отсылающую к праву страны финансового агента. Такая же коллизионная привязка содержится в п. 19 ст. 25 Закона Украины о международном частном праве.

В законодательстве других стран СНГ вопрос о выборе права, подлежащего применению к договору факторинга, решается на основании общих положений гражданских кодексов, воспринявших

правило п. 3 ст. 1225 Модели ГК для стран СНГ. В соответствии с этим правилом при отсутствии соглашения сторон к договору применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора, а при невозможности определить исполнение — к праву страны, с которой договор наиболее тесно связан (ст. 1113 Гражданского кодекса Республики Казахстан, ст. 1611 Гражданского кодекса Республики Молдова, ст. 1190 Гражданского кодекса Республики Узбекистан, ст. 1125 Гражданского кодекса Республики Беларусь, ст. 1199 Гражданского кодекса Киргизии).

Такое же общее правило, предусмотренное для определения права, подлежащего применению к договорным обязательствам (включая договор факторинга), содержится в ст. 25 Закона Азербайджанской Республики о международном частном праве.

Материально-правовое регулирование договора финансирования под уступку права требования в странах СНГ осуществляется в соответствующих разделах гражданских кодексов (гл. 43 Гражданского кодекса Белоруссии, гл. 42 Гражданского кодекса Узбекистана, гл. 37 Гражданского кодекса Казахстана, гл. 48 Гражданского кодекса Армении, гл. 25 Гражданского кодекса Молдавии, гл. 35 Гражданского кодекса Киргизии, гл. 41 Гражданского кодекса Таджикистана, гл. 73 Гражданского кодекса Украины). Согласно указанным Кодексам предметом уступки могут быть требования, вытекающие из договора купли-продажи, а также из других договоров в сфере предпринимательской деятельности.

Иного подхода придерживается Гражданский кодекс Азербайджана, ограничивший, так же как и Оттавская конвенция, сферу применения факторинга требованиями, вытекающими из договора купли-продажи. Вопросы регулирования факторинга рассматриваются в этом Кодексе в главе, посвященной договору купли-продажи (§ 7 гл. 29).

В некоторых случаях предусматривается применение к договору факторинга общих положений об уступке требований в той мере, в какой соответствующей главой Гражданского кодекса о факторинге не предусмотрено иное или если это не вытекает из существа факторинга (ст. 1290 Гражданского кодекса Молдавии, ст. 729 Гражданского кодекса Республики Казахстан).

В ряде стран СНГ положения о факторинге помимо Гражданского кодекса содержатся в специальных актах, регулирующих банковскую деятельность. Так, в ст. 350 Хозяйственного кодекса Украины факторинг определяется как банковская операция, согласно которой банк приобретает права денежного требования по договору поставки либо оказанию услуг «с принятием риска выполнения такого требования». Факторинговые операции банков могут сопровождаться оказанием клиентам дополнительных консультативных и информационных услуг (п. 3).

В Белоруссии регулирование факторинга (финансирования под уступку денежного требования) осуществляется на основании гл. 43 Гражданского кодекса, а также гл. 19 Банковского кодекса от 25 октября 2000 г. (ст. 153–163), содержащего классификацию договоров факторинга, соответствующую международной практике. В частности, предусматривается факторинг «открытый» и «скрытый», внутренний и международный, без права регресса (фактор несет риск неоплаты должником денежного требования) и с правом регресса.

Контрольные вопросы

1. Что понимается под международным факторингом?
2. Как регулируется международный факторинг в Конвенции УНИДРУА о международном факторинге?
3. Каковы особенности регулирования факторинга в Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности в международной торговле 2001 г.?
4. Как решается вопрос о праве, подлежащем применению к договору факторинга (финансирования под уступку права требования), в законодательстве Российской Федерации и других стран СНГ?

Рекомендуемая литература

1. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004. Гл. 3.
2. Гасников К.Д. Договор финансирования под уступку денежного требования (факторинг) по праву России и Англии. М., 2005.

3. *Комаров А.С.* Финансирование под уступку денежного требования // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996. Гл. 43.
4. *Новоселова Л.А.* Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003.
5. *Новоселова Л.А.* Финансирование под уступку денежного требования // Вестник ВАС РФ. 2000. № 11; 2001. № 1, 3, 4–6, 8, 10, 11; 2002. № 1.
6. *Патрикеев Е.А.* Международно-правовое регулирование уступки права требования // Правоведение. 2006. № 2.
7. *Шмиттгофф К.* Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993.

Предел ответственности, установленный Приложением В, составляет 17 СПЗ¹ за каждый недостающий килограмм груза. Однако стороны могут указать в договоре объявленную ценность груза, превышающую этот предел, тем самым изменив его.

2. Железнодорожные перевозки между странами социалистического содружества (кроме Югославии) осуществлялись начиная с 1950 г. на основе двух многосторонних международных договоров — *Соглашения о международном железнодорожном грузовом сообщении* (СМГС)² и *Соглашения о международном пассажирском сообщении* (СМПС)³.

В декабре 1994 г. в ходе заседания Совета по железнодорожному транспорту государств — участников Содружества (межгосударственного органа СНГ, координирующего работу железнодорожного транспорта) железнодорожные администрации стран СНГ, а также Латвии, Литвы и Эстонии с целью приведения в соответствие с СМГС порядка исчисления сроков доставки грузов, определения размера возмещения за просрочку и рассмотрения претензий о просрочке в доставке грузов при перевозках их в межгосударственном сообщении договорились руководствоваться соответствующими положениями СМГС, а также служебной инструкцией к СМГС.

С 1 июля 1998 г. вступило в силу подписанное 1 октября 1997 г. в г. Баку *Соглашение между железнодорожными администрациями государств — участников Содружества Независимых Государств, Лат-*

¹ Специальные права заимствования (СПЗ) — условная денежная единица, введенная Международным валютным фондом (МВФ) в 1969 г. Применяется в качестве единицы расчетов между странами — членами МВФ и некоторыми другими международными организациями. Суммы, исчисляемые посредством единицы СПЗ, переводятся в национальную валюту на основе стоимости этой валюты на дату, определяемую по закону суда, рассматривающего дело. Стоимость национальной валюты в единицах СПЗ государства, которое является членом МВФ, исчисляется в соответствии с методом определения стоимости, применяемым МВФ на соответствующую дату для его собственных операций и расчетов. Стоимость в единицах СПЗ национальной валюты государства, которое не является членом МВФ, исчисляется способом, установленным этим государством.

² *Соглашение о международном железнодорожном грузовом сообщении* (СМГС). М., 1998.

³ *Соглашение о международном пассажирском сообщении* (СМПС). М., 1999. См. также: *Служебная инструкция к Соглашению о международном пассажирском сообщении* (СИ к СМПС). М., 2005. С. 5–94.

*вийской Республики, Литовской Республики и Эстонской Республики об особенностях применения отдельных норм Соглашения о международном железнодорожном грузовом сообщении (СМГС)*¹.

Стороны согласились осуществлять перевозки грузов в прямом международном железнодорожном сообщении между железными дорогами Сторон на основании СМГС с учетом особенностей применения его отдельных норм, изложенных в приложениях к подписанному Соглашению (под словами «железная дорога» в них понимаются все железные дороги одной Стороны). В приложениях приводится перечень положений СМГС и служебной инструкции к СМГС, не применяемых при перевозках грузов между станциями Сторон, а также перечень нормативных документов и положений, которыми следует руководствоваться при неприменении положений СМГС и служебной инструкции.

Для решения вопросов, связанных с применением Соглашения от 1 октября 1997 г., внесением в него изменений и дополнений, а также прекращением его действия, созываются совещания уполномоченных представителей Сторон. Депозитарием Соглашения определена Дирекция Совета по железнодорожному транспорту.

В качестве официального издания Организации сотрудничества железных дорог в сентябре 1998 г. опубликован новый текст СМГС.

Согласно ст. 22 СМГС *ответственность железных дорог за несохранность груза наступает при наличии вины перевозчика*, которую в ряде случаев должен доказать грузовладелец.

В отличие от КОТИФ в СМГС не установлен предел ответственности, и возмещение выплачивается перевозчиком в пределах действительной стоимости груза, а при перевозке груза с объявленной ценностью — в пределах объявленной ценности.

В СМГС наряду с унифицированными материально-правовыми нормами предусмотрены *унифицированные коллизионные правила*, предписывающие применение:

- закона дороги отправления груза;
- закона дороги следования груза;
- закона дороги назначения груза.

Кроме коллизионных привязок «специального назначения», в СМГС включено общее коллизионное правило, отсылающее

¹ Вестник Совета по железнодорожному транспорту. 1998. № 2. С. 12–23.

(в случае пробелов в Соглашении и основанных на нем руководствах) к внутренним законам соответствующей страны (ст. 36 СМГС). Таким образом, «при разрешении вопросов, не получивших регламентации в СМГС, нужно руководствоваться правилами, содержащимися в законодательстве той страны, на железных дорогах которой были выявлены обстоятельства, обусловившие возникновение разрешаемого спора»¹.

Сегодня положения СМГС применяются к железнодорожным грузовым перевозкам между странами СНГ, а также некоторыми другими странами.

28 мая 1997 г. в Таллине подписано *Соглашение между железнодорожными администрациями государств — участников Содружества Независимых Государств, Латвийской Республики, Литовской Республики, Эстонской Республики об особенностях применения отдельных норм Соглашения о международном пассажирском сообщении (СМПС)*².

Российская Федерация участвует также в двусторонних соглашениях о международном железнодорожном грузовом и пассажирском сообщении с пограничными странами (в том числе в соглашениях, заключенных СССР).

3. Устав железнодорожного транспорта РФ³ различает *перевозки в прямом международном сообщении и перевозки в непрямом международном сообщении*.

Под перевозками в прямом международном сообщении понимаются перевозки в международном сообщении пассажиров, грузов, грузобагажа, осуществляемые между железнодорожными станциями в различных государствах или несколькими видами транспорта в различных государствах по единому перевозочному документу, оформленному на весь маршрут следования.

Перевозки в непрямом международном сообщении означают перевозки в международном сообщении пассажиров, грузов, багажа, грузобагажа, осуществляемые через расположенные в пределах приграничной территории железнодорожные станции и порты по перевозочным документам, оформленным в государствах, участвующих

¹ Луиц Л.А. Курс международного частного права. С. 551.

² Вестник Совета по железнодорожному транспорту. 1997. № 1. С. 203–237.

³ Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 18-ФЗ // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 170.

в перевозках, а также перевозки несколькими видами транспорта по отдельным перевозочным документам на транспорте каждого вида.

§ 2. Международные автомобильные перевозки

1. Основным источником правового регулирования международных автомобильных перевозок являются **международные соглашения**. К числу таких многосторонних международных договоров с участием Российской Федерации относятся:

- Конвенция о дорожном движении 1968 г.¹;
- Европейское соглашение, дополняющее Конвенцию о дорожном движении, открытую для подписания в Вене 8 ноября 1968 г., 1971 г.²;
- Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ) 1956 г.³;
- Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП 1975 г. (Конвенция МДП)⁴;
- Соглашение о международных перевозках скоропортящихся пищевых продуктов и о специальных транспортных средствах, предназначенных для этих перевозок 1970 г.⁵;
- Европейское соглашение о международной дорожной перевозке опасных грузов 1957 г. (ДОПОГ)⁶.

1.1. *Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ) 1956 г.*, разработанная под эгидой Европейской экономической комиссии ООН, объединяет многие европейские страны, включая Российскую Федерацию, а также Казахстан, Марокко, Таджикистан, Тунис, Туркмению. СССР стал участником Конвенции 1 августа 1983 г.

В сферу действия Конвенции входит любой договор дорожной перевозки грузов транспортными средствами за вознаграждение,

¹ Сборник действующих договоров СССР. Вып. XXXIII. М., 1979. С. 385–435.

² Бюллетень международных договоров. 2008. № 1. С. 3–23.

³ Международные перевозки грузов. СПб., 1993. С. 21–40.

⁴ Сборник международных договоров СССР. Вып. XXXVIII. М., 1984. С. 266–281.

⁵ СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Там же.

если место принятия груза и место, предназначенное для сдачи груза (указанные в договоре), находятся в двух разных странах, из которых по крайней мере одна является участницей Конвенции, независимо от места жительства и национальности сторон договора.

Конвенция регулирует разные аспекты международной автомобильной перевозки, в том числе порядок заключения и исполнения договора, ряд процессуальных вопросов и т.д. При этом центральное место в Конвенции занимают *нормы, касающиеся ответственности перевозчика грузов*. Так, перевозчик несет ответственность за полную или частичную утрату груза или за его повреждение, произошедшие с момента принятия груза к перевозке и до момента его сдачи, а также за просрочку в доставке.

Размер суммы, подлежащей уплате в возмещение ущерба, вызванного полной или частичной утратой груза, определяется на основании стоимости груза в месте и во время принятия его для перевозки и не может превышать установленного Конвенцией предела.

Перевозчик освобождается от этой ответственности, если докажет, что потеря груза, его повреждение или просрочка доставки произошли по вине контрагента вследствие приказа последнего, не вызванного какой-либо виной перевозчика, каким-либо дефектом самого груза или обстоятельствами, избежать которых перевозчик не мог и последствия которых он не мог предотвратить.

Размер подлежащей возмещению суммы определяется на основании стоимости груза в месте и во время принятия его к перевозке. Стоимость груза определяется на основании биржевой котировки, или за отсутствием таковой на основании текущей рыночной цены, или же при отсутствии и той и другой на основании обычной стоимости товара такого же рода и качества.

Установленный предел ответственности перевозчика за утрату (повреждение) груза составляет 25 франков или 8,33 СПЗ¹ за 1 кг утраченного груза. Данный предел может быть исключен в случае, если будет доказано, что ущерб был вызван злоумышленным поступком перевозчика.

¹ Исчисление пределов ответственности перевозчика в СПЗ было введено Протоколом 1978 г. к КДПГ, в котором Российская Федерация не участвует. Тем не менее на практике существуют примеры, когда судами РФ исчисление пределов ответственности производилось в СПЗ (см.: *Канашевский В.А.* Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. С. 385).

Коллизионные нормы Конвенции немногочисленны: например, норма, отсылающая к закону суда, рассматривающего дело, для решения вопросов о продлении или о перерыве течения срока исковой давности.

По спорам, возникающим из перевозки, подпадающей под действие Конвенции, истец может обратиться, кроме судов стран — участниц Конвенции, согласованных сторонами, в суд страны, на территории которой:

- ответчик имеет обычное место жительства;
- находится основное коммерческое предприятие ответчика или отделение либо агентство, через посредство которых был заключен договор перевозки;
- находится место принятия груза к перевозке либо место, предназначенное для сдачи груза. Обращение в другие суды не допускается.

1.2. Конвенция МДП 1975 г., определяя процедуру международной дорожной перевозки грузов, предусматривает в качестве ее основного атрибута книжку МДП, являющуюся единым таможенным документом при следовании груза от таможи места отправления до таможи места назначения в регионе МДП.

Конвенцией введен *институт гарантийного объединения*, под которым понимается объединение, признанное таможенными органами государства — участника Конвенции в качестве гаранта для лиц, использующих процедуру международной дорожной перевозки грузов.

В Российской Федерации функции гарантийного объединения выполняет *Ассоциация международных автомобильных перевозчиков Российской Федерации (АСМАП)*, которая обеспечивает российских перевозчиков книжками МДП, ведет работу по урегулированию претензий в связи с использованием *процедуры МДП*. Грузы, перевозимые с соблюдением этой процедуры, освобождаются от уплаты ввозных или вывозных пошлин и сборов в промежуточных таможах.

Процедура МДП «избавляет» соответствующее транспортное средство от остановок и задержек таможами стран, участвующих в Конвенции. Грузы, перевозимые с соблюдением процедуры МДП в запломбированных дорожных транспортных средствах, составах транспортных средств или в запломбированных контейнерах, как правило, освобождаются от досмотра в промежуточных таможах.

На дорожном транспортном средстве или составе транспортных средств, осуществляющих операцию МДП, должны быть прикреплены таблички с надписью *TIR*. Знак *TIR* дает преимущество первоочередного таможенного оформления. Конвенцией определяются требования к транспортным средствам и контейнерам, подпадающим под действие ее норм, порядок оформления книжки МДП, реквизиты книжки, правила пользования ею.

Постановлением Правительства РФ от 18 декабря 1997 г. № 1567 «Об обеспечении исполнения Таможенной конвенции о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП 1975 года)»¹ на соответствующий компетентный орган возложено принятие решений о временном или окончательном лишении лиц, виновных в серьезных нарушениях таможенного законодательства, применяемого при международной перевозке грузов, права использовать процедуру МДП.

Правительство РФ приняло поправки к указанной Конвенции, одобренные Административным комитетом Конвенции МДП. Соответствующим российским ведомствам поручено при участии АСМАП продолжить работу по подготовке и согласованию дополнений и изменений положений Конвенции МДП, призванных совершенствовать гарантийную систему процедуры МДП, упростить таможенную процедуру и усилить контроль за исполнением Конвенции МДП.

Утверждено *Положение о порядке допуска российских перевозчиков к процедуре МДП*², определяющее, в частности, минимальные условия и требования, предъявляемые к лицам, желающим получить допуск к процедуре МДП³.

2. К числу внутренних нормативных правовых актов Российской Федерации, регулирующих международные автомобильные перевозки, относятся:

¹ СЗ РФ. 1997. № 51. Ст. 5816.

² Приказ Министерства транспорта РФ и Государственного таможенного комитета РФ от 1 сентября 1999 г. № 61/591 // БНА РФ. 1999. № 45.

³ О принятии поправок к Конвенции МДП см.: Постановления Правительства РФ от 5 сентября 1998 г. № 1035 (СЗ РФ. 1998. № 37. Ст. 4641) и от 6 ноября 2001 г. № 766 (СЗ РФ. 2001. № 46. Ст. 4370).

Передавая иностранные разрешения перевозчикам, АСМАП предупреждает их об условиях осуществления международных перевозок, предусмотренных соответствующими международными договорами.

Двусторонние договоры России о международном автомобильном сообщении регулируют также *перевозки в третьи страны и из третьих стран*.

В договорах перевозчикам одной страны запрещается осуществлять внутренние перевозки (каботаж) на территории другой страны.

Страны — участницы договоров обеспечивают *страхование гражданской ответственности перевозчиков* перед третьими лицами в связи с использованием автотранспортных средств.

Условия договоров включают освобождение от налогов и сборов с автотранспортных средств, пограничные, таможенные и иные правила.

§ 3. Международные воздушные перевозки

1. Основу системы международных договоров, регулирующих воздушные перевозки, образуют положения *Конвенции о международной гражданской авиации* 1944 г. (Чикагская конвенция)¹. Частью Конвенции является *Устав Международной организации гражданской авиации* (ИКАО) — специализированного учреждения ООН. В приложениях к Конвенции, а также в издаваемых ИКАО документах предусматриваются международные авиационные регламенты-стандарты, рекомендуемая практика, процедуры.

Российская Федерация участвует во многих двусторонних международных договорах о воздушном сообщении². Этими договорами,

¹ СССР присоединился к Конвенции 15 октября 1970 г. Конвенция вступила в силу для СССР 14 ноября 1970 г. // *Международное воздушное право*: в 2 кн. Кн. 1. М., 1980. С. 280–316.

² Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Куба о воздушном сообщении 2007 г. // *Бюллетень международных договоров*. 2009. № 1. С. 36–47; Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Корея о воздушном сообщении 2003 г. // *Бюллетень международных договоров*. 2003. № 8. С. 51–63; Соглашение между Правительством РФ и Прави-

к Соглашению, с целью посадки и (или) высадки пассажиров, погрузки и (или) выгрузки почты и груза международного следования.

Предоставление авиапредприятиям Сторон названных прав не может рассматриваться как предоставление назначенному авиапредприятию государства одной Стороны права брать на борт пассажиров, груз и почту для их перевозки между пунктами на территории государства другой Стороны на условиях аренды или за вознаграждение.

2. Условия широкого, охватывающего различные регионы сотрудничества в области воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов определяются Конвенцией для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок 1929 г. (Варшавская конвенция 1929 г.)¹.

В 1955 г. Варшавская конвенция 1929 г. была изменена Протоколом относительно изменения Конвенции для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, подписанной в Варшаве 12 октября 1929 г. (Гаагский протокол 1955 г.)².

В 1961 г. была принята Конвенция, дополнительная к Варшавской конвенции, для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, осуществляемых лицом, не являющимся перевозчиком по договору (Гвадалахарская конвенция 1961 г.)³.

Варшавская конвенция 1929 г., Гаагский протокол 1955 г. и Гвадалахарская конвенция 1961 г. составляют так называемую Варшавскую систему в ее классическом виде.

Варшавская конвенция 1929 г., измененная Гаагским протоколом, в последующем была дополнена Гватемальским протоколом

¹ СССР подписал Варшавскую конвенцию в 1929 г. и ратифицировал ее в 1934 г. (СЗ СССР. 1934. Отд. II. № 20. Ст. 176).

² Ведомости ВС СССР. 1957. № 8. Ст. 217. СССР ратифицировал Протокол Указом Президиума Верховного Совета СССР от 9 февраля 1957 г. (Ведомости ВС СССР. 1957. № 6. Ст. 136). Протокол вступил в силу для СССР в 1963 г.

³ Ведомости ВС СССР. 15 февраля 1984 г. № 7. Ст. 113. СССР ратифицировал Конвенцию Указом Президиума Верховного Совета СССР от 15 августа 1983 г. № 9820-X (Ведомости ВС СССР. 1983. № 34. Ст. 521). Конвенция вступила в силу для СССР в 1983 г.

1971 г.¹ и Монреальскими протоколами (№ 1–4) 1975 г.² Российская Федерация не участвует в Гватемальском и Монреальских протоколах.

Варшавская конвенция 1929 г.³ применяется при всякой международной перевозке пассажиров, багажа или груза, осуществляемой за плату посредством воздушного судна. Она применяется также к бесплатным перевозкам, осуществляемым посредством воздушного судна предприятием воздушных перевозок. Конвенция не применяется к перевозке почтовой корреспонденции и почтовых посылок.

В Варшавской конвенции 1929 г. под **международной перевозкой** понимается любая перевозка, при которой место отправления и место назначения (вне зависимости от того, имеется ли перерыв в перевозке или перегрузка) расположены либо на территории двух государств — участников Конвенции, либо на территории одного и того же государства-участника, если остановка предусмотрена на территории другого государства, даже когда это последнее не является участником Конвенции.

Перевозка без подобной остановки между двумя пунктами, находящимися на территории одного и того же государства-участника, не рассматривается как международная в смысле Конвенции.

Перевозка, осуществляемая несколькими последовательно действующими перевозчиками, считается *единой*, если она рассматривается сторонами как единая операция, вне зависимости от того, оформлена ли она одним или рядом договоров. Перевозка такого рода не утрачивает свой международный характер лишь потому, что один или несколько договоров должны быть выполнены полностью на территории одного и того же государства.

В Конвенции устанавливаются *единые требования, предъявляемые к реквизитам перевозочных документов* (проездного билета, багажной квитанции, воздушно-погрузочного документа), *порядку их выдачи*.

¹ ICAO. Doc. 8932.

² ICAO. Doc. 9145, 9146, 9147, 9148. Протоколы № 1, 2 вступили в силу в 1996 г. и насчитывают 49 и 50 участников соответственно. Протокол № 4 вступил в силу в 1998 г. и насчитывает 57 участников. Протокол № 3 не вступил в силу, поскольку не набрал необходимого количества ратификаций.

³ Здесь и далее, если не оговаривается иное, имеется в виду Конвенция, измененная Гаагским протоколом.

Отсутствие, неправильность в оформлении или утеря этих документов не влияют на существование и действительность договора о перевозке, который будет тем не менее подпадать под действие правил Варшавской конвенции 1929 г. Однако если перевозчик примет пассажира, багаж или груз на борт воздушного судна без указанных документов либо если такие документы не содержат уведомления об ограничении ответственности перевозчика, то последний не будет иметь права ссылаться на положения Конвенции, устанавливающие предел его ответственности.

Центральное место в Конвенции занимают **правила об ответственности перевозчика**. Перевозчик несет ответственность за вред, происшедший в случаях:

- смерти, ранения или любого другого телесного повреждения пассажира, если несчастный случай, в результате которого причинен вред, произошел на борту воздушного судна или во время операций по посадке и высадке;
- уничтожения, потери или повреждения зарегистрированного багажа или груза, если происшествие, причинившее вред, произошло во время воздушной перевозки;
- опоздания при воздушной перевозке пассажиров, багажа, грузов.

Ответственность перевозчика согласно Варшавской конвенции 1929 г. основывается *на принципе вины*: перевозчик не несет ответственности, если докажет, что принял все необходимые меры, чтобы избежать вреда, или что такие меры невозможно было принять.

В случае если перевозчик докажет, что вина потерпевшего была причиной вреда или способствовала ему, суд может в соответствии со своим законом устранить или ограничить ответственность перевозчика.

Конвенция ограничивает ответственность перевозчика за вред, причиненный пассажиру, багажу, грузу, ручной клади.

Варшавской конвенцией 1929 г. *пределы ответственности перевозчика* были установлены в размере 125 000 франков¹ за каждого пассажира, 250 франков за 1 кг груза или багажа и 5000 франков за вещи, находящиеся при пассажире (ручная кладь). Отмечается, что

¹ Здесь и далее имеются в виду франки Пуанкаре — валютная единица, содержащая 65,5 мг золота 900-й пробы.

Варшавская конвенция была принята в начале XX в., в период, когда авиаперевозчики несли значительные риски при осуществлении международных воздушных перевозок, поэтому Варшавская конвенция ввела ответственность авиаперевозчика за вину и установила незначительные пределы его ответственности¹.

Однако к 1955 г. возросло экономическое благосостояние граждан, пользующихся воздушным транспортом, увеличилась стоимость жизни, усилилась безопасность воздушных полетов, и требовалось повысить пределы ответственности перевозчика. Гаагский протокол удвоил предельные размеры ответственности перевозчика в отношении пассажира (250 000 франков).

Закон суда, в который предъявлен иск, может устанавливать возмещение в виде периодических платежей. В этом случае эквивалентная капитализированная сумма платежей не должна превышать 250 000 франков.

Перевозчик и пассажир, заключив особое соглашение, могут установить и более высокий предел ответственности.

Всякая оговорка, ведущая к освобождению перевозчика от ответственности или к установлению меньшего предела ответственности, чем тот, что предусмотрен Варшавской конвенцией 1929 г., является недействительной и не порождает никаких последствий, но недействительность оговорки не влечет за собой недействительности самого договора международной воздушной перевозки.

Пределы ответственности не подлежат применению, если будет доказано, что вред произошел в результате действия или упущения перевозчика, совершенных с намерением причинить вред или носивших опрометчивый характер с сознанием того, что в результате такого действия (упущения) возможно причинение вреда.

Иск об ответственности должен быть возбужден в пределах территории одного из государств — участников Варшавской конвенции 1929 г. *по выбору истца* в суде:

- по месту жительства перевозчика;
- по месту нахождения главного управления его предприятия;
- по месту, где перевозчик имеет контору, посредством которой был заключен договор, или в суде места назначения.

¹ См.: Хлестова И.О. Международные воздушные перевозки // Отдельные виды обязательств в международном частном праве. М., 2008. С. 248.

- 1) устанавливает ответственность перевозчика за причинение вреда жизни или здоровью пассажира, а также за несохранность багажа независимо от вины;
- 2) предусматривает освобождение перевозчика от ответственности, если вред был обусловлен состоянием здоровья пассажира или его виной либо явился результатом внутренних свойств багажа или вины пассажира.

Протокол не набрал необходимого количества ратификаций и не вступил в силу.

Монреальские протоколы (№ 1–4) 1975 г. внесли существенные изменения в Варшавскую конвенцию, установив в качестве расчетной единицы «специальные права заимствования» (СПЗ). Пределы ответственности перевозчика:

- за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, составляют в Протоколе № 1 — 8300 СПЗ, в Протоколе № 2 — 16 600 СПЗ, в Протоколе № 3 — 100 000 СПЗ;
- за несохранность груза согласно Протоколам № 1, 3, 4 — 17 СПЗ за 1 кг;
- за несохранность багажа согласно Протоколу № 1 — 17 СПЗ за 1 кг, Протоколу № 3 — 1000 СПЗ в отношении каждого пассажира;
- за несохранность ручной клади согласно Протоколу № 1 — в размере 332 СПЗ;
- за задержку пассажира и багажа согласно Протоколу № 3 ограничиваются 4150 СПЗ¹.

Изменениям подверглись и основания ответственности перевозчика. Так, Протокол № 4, посвященный перевозкам грузов, закрепил объективную ответственность перевозчика за несохранность груза. Протокол № 3 воспроизвел положения Гватемальского протокола, согласно которым перевозчик отвечает за несохранность багажа независимо от вины.

В практике международного воздушного транспорта широко распространена аренда воздушных судов². Данное обстоятельство послужило причиной принятия в 1961 г. *Гвадалахарской конвенции*, которая распространила действие Варшавской конвенции 1929 г. на

¹ См.: Грязнов В. Указ. соч. С. 95.

² См.: Хлестова И.О. Международные воздушные перевозки. С. 248, 249.

международные перевозки, выполняемые фактическим перевозчиком (а не перевозчиком по договору).

Под **фактическим перевозчиком** согласно Гвадалахарской конвенции 1961 г. понимается лицо, не являющееся перевозчиком по договору, которое, будучи уполномочено последним, осуществляет полностью или частично перевозку, но которое в отношении этой части не является последовательным перевозчиком в смысле Варшавской конвенции 1929 г.

На фактического перевозчика и уполномоченных им лиц распространяется режим ответственности, установленный Варшавской конвенцией 1929 г. Любой иск о возмещении вреда, причиненного при перевозке, осуществляемой фактическим перевозчиком, может быть предъявлен по выбору истца либо к этому перевозчику, либо к перевозчику по договору, либо к обоим, совместно или в отдельности.

Варшавской конвенцией 1929 г. были установлены низкие пределы ответственности перевозчика, что в сложившихся социально-экономических условиях привело к их увеличению отдельными государствами на национальном уровне.

3. В Монреале 28 мая 1999 г. на Международной конференции по воздушному праву, состоявшейся под эгидой ИКАО, была принята *Конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок* (Монреальская конвенция)¹, направленная на модернизацию и консолидацию Варшавской конвенции 1929 г. и связанных с ней документов.

¹ Вступила в силу 4 ноября 2003 г. В Конвенции участвуют уже более 90 государств (информация получена с официального интернет-сайта ИКАО по адресу: <<http://www.icao.int/icao/en/leb/mtl99.pdf>>). Россия не участвует в Конвенции, хотя подписала Заключительный акт конференции, который содержит Резолюцию, призывающую государства к скорейшей ратификации Монреальской конвенции. О необходимости присоединения России к Монреальской конвенции см.: *Бордунов В.Д., Елисеев Б.Н.* Договор международной воздушной перевозки как правовая основа упорядочения отношений между перевозчиками и пассажирами в области международных воздушных перевозок // *Транспортное право.* 2006. № 4. С. 16; *Хлестова И.О.* Международные воздушные перевозки. С. 287. Де-факто российский «Аэрофлот» уже применяет установленный Монреальской конвенцией режим ответственности при перевозке пассажиров (см. об этом: *Остроумов Н.Н.* Электронная форма договора международной воздушной перевозки // *Закон.* 2007. № 7. С. 121). Текст Конвенции на русском языке см.: *Московский журнал международного права.* 2001. № 1.

Монреальская конвенция учитывает новые реалии, сложившиеся в области международных воздушных перевозок¹, отвечает современным требованиям упрощения процедур и формальностей на воздушном транспорте². Положения Конвенции направлены на *достижение баланса интересов потребителя и перевозчика, формируют систему обеспечения и защиты прав потребителей* при международных воздушных перевозках, *значительно облегчают процедуру возмещения вреда*, причиненного при перевозке, и исходят из необходимости *справедливой компенсации* на основе принципа наиболее полного возмещения.

Отличительной особенностью Монреальской конвенции является то, что *участвовать в ней могут не только государства, но и региональные организации экономической интеграции*. В частности, одним из ее участников является Европейский союз, для которого Конвенция вступила в силу в 2004 г.

Сфера применения Монреальской конвенции и закрепленное в ней понятие международной воздушной перевозки аналогичны соответствующим положениям Варшавской конвенции 1929 г. Монреальская конвенция применяется в том числе к воздушным перевозкам, осуществляемым лицами, не являющимися перевозчиками по договору. Эти правила также аналогичны тем, что содержатся в Гвадалахарской конвенции 1961 г.

Вместо категорий «проспективной билет» и «багажная квитанция», предусмотренных Варшавской конвенцией 1929 г., Монреальская конвенция использует термин «**перевозочный документ**» (индивидуальный или групповой), который выдается при перевозке пассажиров. На каждое место зарегистрированного багажа пассажиру вручается багажная идентификационная бирка. При перевозке груза выдается авиагрузовая накладная.

Вместо перевозочного документа и авиагрузовой накладной могут использоваться любые другие средства, сохраняющие запись о предстоящей перевозке. Под такими средствами следует понимать, прежде всего, электронные средства оформления договора международной воздушной перевозки (так называемый **электронный билет** и

¹ Хлестова И.О. Международные воздушные перевозки. С. 273.

² Остроумов Н.Н. Об ответственности воздушного перевозчика за несохранность груза и багажа // Государство и право. 2005. № 2. С. 35.

электронная авианакладная), применение которых позволяет упростить процесс заключения договора¹.

Возможность оформления договора международной воздушной перевозки грузов электронной авианакладной предусматривалась еще Монреальским протоколом № 4.

При оформлении договора международной воздушной перевозки пассажиров с использованием электронных средств перевозчик предлагает пассажиру представить письменное изложение сохраненной информации. Пассажиру также вручается письменное уведомление об ограничении ответственности перевозчика. Если при оформлении договора международной воздушной перевозки грузов используется электронная авианакладная, перевозчик по просьбе отправителя выдает квитанцию на груз, позволяющую опознать груз и получить доступ к сохраненной в электронном варианте информации.

По сравнению с Варшавской конвенцией 1929 г. Монреальская конвенция *ужесточает правила об ответственности авианеотвозчика*. Во многом она основывается на положениях Гватемальского протокола 1971 г. и Монреальских протоколов (№ 1–4) 1975 г. Основные новеллы касаются прежде всего пассажирских перевозок.

Принцип наиболее полного возмещения вреда реализуется в положениях Монреальской конвенции, касающихся ответственности перевозчика за вред, происшедший в случае смерти или телесного повреждения пассажира. Устанавливается двухуровневая система ответственности. Если размер причиненного вреда не превышает 100 000 СПЗ, то перевозчик несет безвиновную ответственность, которая наступит при наличии одного только факта причинения вреда. Такая ответственность характеризуется как абсолютная². В рамках 100 000 СПЗ перевозчик несет ответственность за вред, причиненный в результате действия обстоятельств непреодолимой силы, а также за вину третьих лиц. В последнем случае наиболее распро-

¹ О преимуществах использования электронного билета для пассажиров и перевозчиков см. подробнее: *Бордунов В.Д.* Международное воздушное право: учеб. пособие. М., 2007. С. 192, 193.

² См.: *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. С. 116.

Монреальской конвенцией также предусмотрена объективная ответственность перевозчика за несохранность груза.

Перевозчик не несет ответственности, только если докажет, что уничтожение, утеря или повреждение груза произошли в результате:

- присущего грузу дефекта, качества или порока;
- неправильной упаковки груза лицом, кроме перевозчика, его служащих или агентов;
- акта войны или вооруженного конфликта;
- акта органа государственной власти, связанного с ввозом, вывозом или транзитом груза.

Ответственность авиаперевозчика за вред, происшедший вследствие задержки при воздушной перевозке пассажиров, багажа или груза, по-прежнему основывается на принципе вины.

Во всех перечисленных случаях (смерть или телесные повреждения пассажира, несохранность или задержка багажа или груза, задержка при воздушной перевозке пассажиров) перевозчик освобождается от ответственности полностью или частично, если докажет, что вред был причинен по вине самого потерпевшего.

Монреальская конвенция устанавливает **повышенные пределы ответственности авиаперевозчика**: за несохранность или задержку багажа — 1000 СПЗ в отношении каждого пассажира; за несохранность или задержку груза — 17 СПЗ за 1 кг груза; в случае вреда, причиненного при перевозке лиц в результате задержки, — 4150 СПЗ в отношении каждого пассажира.

Названные пределы ответственности не применяются, если будет доказано, что вред произошел в результате действия или бездействия перевозчика, его служащих или агентов, совершенного с намерением причинить вред или безрассудно и с сознанием того, что в результате этого, возможно, произойдет вред, при условии что в случае такого действия или бездействия служащего или агента будет также доказано, что этот служащий или агент действовал в рамках своих обязанностей.

Допускается возможность пересмотра пределов ответственности перевозчика каждые пять лет с использованием коэффициента инфляции, соответствующего совокупным темпам инфляции за период со времени предыдущего пересмотра, или при первом пересмотре — с даты вступления в силу Конвенции.

Как и Варшавская конвенция 1929 г., Монреальская конвенция содержит норму о недействительности любых соглашений, направ-

пассажира воздушного судна, в сумме 2 млн руб.; в счет возмещения вреда, причиненного здоровью **пассажира**, — не более 2 млн руб.

Выплата указанной компенсации не освобождает перевозчика от возмещения такого вреда в части, превышающей сумму произведенной компенсации.

За утрату, недостачу или повреждение (порчу) багажа, груза, а также вещей, находящихся при пассажире, при международных воздушных перевозках перевозчик несет ответственность в соответствии с международными договорами РФ.

Воздушный кодекс РФ устанавливает **срок для предъявления претензии к перевозчику** при международных воздушных перевозках. В случае повреждения (порчи) багажа или груза лицо, имеющее право на его получение, при обнаружении вреда должно заявить перевозчику уведомление в письменной форме не позднее чем через семь дней со дня получения багажа и не позднее чем через 14 дней со дня получения груза. В случае просрочки доставки багажа или груза претензия должна быть предъявлена в течение 21 дня со дня передачи багажа или груза в распоряжение лица, имеющего право на его получение.

В случае утраты багажа, груза или почты претензия к перевозчику может быть предъявлена в течение 18 месяцев со дня прибытия воздушного судна в аэропорт пункта назначения со дня, когда воздушное судно должно было прибыть, или со дня прекращения воздушной перевозки.

Воздушный кодекс РФ предусматривает **обязательное страхование ответственности владельца воздушного судна перед третьими лицами**. При выполнении международных полетов и авиационных работ в воздушном пространстве иностранных государств минимальный размер страховой суммы устанавливается по законодательству соответствующего иностранного государства.

Страхование риска гражданской ответственности перевозчика перед пассажирами за причиненный при воздушной перевозке вред жизни или здоровью пассажира, вред его багажу и находящимся при этом пассажире вещам является обязательным.

При выполнении международных воздушных перевозок размеры страховой суммы и страховых выплат не должны быть менее размеров, установленных в соответствии с международными договорами РФ.

Иностранные авиационные предприятия, международные эксплуатационные агентства и иностранные индивидуальные предприниматели вправе осуществлять **коммерческую деятельность в области гражданской авиации** в порядке, установленном законодательством и международными договорами РФ.

Воздушным кодексом РФ (ст. 63) предусматриваются следующие требования к этой деятельности:

- 1) международные воздушные перевозки и (или) авиационные работы выполняются при условии получения соответствующих лицензий;
- 2) названные предприятия, агентства и предприниматели не имеют права:
 - а) принимать на территории Российской Федерации на борт воздушных судов пассажиров, багаж, грузы и почту для воздушных перевозок на территорию иностранного государства или перевозить их на территорию Российской Федерации с территории иностранного государства, если иное не предусмотрено международным договором РФ или выдаваемыми в порядке, установленном Правительством РФ, разовыми разрешениями уполномоченного органа в области гражданской авиации;
 - б) принимать на территории Российской Федерации на борт воздушных судов пассажиров, багаж, грузы и почту для воздушных перевозок в пределах ее территории без разрешений уполномоченного органа в области гражданской авиации, выдаваемых в порядке, установленном Правительством РФ.

Иностранные авиационные предприятия могут открывать свои представительства на территории Российской Федерации в соответствии с законодательством и (или) международными договорами РФ.

Согласно ст. 102 Воздушного кодекса РФ перевозчики обязаны соблюдать общие правила воздушных перевозок пассажиров, багажа и грузов и требования к обслуживанию пассажиров, грузоотправителей, грузополучателей, устанавливаемые федеральными авиационными правилами.

Приказом Министерства транспорта РФ от 28 июня 2007 г. № 82 утверждены Федеральные авиационные правила «Общие правила воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов и требования к об-

служиванию пассажиров, грузоотправителей, грузополучателей»¹. Эти правила разработаны в соответствии с Варшавской конвенцией 1929 г. и определяют условия воздушной перевозки пассажиров и их вещей, грузов, права и обязанности перевозчика, других лиц, участвующих в организации и обеспечении воздушных перевозок, а также пассажиров, грузоотправителей и грузополучателей.

Правила применяются при осуществлении внутренних и международных воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов регулярными и чартерными рейсами. При выполнении международных перевозок они применяются в части, не противоречащей международным соглашениям РФ о воздушном сообщении, а также законам, постановлениям, правилам и предписаниям государственных органов страны, на территорию, с территории или через территорию которой осуществляются такие перевозки.

Приказом Министерства транспорта РФ от 8 ноября 2006 г. № 134² разрешено использование электронной формы билета и багажной квитанции во внутренних воздушных перевозках. В литературе отмечается, что использование этой формы договора российскими перевозчиками на международных линиях невозможно без сдублирования на бумажном носителе³, поскольку Российская Федерация не является участницей Монреальской конвенции, а Варшавская конвенция 1929 г., в которой участвует Россия, содержит правила, согласно которым отсутствие проездного билета и багажной квитанции (имеется в виду традиционная, письменная, форма) лишает перевозчика права ссылаться на положения этой Конвенции об ограничении его ответственности.

§ 4. Международные морские перевозки

1. Действующие в области торгового мореплавания нормы международного частного права образуют одну из его наиболее развитых подсистем. В юридической литературе, исследующей проблемы торго-

¹ Российская газета. 2007. 10 окт.

² Российская газета. 2007. 2 февр.

³ См.: *Остроумов Н.Н.* Электронная форма договора международной воздушной перевозки // Закон. 2007. № 7. С. 126.

За последнее десятилетие в России приняты федеральные законы о ее участии в следующих многосторонних международных договорах по вопросам торгового мореплавания: Международной конвенции о спасании 1989 г.¹; Протоколе 1979 г. об изменении Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 г., измененной Протоколом от 23 февраля 1968 г.²; Международной конвенции об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов 1952 г.³; Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1992 г.⁴; Протоколе 1992 г. об изменении Международной конвенции о создании Международного фонда для компенсации ущерба от загрязнения нефтью 1971 г.⁵; Международной конвенции об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ 1996 г.⁶; Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения бункерным топливом 2001 г.⁷; Международной конвенции о морских залогах и ипотеках 1993 г.⁸; Протоколе 1996 г. об изменении Конвенции об ограничении ответственности по морским требованиям 1976 г.⁹

Россия продолжает участвовать в Международной конвенции об унификации некоторых правил относительно столкновения судов 1910 г.¹⁰

¹ Федеральный закон от 17 декабря 1998 г. № 186-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 51. Ст. 6268.

² Федеральный закон от 6 января 1999 г. № 17-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 244.

³ Федеральный закон от 6 января 1999 г. № 13-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 240.

⁴ Федеральный закон от 2 января 2000 г. № 27-ФЗ // СЗ РФ. 2000. № 2. Ст. 148.

⁵ Федеральный закон от 2 января 2000 г. № 26-ФЗ // СЗ РФ. 2000. № 2. Ст. 147.

⁶ Федеральный закон от 2 января 2000 г. № 17-ФЗ // СЗ РФ. 2000. № 2. Ст. 138.

⁷ Федеральный закон от 3 декабря 2008 г. № 230-ФЗ // СЗ РФ. 2008. № 49. Ст. 5728.

⁸ Федеральный закон от 17 декабря 1998 г. № 184-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 51. Ст. 6266.

⁹ Федеральный закон от 6 января 1999 г. № 9-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 236.

¹⁰ Россия ратифицировала Конвенцию 1 февраля 1913 г. СССР признал Конвенцию имеющей силу для СССР (Постановление СНК СССР от 2 февраля 1926 г. «О признании имеющими силу для СССР Брюссельских конвенций 23 сентября 1910 г. о столкновении судов и оказании помощи на море и Парижской конвенции 14 марта 1884 г. по охране подводных кабелей» // Собрание законов и распо-

- 1) коносамент выдан в договариваемом государстве, либо
- 2) перевозка осуществляется из порта, находящегося в договариваемом государстве, либо
- 3) договор, содержащийся в коносаменте или удостоверенный им, предусматривает, что правила Конвенции или вводящего их в действие законодательства какого-либо государства применяются к этому договору.

Указанные положения применяются, какова бы ни была национальность судна, перевозчика, отправителя, получателя или любого другого заинтересованного лица.

Кодекс торгового мореплавания РФ (ст. 122), санкционируя применение правил, установленных гл. VIII «Договор морской перевозки груза», к перевозкам грузов в каботаже, исключает эту возможность в отношении правил ст. 167 («Навигационная ошибка»), ст. 170 («Ограничение ответственности перевозчика») и п. 2 ст. 171 («Требования к перевозчику, его работникам и агентам»).

Конвенция о коносаменте 1924 г. вводит виновную ответственность перевозчика, его агентов и служащих. Перевозчик не отвечает за потери и убытки, возникшие не из-за действий и не по вине перевозчика и не из-за действий и не по вине агентов или служащих перевозчика; однако бремя доказывания отсутствия вины возлагается на лицо, требующее такого освобождения от ответственности: оно должно доказать, что ни действия или вина перевозчика, ни действия или вина агентств или служащих перевозчика не способствовали потерям или убыткам.

В числе указанных в Конвенции причин потерь (убытков), за которые перевозчик не отвечает, называются действия, небрежность или упущения капитана, члена экипажа, лоцмана или служащих перевозчика в судовождении или управлении судном. Правило об освобождении перевозчика от ответственности при так называемой навигационной ошибке определено в ст. 167 КТМ РФ следующим образом: «Перевозчик не несет ответственности за утрату или повреждение принятого для перевозки груза либо за просрочку его доставки, за исключением груза, перевозимого в каботаже, если докажет, что утрата, повреждение или просрочка произошли вследствие действия или бездействия в судовождении или управлении судном капитана судна, других членов экипажа судна либо лоцмана (навигационная ошибка)».

Еще одна существенная особенность унифицированных Конвенцией 1924 г. правил о коносаменте — установление предела ответственности перевозчика за место или единицу груза.

Протокол 1979 г.¹ для исчисления предельной суммы возмещения («если характер и стоимость груза не были объявлены отправителем до погрузки и внесены в коносамент») обращается к расчетной единице, являющейся единицей «специального права заимствования» (СПЗ), как она определена Международным валютным фондом.

До вступления в силу Протокола 1979 г. для исчисления предела ответственности перевозчика применялся в соответствии с Протоколом 1968 г. франк Пуанкаре.

Конвенционная норма об ограничении ответственности перевозчика отражена в КТМ РФ, в частности в ст. 170–172. В случае если род и вид, а также стоимость груза не были объявлены отправителем до погрузки и не были внесены в коносамент, ответственность перевозчика за утрату или повреждение принятого для перевозки груза не может превышать 666,67 расчетной единицы за место или другую единицу отгрузки либо две расчетные единицы за 1 кг массы брутто утраченного или поврежденного груза в зависимости от того, какая сумма выше.

Перевозчик не имеет права на ограничение ответственности, если будет доказано, что утрата или повреждение принятого для перевозки груза либо просрочка его доставки явились результатом его собственного действия или собственного бездействия, совершенных умышленно или по грубой неосторожности.

3. По инициативе большого числа развивающихся стран Конференцией ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) в рамках ЮНСИТРАЛ была разработана *Конвенция ООН о морской перевозке грузов* 1978 г. (Гамбургские правила)². В отношении государств, присоединившихся к этой Конвенции, прекращается действие Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г. и Протокола 1968 г.

¹ Бюллетень международных договоров. 2004. № 9. С. 3–9.

² Конференция в Гамбурге наряду с принятием Конвенции рекомендовала в своей резолюции называть содержащиеся в ней правила «Гамбургские правила». См.: Doc. A/CONF.89/13.

Положения Гамбургских правил применяются к договорам морской перевозки между двумя государствами, если:

- 1) порт погрузки, предусмотренный в договоре морской перевозки, находится в одном из договаривающихся государств, или
- 2) порт разгрузки, предусмотренный в договоре морской перевозки, находится в одном из договаривающихся государств, или
- 3) один из опционных портов разгрузки, предусмотренных в договоре морской перевозки, является фактическим портом разгрузки и находится в одном из договаривающихся государств, или
- 4) коносамент либо другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, выдан в одном из договаривающихся государств, или
- 5) коносамент либо другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, предусматривает, что договор должен регулироваться положениями Гамбургских правил или законодательством любого государства, вводящим их в действие.

Сопоставление Гамбургских и Гаагских правил (Конвенции о коносаменте 1924 г.) позволяет сделать вывод о более широкой сфере применения первых, распространяющихся на палубные грузы и животных. В отличие от Конвенции о коносаменте 1924 г. Гамбургские правила распространяются на морские перевозки как по коносаменту, так и по иным транспортным документам. Положения этих правил не применяются к чартерам.

В связи с тем что принцип вины выражен в Гамбургских правилах недостаточно четко, в заключительном акте конференции, принявшей Конвенцию 1978 г., было оговорено, что ответственность перевозчика в соответствии с Конвенцией основывается на принципе презюмируемой вины.

Гамбургские правила содержат более жесткие правила об ответственности перевозчика. Расширен период ответственности перевозчика: он охватывает время, в течение которого груз находится в ведении перевозчика в порту погрузки, в процессе перевозки и в порту разгрузки (п. 1 ст. 4).

Если Конвенция о коносаменте 1924 г. (в редакции Протокола 1979 г.) ограничивает ответственность перевозчика суммой, не превышающей 666,67 расчетных единиц за место или единицу либо

международной унификации регулирования отношений по морским перевозкам грузов»¹.

4. В 2001 г. на 34-й сессии ЮНСИТРАЛ была учреждена Рабочая группа III (Транспортное право), на которую была возложена задача подготовки в тесном сотрудничестве с заинтересованными международными межправительственными и неправительственными организациями проекта новой конвенции по вопросам, связанным с международной перевозкой грузов².

В докладе по итогам 34-й сессии ЮНСИТРАЛ отмечалось, что морская перевозка грузов нередко представляет собой относительно ограниченный этап международной перевозки грузов. В случае же использования различных видов транспорта нередко возникают пробелы в действии обязательных режимов применительно к различным используемым видам транспорта.

В связи с этим было предложено в процессе разработки нового документа, регулирующего морские перевозки грузов, учитывать также вопросы, возникающие в случаях, когда предусмотрены перевозки с использованием более чем одного вида транспорта³.

Проект Конвенции о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов готовился на протяжении 13 сессий Рабочей группы с апреля 2002 г. по январь 2008 г. и был одобрен ЮНСИТРАЛ в Нью-Йорке 3 июля 2008 г.⁴

11 декабря 2008 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла Конвенцию и постановила *открыть ее для подписания 23 сентября 2009 г. в Роттердаме*. Генеральная Ассамблея, кроме того, рекомендовала называть правила, содержащиеся в этой Конвенции, *Роттердамскими правилами*⁵.

Целью Роттердамских правил является **установление отвечающего современным требованиям единообразного правового регулирования**

¹ Маковский А.Л. Обязательства по морской перевозке грузов в международном частном праве. С. 301.

² Doc. A/CN.9/497.

³ Doc. A/CN.9/497.

⁴ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, 63 сессия, Дополнение № 17 (A/63/17). Текст Конвенции на русском языке см.: Журнал международного частного права. 2009. № 2. С. 41–88.

⁵ Doc. A/RES/63/122.

грузов, а также опасных грузов, в целом аналогичные соответствующим нормам Гамбургских правил.

Роттердамские правила содержат обширный блок норм, регулирующих ответственность перевозчика. Период ответственности перевозчика за груз начинается с момента получения перевозчиком или исполняющей стороной груза для перевозки и заканчивается в момент сдачи груза. Перевозчик отвечает за утрату, повреждение или задержку в сдаче груза на основании вины.

При разработке Конвенции (Роттердамских правил) в ЮНСИТРАЛ был поставлен вопрос о включении в ее текст «каталога исключений». В итоге Конвенция содержит перечень оснований освобождения перевозчика от ответственности (п. 3 ст. 17). Как и в Гамбургских правилах, здесь отсутствуют нормы об освобождении перевозчика от ответственности при навигационной ошибке. Кроме того, согласно ст. 18 перевозчик несет ответственность за нарушение своих обязательств, вызванное действиями или бездействием любой исполняющей стороны, капитана или экипажа судна, служащих перевозчика или исполняющей стороны, а также любого другого лица, которое исполняет или обязуется исполнить любые обязательства перевозчика в соответствии с договором перевозки, в той степени, в какой это лицо действует, прямо или косвенно, по просьбе перевозчика или под надзором или контролем перевозчика. «Упоминание в данном контексте о капитане или экипаже судна явно излишне и преследует, очевидно, лишь одну цель — напомнить, что норма об освобождении от ответственности перевозчика при „навигационной ошибке“ ушла безвозвратно»¹.

Конвенцией установлен повышенный по сравнению с Гамбургскими правилами предел ответственности перевозчика. Его ответственность ограничивается 875 расчетными единицами за место или другую единицу отгрузки или тремя расчетными единицами за 1 кг веса брутто груза, являющегося предметом иска или спора, в зависимости от того, какая сумма выше. Расчетная единица, упомянутая в Конвенции, является единицей «специального права заимствования» (СПЗ), как она определена Международным валютным фондом.

¹ Иванов Г.Г. Морские перевозчики в ожидании новых, возможно, «Роттердамских правил» // Транспортное право. 2008. № 4. С. 6.

Срок исковой давности по требованиям, возникающим из нарушения обязательств по данной Конвенции, составляет два года.

5. В качестве государства — продолжателя СССР Россия является стороной в *Афинской конвенции о перевозке морем пассажиров и их багажа* 1974 г.¹ и *Протоколе* 1976 г.² к этой Конвенции.

Афинская конвенция 1974 г. именуется международной любой перевозку, при которой в соответствии с договором место отправления и место назначения расположены в двух различных государствах либо в одном государстве, если согласно договору перевозки или предусмотренному рейсу промежуточный порт захода находится в другом государстве.

Конвенция подлежит применению к любой международной перевозке, поскольку:

- 1) судно плавает под флагом государства, являющегося Стороной Конвенции, или зарегистрировано в таком государстве;
- 2) договор перевозки заключен в государстве, являющемся Стороной Конвенции;
- 3) в соответствии с договором перевозки место отправления или назначения находится в государстве, являющемся Стороной Конвенции.

Однако Конвенция не применяется, когда перевозка подпадает под режим гражданской ответственности, предусмотренной положениями любой другой международной конвенции о перевозке пассажиров и их багажа иным видом транспорта (при условии что эти положения должны применяться к перевозке морем).

Ответственность перевозчика за ущерб, причиненный в результате смерти пассажира или нанесения ему телесного повреждения, а также в результате утраты или повреждения багажа, наступает, если происшествие, вследствие которого был причинен ущерб, произошло во время перевозки и по вине перевозчика.

Перевозчик в соответствии с законодательством страны суда может быть освобожден от ответственности полностью или частично, если докажет, что виновное поведение пассажира явилось причиной или способствовало его смерти либо нанесению телесного повреждения, утрате или повреждению багажа.

¹ Ведомости ВС СССР. 1983. № 38. Ст. 570.

² Сборник международных договоров СССР. Вып. XLV. М., 1991. С. 431—434.

Афинской конвенцией 1974 г. предусмотрен предел ответственности перевозчика в случае причинения вреда жизни или здоровью пассажира, а также в случае утраты или повреждения каютного¹ и иного багажа. Размер ответственности до вступления в силу Протокола 1976 г. к Конвенции определялся во франках². Конвенция предоставляет перевозчику и пассажиру право на основе точно выраженного письменного соглашения установить более высокие пределы ответственности.

Перевозчик не вправе воспользоваться нормой о пределах ответственности, если доказано, что ущерб возник в результате его действий или упущений, совершенных с намерением причинить ущерб либо по самонадеянности, «с сознанием возможного причинения ущерба».

Присоединяясь к Афинской конвенции 1974 г.³, Советский Союз сделал заявление, предусмотренное п. 1 ст. 22 Конвенции. Согласно этому пункту любая Сторона может во время подписания, ратификации, принятия или одобрения Конвенции либо присоединения к ней в письменной форме заявить о том, что она не будет применять положения Конвенции, когда пассажир и перевозчик являются лицами или гражданами этой Стороны.

Протокол 1976 г. к Афинской конвенции 1974 г.⁴ изменил порядок исчисления пределов ответственности перевозчика и ввел расчетную единицу СПЗ (как она определена Международным валютным фондом). Ответственность перевозчика была ограничена: в случае смерти пассажира или причинения ему телесного повреждения —

¹ Под каютным багажом в Конвенции понимается багаж, который помещается в каюте пассажира или иным образом находится в его владении, под его охраной или его контролем, а также, за некоторыми исключениями, багаж, который пассажир имеет в своей автомашине или на ней.

² Франк, упоминаемый в Конвенции, означает единицу, содержащую 65,5 мг золота 900-й пробы (п. 1 ст. 9 Конвенции).

³ См.: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 5 апреля 1983 г. № 9064-Х «О присоединении Союза Советских Социалистических Республик к Афинской конвенции о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 года» // Ведомости ВС СССР. 1983. № 15. Ст. 222.

⁴ См.: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 14 ноября 1988 г. № 9779-ХI «О присоединении Союза Советских Социалистических Республик к Протоколу 1976 года к Афинской конвенции о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 года» // Ведомости ВС СССР. 1988. № 47. Ст. 711.

46 666 СПЗ в отношении перевозки в целом; за несохранность каютного багажа — 833 СПЗ на пассажира; за несохранность автомашины, включая весь багаж, перевозимый в ней или на ней, — 3333 СПЗ за автомашину; за несохранность иного багажа — 1200 СПЗ на пассажира. Перевозчик и пассажир могут заключить соглашение о том, что ответственность может быть возложена на перевозчика только за вычетом суммы, не превышающей 117 СПЗ (в случае повреждения автомашины), и суммы, не превышающей 13 СПЗ на пассажира, — в случае утраты или повреждения иного багажа, причем эта сумма должна вычитаться из суммы понесенной утраты или повреждения. *Протокол 1990 г.* по внесению поправок в Афинскую конвенцию 1974 г. увеличил пределы ответственности перевозчика¹. Протокол пока не вступил в силу, поскольку не набрал необходимого количества ратификаций.

В 2002 г. в Лондоне был подписан Протокол к Афинской конвенции о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 г. Россия не участвует в этом Протоколе². Государства, ратифицировавшие Протокол 2002 г., денонсируют тем самым Афинскую конвенцию 1974 г. и Протоколы 1976 г. и 1990 г. к ней. Положения Афинской конвенции, измененные Протоколом 2002 г., а также новые статьи этого Протокола заменяют названные документы и именуются Афинской конвенцией о перевозке морем пассажиров и их багажа. Стоит отметить, что участвовать в Протоколе 2002 г. могут не только государства, но и региональные организации экономической интеграции.

Важнейшими положениями Протокола 2002 г., разработанными в духе современных транспортных конвенций³, являются:

¹ СПС «КонсультантПлюс». Российская Федерация в Протоколе не участвует. Подробнее о новеллах Протокола 1990 г. см. ниже.

² Информация о статусе Протоколов 1990 г. и 2002 г. получена с официального интернет-сайта Международной морской организации по адресу: <http://www.imo.org/Conventions/mainframe.asp?topic_id=247>, а также с официального интернет-сайта Международного морского комитета по адресу: <http://www.comitemaritime.org/year/2007_8/pdffiles/YBK_07_08/contents/imo.pdf>.

³ В качестве примера можно привести Монреальскую конвенцию для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г. (см. § 3 настоящей главы).

не применяются при его перевозке в каботаже. При перевозке багажа в каботаже ответственность перевозчика за утрату или повреждение багажа либо за просрочку его выдачи определяется в соответствии с гражданским законодательством РФ.

6. Глава XXVI КТМ РФ объединила нормы о применимом праве.

Заголовки ст. 414–426 КТМ РФ, закрепивших такие нормы, обозначают в общем виде сферу их действия:

- 1) право собственности и другие вещные права на судно;
- 2) правовое положение членов экипажа судна;
- 3) права на затонувшее имущество;
- 4) отношения, возникающие из договоров, заключаемых в области торгового мореплавания;
- 5) общая авария;
- 6) отношения, возникающие из столкновения судов;
- 7) отношения, возникающие из причинения ущерба от загрязнения с судов нефтью;
- 8) отношения, возникающие из причинения ущерба в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ;
- 9) отношения, возникающие из спасания судна и иного имущества;
- 10) морской залог на судно;
- 11) ипотека судна или строящегося судна;
- 12) пределы ответственности судовладельца.

В ст. 414 КТМ РФ нашел отражение принцип автономии воли сторон. Применительно к договорам морской перевозки этот принцип звучит так: стороны могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по данному договору. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяются правила КТМ РФ. Однако наличие такого соглашения не может повлечь за собой устранение или уменьшение ответственности, которую в соответствии с КТМ РФ перевозчик должен нести за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа либо просрочку их доставки.

Конструкция ст. 418 Кодекса, посвященной определению права, применимого к отношениям, возникающим из договоров в области торгового мореплавания, близка к конструкции ст. 166 Основ

ваемые в России обычаи торгового мореплавания в составе источников, определяющих применимое право.

Широко распространены проформы чартеров, определяющих условия морской перевозки различных видов грузов. Проформы разрабатываются как национальными объединениями судовладельцев, так и международными морскими организациями. В 1905 г. была создана Балтийская и международная морская организация (БИМКО) — международная неправительственная организация, одним из основных направлений деятельности которой является разработка проформ чартеров и коносаментов.

Контрольные вопросы

1. Действуют ли в отношениях между странами СНГ Соглашение о международном грузовом сообщении (СМГС) и Соглашение о международном пассажирском сообщении (СМПС)?
2. Каково правовое значение «книжки МДП» для осуществления международных автомобильных перевозок?
3. Как различаются правила об ответственности воздушного перевозчика, установленные Варшавской конвенцией 1929 г., изменяющими ее Протоколами и Монреальской конвенцией 1999 г.?
4. Правила каких многосторонних международных договоров составили основу положений гл. VIII КТМ РФ «Договор морской перевозки груза» и гл. IX КТМ РФ «Договор морской перевозки пассажира»? Каковы основные положения Роттердамских правил?

Рекомендуемая литература

1. *Бордунов В.Д.* Международное воздушное право: учеб. пособие. М., 2007.
2. *Бордунов В.Д.* Международно-правовая унификация правил международных воздушных перевозок: теория и практика // Законодательство. 2009. № 1.
3. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI: Международное частное право. Комментарий и постатейные материалы / отв. ред. Н.И. Марышева.* М., 2004.
4. *Грязнов В.* Международно-правовое регулирование воздушных перевозок // Закон. 1997. № 8.
5. *Гуреев С.А.* Коллизионные проблемы морского права. М., 1972.

6. *Иванов Г.Г.* Морские перевозчики в ожидании новых, возможно, «Роттердамских правил» // *Транспортное право.* 2008. № 4.
7. *Иванов Г.Г., Маковский А.Л.* Международное частное морское право. Л., 1984.
8. *Из практики* Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. 1987–2005 гг. / под ред. С.Н. Лебедева, А.И. Лободы, Д.Б. Филимонова. М., 2009.
9. *Канашевский В.А.* Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008.
10. *Канашевский В.А.* Договор международной автомобильной перевозки грузов в российской и зарубежной судебной практике // *Хозяйство и право.* 2008. № 2.
11. *Канашевский В.А.* Регулирование международных железнодорожных перевозок грузов: международные соглашения в российской судебной практике // *Закон.* 2008. № 7.
12. *Кокин А.С.* Международная морская перевозка груза: право и практика. М., 2007.
13. *Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации* / под ред. Г.Г. Иванова. М., 2005.
14. *Маковский А.Л.* Международные договоры об унификации морского права. ТПП СССР. Секция торгового мореплавания и морского права. М., 1983.
15. *Маковский А.Л.* Унификация морского права и понятие международного частного морского права // *Советский ежегодник международного права.* 1979. М., 1980.
16. *Малеев Ю.Н.* Международное воздушное право: вопросы теории и практики. М., 1986.
17. *Остроумов Н.Н.* Договор перевозки в международном воздушном сообщении. М., 2009.
18. *Остроумов Н.Н.* Монреальская конвенция об унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г. и ответственность перевозчика за жизнь и здоровье пассажиров // *Московский журнал международного права.* 2004. № 4.
19. *Остроумов Н.Н.* Электронная форма договора международной воздушной перевозки // *Закон.* 2007. № 7.
20. *Отдельные виды обязательств в международном частном праве* / отв. ред. В.П. Звеков. М., 2008.
21. *Садиков О.Н.* Правовое регулирование международных перевозок. М., 1981.

Глава 14. Договор международной перевозки

22. Садиков О.Н. Реформы международного железнодорожного права // Проблемы международного частного права: сборник статей. М., 2000.
23. Смирнов А.Е. Монреальская конвенция: консолидация документов Варшавской системы и некоторые вопросы ответственности авиаперевозчика в международных грузовых перевозках // Московский журнал международного права. 2004. № 2.
24. Юденков В. Международные автомобильные перевозки // Закон. 1997. № 5.

Глава 15

Международный концессионный договор

§ 1. Понятие концессионного договора (концессионного соглашения)

В настоящее время исполнение государством своих публичных функций в социальной сфере часто осуществляется путем заключения органом власти гражданско-правового договора с частным предпринимателем. Распространение такой практики объясняется тем, что рыночные отношения преобладают над иными формами социально-экономических отношений.

В условиях рыночных отношений концессионный договор, или концессионное соглашение, получает распространение как одна из форм государственно-частного партнерства.

По условиям концессионного соглашения частные предприниматели, заключающие с органом управления концессионный договор, обязуются совершать разного рода юридические действия в обмен на встречное обязательство другой стороны — органа государства содействовать совершению этих действий и следовать условиям концессионного договора до конца срока, предусмотренного в договоре.

В Российской Федерации концессионное соглашение введено в гражданский оборот после принятия *Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»*¹. Однако

¹ СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.

история применения концессионных договоров восходит к средним векам. Большое развитие концессионные договоры получили в первой половине XX в. при осуществлении добычи полезных ископаемых¹. При этом концессионный порядок деятельности в области добычи полезных ископаемых всегда был направлен на защиту интересов государства, участвующего в договоре, так как заключение концессионного договора было связано с признанием суверенного права государства распоряжаться недрами².

Принятый в России Федеральный закон, посвященный концессионным соглашениям, рассчитан на широкую сферу применения. Само понятие «соглашение», применяемое к гражданско-правовому договору, свидетельствует об английском происхождении этой цивилистической конструкции. Ведь именно в Великобритании, для того чтобы ввести в оборот землю, собственником которой признается монарх, широко применяется понятие «соглашение» (*agreement*), предметом которого является не земля, а право на землю.

В государствах, которые заимствовали конструкцию концессионного соглашения из английского права, сохраняется эквивалентное понятие как свидетельство того, что данная конструкция приспособлена для введения в гражданский оборот прав на осуществление деятельности или на вещи, которые находятся в сфере юрисдикции государства или органа государства. Соответственно, одной из особенностей концессионного соглашения как договора в гражданском праве является то, что в нем определены права участников договора относительно имущества, принадлежащего государству или органу суверенной власти, а также права на осуществление деятельности, связанной с этим имуществом.

Другой особенностью концессионного договора является то, что, «уступая» свое право на осуществление определенной деятельности стороне в концессионном соглашении, орган государства принимает на себя гражданско-правовые обязательства, нарушение которых

¹ См. подробнее: *Сосна С.А.* Концессионные соглашения (теория и практика) М., 2002. С. 183; *Доронина Н.Г., Семилотина Н.Г.* Государство и регулирование инвестиций. М., 2003. С. 99.

² Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН: о неотъемлемом суверенитете государства над природными ресурсами; о хартии экономических прав и обязанностей государств: о Новом экономическом порядке // GA Res. 1803 (XVII) 1962; GA Res. 3171 (XXVII) 1973; GA Res. 3281 (XXIX) 1974.

влечет за собой обязанность возмещения убытков или выплаты компенсации другой стороне в той или иной форме.

Важную роль в концессионном соглашении играет *causa*, или основание договора, которое выражено в его главной цели, а именно в *достижении баланса между публичным и частным интересом*, носителями которого являются стороны в договоре: государство и частный предприниматель.

Присутствие публичного интереса объясняется сферой применения концессионных соглашений. Так, *областью применения концессионного соглашения в различных странах являются:*

- культура (содержание и сохранение памятников культуры, музеев за счет привлечения средств частных инвесторов);
- здравоохранение (строительство и эксплуатация больниц, домов отдыха и медицинских учреждений в системе здравоохранения);
- образование (объектом концессионных соглашений часто становятся библиотеки, школы, образовательные учреждения).

В современных условиях наиболее распространенной областью применения концессионных соглашений является строительство дорог, различных объектов инфраструктуры, предназначенных для общественного пользования¹.

В концессионном соглашении каждая из сторон, как правило, принимает на себя обязательства, направленные на организацию своей деятельности в соответствии с условиями заключенного договора. *Организационный характер* концессионного соглашения выделяет этот договор среди других гражданско-правовых договоров. Этим объясняется тот факт, что во многих странах концессионное соглашение *регулируется* не только гражданским кодексом (общими положениями об обязательствах), но также и специальными законами *о концессионных договорах* (концессионных соглашениях).

Концессионное соглашение часто используется в литературе как синоним понятия инвестиционный договор в связи с тем, что реализация государственных проектов осуществляется путем инвестиций из источников капитала, принадлежащих частным лицам. *Инве-*

¹ Концессионный договор в международном частном праве см.: *Отдельные виды обязательств в международном частном праве*. М., 2008. С. 108.

стиционный характер концессионного соглашения подчеркивается в упомянутом Федеральном законе «О концессионных соглашениях» и в международных документах, направленных на унификацию правового регулирования концессионных соглашений.

§ 2. Международная унификация правового регулирования концессионных договоров

В настоящее время разработаны два международно-правовых документа, которые лежат в основе унификации законодательства о концессионных договорах:

- Руководство для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, подготовленное Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)¹;
- Базовые элементы закона о концессионных соглашениях для корпоративного права и регулирования прямых иностранных инвестиций, разработанные в рамках Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР)².

Указанные документы отличаются друг от друга способом унификации правового регулирования концессионных отношений, а также предполагаемой сферой применения концессионных соглашений.

Руководство для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, разработанное ЮНСИТРАЛ (далее — Руководство), касается правового регулирования только инфраструктурных проектов. Этот документ включает в себя рекомендации по разработке национальных законов, которые адресованы законодательным органам государств, участвующих в унификации правового регулирования концессионных соглашений. Он применяется при реализации инфраструктурных проектов, определение которых содержится в самом документе.

¹ UN Publications. E.01.V. 4 N.Y. 2001 (ISBN 92-1-133632-5).

² Международный центр развития частного сектора, Стамбул. Основопологающие элементы закона о концессионных соглашениях (подробнее см.: <<http://www.oecd.org>>).

Документ, известный как Базовые элементы закона о концессионных соглашениях для корпоративного права и регулирования прямых иностранных инвестиций (далее — Базовые элементы), представляет собой модельный закон и включает в себя готовые для восприятия в национальном законе нормы, регулирующие концессионный договор. Этот модельный закон может применяться в разных областях, как при осуществлении добычи полезных ископаемых, так и при создании инфраструктурных объектов.

При разработке указанных актов были применены различные методы унификации:

- руководство, разработанное ЮНСИТРАЛ, является официальной унификацией, осуществляемой при участии заинтересованных государств;
- базовые элементы представляют собой пример частноправовой унификации. Для работы над Базовыми элементами была создана рабочая группа, состоящая из представителей частного сектора (Стамбульской фондовой биржи) и экспертов различных государств (из республик бывшего СССР, стран черноморского региона, юго-восточной Европы). Разработанный по частной инициативе, данный модельный закон отвечает потребностям частного сектора и предназначен для применения в корпоративном праве и при регулировании прямых иностранных инвестиций.

Унификация концессионного права стала возможной после того, как было достигнуто единство в понимании и оценке правовой природы концессионного договора как гражданско-правового договора. Это отражено в международных документах.

Согласно Базовым элементам и Руководству концессионный договор является гражданско-правовым договором, направленным на реализацию инвестиционного проекта, под которым понимается любой объект или услуга, предназначенные *на благо членов всего общества*. Из определения следует, что основной чертой концессионного соглашения является *прямое или подразумеваемое участие государства в договоре*.

Определение инвестиционного проекта, которое является основанием или *causa* концессионного соглашения, позволяет применить к концессионному соглашению часто используемое в литературе понятие «*инвестиционный договор*». Концессионное соглашение направлено на организацию хозяйственных связей его участников. По рос-

сийскому законодательству концессионный договор может включать в себя элементы различных договоров, регулируемых ГК РФ. Организационный характер этого договора вытекает из содержания Руководства.

Последнее включает в себя рекомендации (их 71), сгруппированные в пяти главах:

- 1) «Общие законодательные и институциональные рамки»;
- 2) «Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка»;
- 3) «Выборы концессионера»;
- 4) «Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение»;
- 5) «Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения».

Основное внимание в документе уделяется порядку заключения концессионных соглашений.

В соответствии с общими положениями Руководства законодательство о концессионных соглашениях должно обеспечивать их прозрачность, справедливость и долгосрочную стабильность в создаваемых правоотношениях. Для достижения этой цели в законе должны быть предусмотрены:

- порядок наделения того или иного органа полномочиями заключать соглашение на реализацию проектов;
- сфера применения концессионных соглашений (виды инфраструктуры);
- механизмы, упрощающие порядок заключения концессионных соглашений, включая порядок координации действий административных органов.

Долгосрочную стабильность в договорных отношениях обеспечивает *правильное распределение рисков между государственным и частным сектором при финансировании проекта*. Суть рекомендации в этой области сводится к тому, чтобы государство не устанавливало для организации-заказчика излишних законодательных и регулятивных ограничений в согласовании им с инвестором распределения рисков (Рекомендация 12). При этом не возбраняется оказывать финансовую или экономическую поддержку осуществлению проектов со стороны государства (Рекомендация 13). Поддержка государства может осуществляться путем предоставления льгот участвующим

в проекте предпринимателям. Рекомендация, однако, не конкретизирует, какие льготы имеются в виду.

Особое внимание в Руководстве уделяется *порядку выбора концессионера*. Законодательство обязано обеспечить конкурентные условия еще при выборе концессионера, до того как заключено концессионное соглашение. Этому вопросу посвящена глава третья Руководства. Для выбора концессионера обычно применяются специальные приспособленные к особенностям проектов процедуры¹. В указанной главе даются рекомендации относительно процедур, соответствующих определенному этапу работы по выбору концессионера:

- предварительному отбору участников процедур;
- запросу предложений участников и порядку их отбора;
- выдаче концессии без проведения конкурентных процедур;
- порядку рассмотрения сделанных по инициативе концессионера — инвестора предложений.

В Рекомендации 16 предусмотрено, что участникам процедур следует предоставить возможность создавать консорциумы для представления предложений при условии, что каждый член консорциума, прошедшего предварительный отбор, может принимать участие, непосредственно или через дочерние компании, только в одном консорциуме, участвующем в процедурах. Получение финансирования из частных источников считается тем более гарантированным, чем больше участников претендует на получение концессии.

В Рекомендациях 40–68 содержатся положения, в которых указывается, что следует урегулировать в законодательном порядке, а что следует оставить для соглашения между участниками проекта. С одной стороны, Руководство создает унифицированные правила для регулирования концессионного договора как разновидности гражданско-правового договора, который заключается между

¹ В Типовом законе ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг (Комиссия ООН по праву международной торговли. Ежегодник. 1994 г. Т. XXV. Нью-Йорк: ООН, 1996. С. 417–440) имеются соответствующие положения о выборе поставщика или подрядчика. Однако, как указывается в комментарии к Рекомендации 14, каждая страна должна самостоятельно решить, принимать ли ей специальные правила, касающиеся только выбора концессионера, или воспользоваться уже имеющимися правилами, разработанными в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках. Рекомендации основаны на признании особого характера процедуры выбора концессионера при реализации инфраструктурных проектов.

организацией-заказчиком и частным предпринимателем. С другой стороны, проектному соглашению придаются организационные функции, что позволяет рассматривать его как способ регулирования отношений между участниками договора. Отсюда и устанавливаемое в этой части Руководства соотношение между законодательными рамками и самим проектным соглашением.

В законодательстве могут быть определены включенные в проектное соглашение ключевые условия, к числу которых относится условие о применимом праве (Рекомендация 40).

Рекомендация 41 предусматривает, что концессионный договор регулируется *законодательством государства, принимающего инвестиции, если иное не предусмотрено в концессионном договоре*. Такая формулировка позволяет принять предложенную рекомендацию как в странах, допускающих применение иного права, чем закон своей страны, если это предусмотрено в законодательном порядке, так и в странах, в которых организации-заказчику предоставляется право договариваться о применимом праве.

Организация-заказчик, победившая в конкурсе, может потребовать создания самостоятельного юридического лица с местонахождением в стране (Рекомендация 42). В этом случае в концессионном договоре могут быть предусмотрены соответствующие условия:

- минимальный капитал проектной компании;
- соотношение активов, находящихся в публичной и в частной собственности;
- определение активов, которые концессионер обязуется передать организации-заказчику по истечении или прекращении проектного соглашения;
- определение активов, которые организация-заказчик может по своему выбору выкупить у концессионера;
- какие активы концессионер может свободно вывезти или реализовать по истечении или прекращении проектного соглашения (Рекомендация 44).

В законодательстве должны быть урегулированы отношения, касающиеся *прав третьих лиц*. В связи с этим Рекомендация 45 предусматривает, что организации-заказчику следует оказывать помощь концессионеру в приобретении прав, связанных со строительной площадкой, осуществлять транзитные перевозки по территории, находящейся в собственности третьих лиц, и др.

В законодательстве следует предусмотреть полномочия концессионера на взимание тарифов или сборов за использование объекта или предоставляемых услуг. В проектном соглашении должны предусматриваться методы и формулы корректировки таких тарифов или сборов, взимаемых с пользователей (Рекомендация 46).

Рекомендуется включать в концессионное соглашение условие об ответственности концессионера за привлечение инвестиций в объеме, необходимом для сооружения и эксплуатации объектов инфраструктуры. Для этих целей концессионеру должно быть предоставлено право обращаться к любым *обеспечительным мерам*:

- создание обеспечительных интересов в имуществе, принадлежащем ему на праве собственности;
- залог акций проектной компании;
- залог поступлений и дебиторской задолженности.

Концессионер может обращаться к любым иным средствам обеспечения, если только его действия не будут нарушать норму права, запрещающую создание обеспечительных интересов в публичной собственности (Рекомендация 49).

Не рекомендуется позволять концессионеру совершать действия по уступке своих прав третьим лицам без согласия организации-заказчика (Рекомендация 50). В концессионном соглашении должны быть предусмотрены условия, при которых организация-заказчик может дать согласие на уступку концессии. Например, в концессионном соглашении может содержаться условие, согласно которому новый концессионер принимает на себя все обязательства по проектному соглашению. При этом организация-заказчик может потребовать от предполагаемого нового концессионера доказательства того, что у него имеются финансовые и технические возможности, необходимые для принятия на себя обязательств по концессионному соглашению. Данное условие проектного соглашения имеет большое значение, так как подчеркивает «персональный характер» договора концессии. Оно направлено на создание стабильности в отношениях по финансированию проекта.

Такое же значение придается условию концессионного соглашения о получении согласия организации-заказчика на передачу контрольного пакета акций созданной в соответствии с условиями концессионного соглашения компании (Рекомендация 51).

Согласно указанным рекомендациям организация-заказчик на основании концессионного соглашения осуществляет контроль за

В форме гарантий формулируются договорные обязательства не только концессионера, но и концедента, т.е. государства или уполномоченного им органа, организации-заказчика, которые являются стороной в концессионном договоре. На концеденте, в частности, лежит обязанность выплаты компенсации, на которую имеет право претендовать концессионер в случае законодательных изменений экономических и финансовых условий, повлекших трудности в исполнении концессионером своих обязательств.

К гарантиям, предоставляемым государством-концедентом, отнесено также условие, предусматривающее механизмы пересмотра проектного соглашения, освобождения концессионера от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения обязательств, в случае возникновения обстоятельств, находящихся вне сферы разумного контроля.

Важной гарантией стабильности концессионного соглашения является норма национального законодательства о средствах правовой защиты, находящихся в распоряжении организации-заказчика и концессионера (Рекомендация 58).

Основополагающими принципами регулирования порядка эксплуатации объектов инфраструктуры являются следующие:

- право концессионера на компенсацию в случае законодательных или других изменений в экономических и финансовых условиях концессионного соглашения;
- механизм пересмотра условий концессионного соглашения в случае таких изменений.

В соответствии с указанными принципами в концессионных договорах устанавливается размер компенсации. Право на компенсацию может возникнуть, если затраты на исполнение концессионного соглашения существенно возрастут и если прибыль, которую получает концессионер, сократится в сравнении с первоначально предусматривавшимися затратами. Неблагоприятное соотношение прибыли и затрат, требующее пересмотра концессионного соглашения, является результатом изменений в законодательстве, непосредственно затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги. В концессионном договоре может быть предусмотрен объем, в пределах которого концессионер может ходатайствовать о пересмотре концессионного договора в целях предоставления ему компенсации.

Наличие иностранного элемента в концессионном договоре, где в качестве концессионера выступает иностранное физическое или юридическое лицо, и унификация материально-правовых норм, регулирующих концессионный договор с учетом его гражданско-правовой природы, — все это позволяет называть концессионный договор *международным договором (контрактом)*. К концессионным договорам понятие «международный контракт» применяется в том же значении, в каком оно употребляется по отношению к договору международной купли-продажи и иным договорам, которые заключают субъекты гражданского права в сфере международного экономического сотрудничества.

Как это свойственно любому договору в сфере внешнеэкономической деятельности, в качестве применимого права стороны концессионного договора *могут избрать право одной из сторон в контракте*. Как правило, применимым правом в концессионном договоре является право принимающего государства (государства-концедента). Именно эта привязка получила, как уже отмечалось, отражение в Руководстве, унифицировавшем в основном материально-правовое регулирование концессионных договоров. Признание гражданско-правовой природы концессионного договора, по-видимому, не исключает применение права страны концессионера, участвующего в контракте¹.

§ 3. Международные концессионные договоры в практике применения договорных гарантий инвестиций. Вашингтонская конвенция 1965 г.

Две особенности концессионного договора (участие государства в качестве стороны в гражданском правоотношении и инвестиционный характер договорных отношений) привели к появлению так называемых инвестиционных споров как особой категории споров, возникающих между государством и лицом другого государства. В осно-

¹ Вопрос о том, могут ли стороны концессионного договора избрать в качестве права, регулирующего этот договор, законодательство другого государства, чем принимающая страна, решается в разных странах по-разному, с учетом того, что в некоторых странах концессионные договоры могут подпадать под действие административного права.

онных споров (МЦУИС), находились аргументы и в пользу иной позиции.

Приведенное выше дело АМИНОЙЛ было одним из первых дел, рассмотренных в соответствии с процедурами, предусмотренными в Вашингтонской конвенции 1965 г., когда арбитражный суд при выборе права, применимого к концессионному договору, руководствовался нормами национального права. До него арбитражный суд МЦУИС руководствовался нормами и принципами международного права, которые, как правило, в соответствии с условиями концессионного договора и должны были применяться при разрешении спора. Решение по делу АМИНОЙЛ положило начало так называемой локализации концессионного договора как международного контракта¹. «В последние годы мы являемся свидетелями того, как государства проводят в жизнь свою политику, направленную на то, чтобы локализовать государственные контракты, переводя их в сферу действия своего правопорядка»².

Тенденция локализации международных контрактов получила развитие как реакция на распространение доктрины «интернационализации концессионных договоров».

Впервые *доктрина интернационализации концессионных договоров* получила развитие в первой половине XX в., когда инвестиционные споры были переданы для их разрешения в международный коммерческий арбитраж.

Особое значение в тот период приобрело дело «Лена Голдфилдс», которое рассматривалось Лондонским арбитражным судом в 1930 г.³

¹ *Delaume G.R. The Proper Law of State Contracts Revisited // ICSID Review. Foreign Investment Law Journal. 1997. V. 12 No. 1. P. 11.*

² Примерами такой политики, по словам французского юриста Ж. Делома, являются соглашения, заключаемые арабскими государствами (Катар, Египет), странами Африки (Эфиопия, Кения, Танзания), странами Тихоокеанского региона (Индонезия, Малайзия, Филиппины, Перу). См.: *Barrows. Oil Laws and Concession Contracts. Asia & Australasia, 1991.*

³ В 1925 г. английской компании «Лена Голдфилдс» была предоставлена в СССР концессия на месторождение и на национализированное в 1918 г. имущество дочерних компаний этой компании. В 1930 г., следуя условиям концессионного договора, подписанного обеими сторонами, компания возбудила арбитражную процедуру в связи с невозможностью осуществлять деятельность на территории СССР, следуя условиям концессионного договора. Поскольку государство резко оборвало арбитражную процедуру, решение было вынесено при отсутствии сто-



Согласно § 89 Концессионного договора «Лена Голдфилдс» «стороны кладут в основу своих отношений начало благожелательности, доброй совести, а также разумное понимание условий настоящего договора»¹. Условие о праве, применимом к договорным отношениям, в данном концессионном договоре отсутствовало. При принятии решения арбитраж применил «общий принцип неосновательного обогащения»². При этом общий принцип был выведен на основе сравнительного анализа института неосновательного обогащения, применяемого в английском и советском гражданском праве. По словам В.В. Веедера, арбитраж, принимая решение по данному инвестиционному спору, допустил по крайней мере три новации, к числу которых относится и допущение применения «ненационального» права в решении частнопровового спора — общего принципа права³.

Наиболее полное отражение доктрина «интернационализации контракта» получила в решении арбитража по делу ТОПКО⁴.



В этом решении было высказано суждение, что обращение к международному институту арбитражного разбирательства само по себе является основанием для применения норм и принципов международного права в качестве права, применимого к договорным обязательствам. По мнению ведущего юриста МЦУИС Ж.Р. Деломе, «это суждение не может найти поддержку в учении международного частного права и нет никаких оснований пола-

роны в споре. Согласно содержащемуся в договоре концессии арбитражному соглашению, «если одна сторона не присутствует при разрешении спора или не допускает назначенного арбитра к слушанию дела, то по просьбе другой стороны спор может быть разрешен при участии другого арбитра и председателя арбитражного суда» (ст. 90 названного концессионного договора).

¹ Концессионный договор Правительства Союза Советских Социалистических Республик с Английским обществом «Лена Голдфилдс Лимитед» (*The Lena Goldfields Limited*) Москва, 1928.

² *Veeder V.V. The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas // International and Comparative Law Quarterly. 1998. V. 47. Part 4. P. 766.*

³ *Veeder V.V. Op. cit. P. 748.*

⁴ *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company (TOPCO) v Government of the Libyan Arab Republic Award of January 19, 1977 // International Legal Materials. 1978. V. 17. P. 16. Para. 44.*

гать, почему государственный контракт или инвестиционное соглашение должны стать исключением»¹.

В современных условиях доктрина «интернационализации контракта» получила новое современное толкование. Так, например, в некоторых концессионных договорах стало встречаться условие, согласно которому стороны обязуются рассматривать концессионный договор как основной документ, в котором определены их права и обязанности. Обращение к любым иным источникам допускается лишь в случаях, когда из условий концессионного договора невозможно сделать вывод о намерении сторон или когда концессионный договор не имеет связи с возникшим спором.

Стремление сторон сделать международный контракт самостоятельным инструментом для регулирования отношений между сторонами получило отражение, например, в практике Египта. В концессионных договорах, заключаемых на добычу нефти в Египте, встречается условие, согласно которому отношения сторон подчинены праву Египта, «если только действующие нормы не вступают в противоречие с положениями настоящего договора»².

В ответ на практику заключения концессионных договоров, отражающую интересы государства как стороны в договоре, получила распространение *доктрина международных инвестиционных соглашений*. Межправительственные соглашения о поощрении и защите инвестиций (международные инвестиционные соглашения) стали рассматриваться как международные контракты, в которых предусматриваются права и обязанности концессионера-инвестора.



В споре между французской компанией «Компания де Агуаз дель Аконкиха» к органу местной власти Республики Аргентина — провинции Тукуман арбитражный суд МЦУИС не принял во внимание условие о порядке разрешения спора, которое содержалось в договоре концессии, заключенном французской компанией с органом местной власти.

В концессионном договоре предусматривалось, что споры будут разрешаться в административном порядке в соответствии с правом Аргентины. Арбитраж пришел к выводу о том, что спор под-

¹ Delaume G.R. Op. cit. P. 6.

² Ibid. P. 14.

чиняется юрисдикции МЦУИС в силу действия ст. 8 Соглашения о поощрении и защите инвестиций, заключенного между Правительством Франции и Правительством Аргентины. Согласно этой статье указанного межправительственного соглашения все инвестиционные споры разрешаются в соответствии с процедурами, предусмотренными в Вашингтонской конвенции 1965 г.¹

В постоянно меняющейся практике заключения концессионных соглашений важная роль отводится условиям, отражающим баланс интересов между фактически неравными по своему статусу сторонами. Такими условиями являются *условие о применимом праве и о порядке разрешения вытекающих из концессионного соглашения споров*. Унификация коллизионной нормы, определяющей право, применимое к концессионному договору, позволяет избежать разногласий по этим вопросам.

Такая унифицированная коллизионная норма представлена нормой ст. 42 Вашингтонской конвенции 1965 г.

Согласно этой статье арбитраж рассматривает спор между государством и лицом другого государства *согласно нормам права, предусмотренного в соглашении сторон*. В случае отсутствия соглашения сторон о применимом праве арбитраж применяет *право договаривающегося государства, выступающего в качестве стороны в споре, а также те нормы международного права, которые могут быть применимы*. Основным положением, таким образом, является формулировка принципа автономии воли сторон при выборе применимого права.

Правило ст. 42 Вашингтонской конвенции 1965 г. о применении права государства — участника международного контракта закрепляет и другое правило, которое нашло отражение в Регламенте ЮНСИТРАЛ и Регламенте Международной торговой палаты. Единственно, что отличает норму данной статьи от соответствующего правила, содержащегося в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об арбитраже и Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ, это то, что согласно Конвенции арбитраж применяет также «те нормы международного права, которые могут быть применимы».

Согласно мнению разработчиков и комментаторов Вашингтонской конвенции 1965 г. обращение к нормам международного права предполагалось лишь в случаях:

¹ ICSID Case No. ARB/97/3 // International Legal Materials. 2001. V. 40. P. 426.

- пробела в национальном законодательстве в части регулирования того или иного вопроса;
- в чрезвычайном случае, когда арбитры оказываются вынужденными оставить без внимания нормы национального законодательства, принятые «с целью причинить ущерб иностранному инвестору»¹.

Унификация коллизионной нормы, применяемой к концессионным соглашениям, имеет большое значение для практики привлечения иностранных инвестиций. Как показывает практика заключения концессионных договоров, доктрину интернационализации контрактов отличает тенденция вывода их за рамки национального права. Обращение же к унифицированной коллизионной норме соответствует общей тенденции развития международных экономических отношений.

§ 4. Концессионный договор в российском законодательстве

1. Обязанность концессионера осуществлять инвестиции. Согласно ч. 1 ст. 3 Федерального закона «О концессионных соглашениях» под **концессионным договором** (соглашением) в России понимается договор, в котором одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением недвижимое имущество (объект концессионного соглашения), право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, право владения и пользования объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности.

Слова «за свой счет» указывают на то, что концессионер несет обязанность инвестировать свои средства в предписываемую ему законом деятельность.

¹ *Shihata I., Parra R. Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention // ICSID Review. Foreign Investment Law Journal. 1994. V. 9. No. 2. P. 192.*

Из приведенного выше определения следует, что концессионный договор является *основанием для возникновения у концессионера права, носящего скорее вещно-правовой, чем обязательственный характер.*

В зарубежном гражданском праве еще в 1983 г. отмечалась тенденция «модернизации» понятия имущества. «Крупным шагом в расширении объектов права собственности и других вещных прав явилась разработка и использование понятия бестелесного имущества, под которым понимались определенные права, имеющие стоимость и денежную оценку, но представляющие собой принадлежащий собственнику „идеальный“ имущественный объект»¹.

Концепция развития гражданского законодательства РФ, следуя указанной тенденции, предусматривает расширение перечня вещных прав, а также объектов вещных прав.

Большое значение имеет характеристика возникающего у концессионера права, например, создание или реконструкция объекта концессионного соглашения за свой счет или право осуществлять эксплуатацию этого объекта в течение срока, указанного в концессионном соглашении. Действия, характеризующие объект договорного обязательства, непосредственно связаны с предметом договора (передача имущества, создание юридического лица и пр.). При этом условия, характеризующие объект договорных обязательств, носят характер существенных условий договора, поскольку они позволяют судить о степени исполнения концессионером своих обязательств.

Другим важным отличительным свойством концессионного договора является придание ему признаков *смешанного договора*. Концессионный договор может быть похож на *договор аренды*, если речь идет об эксплуатации участка земли; *договор подряда*, если речь идет о строительстве или реконструкции разного рода объектов недвижимости.

В концессионном договоре можно найти черты также иных гражданско-правовых договоров в зависимости от целей, поставленных заказчиком (концедентом), и характера юридических действий, совершаемых концессионером для исполнения своих обязательств. Учитывая эту особенность концессионного соглашения, законом

¹ См.: Сявдосц Ю.И. Объекты вещных прав // *Гражданское и торговое право капиталистических государств*: в 2 ч. / отв. ред. Р.Л. Нарышкина. Ч. I. М., 1983. С. 219.

предусматривается, что к отношениям сторон концессионного соглашения применяются общие положения ГК РФ (ч. 2 ст. 3 Федерального закона «О концессионных соглашениях»).

2. Объект концессионного соглашения. Объект концессионного соглашения является одним из квалифицирующих признаков концессионного договора, поскольку он, как правило, свидетельствует о присутствии в договоре публичного интереса.

Из международных документов следует, что объектом концессионного соглашения являются природные ресурсы или объекты инфраструктуры, предназначенные для общественного пользования¹.

Согласно ст. 4 Федерального закона «О концессионных соглашениях» объектом концессионного соглашения является недвижимое имущество. Входящее в состав объекта концессионного соглашения имущество характеризуется путем приведения подробного перечня. В перечне указаны:

- автомобильные дороги и инженерные сооружения транспортной инфраструктуры, в том числе мосты, путепроводы, тоннели, стоянки автотранспортных средств, пункты пропуска автотранспортных средств, пункты взимания платы с владельцев автотранспортных средств;
- объекты железнодорожного, трубопроводного, морского, воздушного транспорта;
- объекты электроэнергетики, коммунальной инфраструктуры;
- объекты социальной сферы.

Перечисленные объекты фактически позволяют определить ту сферу деятельности, в которой применяются концессионные соглашения. В эту сферу входят *объекты, предназначенные для извлечения коммерческой прибыли и имеющие социальное и культурное назначение.*

Что касается концессионных соглашений, используемых в сфере социальных услуг и здравоохранения, то следует обратить внимание на ч. 3 ст. 10 Федерального закона «О концессионных соглашениях». В нем раскрывается условие концессионных соглашений, имеющее особое значение для социальной сферы. При предоставлении това-

¹ В модельном законе «Базовые элементы», созданном в рамках ОЭСР, гражданско-правовая природа концессионного договора выражена в определении договора (см. § 2 настоящей главы).

ров, работ, услуг гражданам и другим потребителям, которым в соответствии с законодательством РФ эти товары, работы и услуги предоставляются за счет бюджетных средств в полном объеме, концессионным соглашением не должна предусматриваться оплата таких товаров, работ, услуг за счет средств граждан и других потребителей.

3. Срок действия и другие существенные условия концессионного соглашения. Статья 10 Федерального закона «О концессионных соглашениях» делит условия концессионного соглашения на существенные и простые. К существенным условиям относятся условия концессионного соглашения, предусматривающие:

- обязательства концессионера по созданию и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения, соблюдению сроков его создания и (или) реконструкции;
- обязательства концессионера по осуществлению деятельности, предусмотренной концессионным соглашением;
- срок действия концессионного соглашения;
- описание, в том числе технико-экономические показатели, объекта концессионного соглашения;
- порядок предоставления концессионеру земельных участков, предназначенных для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, и срок заключения с концессионером договоров аренды (субаренды) этих земельных участков [в случае если заключение договоров аренды (субаренды) необходимо для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением];
- цели и срок использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения;
- иные предусмотренные федеральными законами существенные условия.

Весьма существенным для характеристики концессионного соглашения как инвестиционного контракта представляется условие о сроке действия концессионного соглашения. С этим условием связано само определение концессионного соглашения как разновидности гражданско-правового договора.

Одним из признаков концессионного договора (соглашения) является то, что контракт заключается государством и частным лицом на длительный срок с целью экономического развития, которое достигается в той или иной сфере за счет привнесения частным лицом современной технологии либо денежных средств, либо того и друго-

го вместе. С условием о сроке концессионного соглашения связано основное обязательство государства как стороны в договоре гарантировать концессионеру его права как инвестора.

4. Заключение, изменение и расторжение концессионного соглашения. Концессионное соглашение заключается после проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения (ч. 1 ст. 13 Федерального закона «О концессионных соглашениях»).

Без проведения конкурса концессионное соглашение может быть заключено только в случае, когда в конкурсную комиссию представлено или конкурсной комиссией признано соответствующими критериям конкурса менее двух конкурсных предложений (ч. 7 ст. 32 указанного федерального закона). Закон подробно регулирует порядок проведения конкурса и принятия концедентом решения о заключении концессионного соглашения.

Изменение заключенного соглашения допускается по достижении сторонами согласия по вопросу о вносимых изменениях. Закон не допускает внесения изменений в условия концессионного соглашения, которые были определены на основании конкурсного предложения.

Если согласие между сторонами концессионного соглашения не было достигнуто, изменение может быть внесено по решению суда по основаниям, предусмотренным ГК РФ: в соответствии с п. 1 ст. 451 ГК РФ изменение договора возможно в случае существенного изменения обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. При этом изменение является существенным, когда можно предположить, что если бы стороны знали или могли бы разумно предположить о его наступлении, то не заключили бы договор или заключили бы его на значительно отличающихся условиях.

Изменение условий договора в связи с изменившимися обстоятельствами допускается по решению суда в исключительных случаях, когда расторжение договора противоречит общественным интересам либо повлечет для сторон ущерб, значительно превышающий затраты, необходимые для исполнения договора на измененных судом условиях (п. 4 ст. 451 ГК РФ).

Расторжение концессионного соглашения является нежелательным явлением для сторон. По существу, концессионное соглашение заключается с целью сохранить длящиеся инвестиционные отношения до момента достижения основной цели. Законом предусматривается, что договор прекращается по истечении срока действия кон-

порядок въезда и выезда иностранных граждан, в том числе и безвизовый.

В начале 90-х гг. XX в. были приняты многочисленные нормативные акты, в том числе и субъектами РФ, о ОЭЗ¹. Однако в тот период ОЭЗ не принесли желаемого экономического эффекта. Возможно, причиной этого стало совмещение в одном понятии двух режимов: внешнеторговой и экономической деятельности². С 1999 г. законодательство об особых экономических зонах стало предметом законодательства о внешнеторговой деятельности³.

В ныне действующем Федеральном законе «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» предусматривается, что особый режим хозяйственной деятельности, в том числе и внешнеторговой, устанавливается *Федеральным законом «Об особых экономических зонах в Российской Федерации»*.

Согласно определению, данному в Федеральном законе «Об особых экономических зонах в Российской Федерации», особая экономическая зона — это определяемая Правительством РФ часть территории Российской Федерации, на которой действует особый режим осуществления предпринимательской деятельности.

Законом устанавливается порядок создания ОЭЗ и основные условия предпринимательской деятельности в ОЭЗ. Введение его в действие внесло единообразие в порядок создания особого режима предпринимательской деятельности субъектами РФ.

В упомянутом Федеральном законе предусматривается, что для осуществления предпринимательской деятельности в режиме ОЭЗ индивидуальному предпринимателю или юридическому лицу необходимо заключить соглашение с органом управления ОЭЗ и зарегистрироваться в качестве резидента ОЭЗ. Индивидуальный предпри-

¹ В настоящее время продолжает действовать Федеральный закон от 31 мая 1999 г. № 104-ФЗ «Об Особой экономической зоне Магаданской области» (СЗ РФ. 1999. № 23. Ст. 2807) и Федеральный закон от 10 января 2006 г. № 16-ФЗ «Об Особой экономической зоне в Калининградской области и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 280).

² Доронина Н.Г. «Свободные экономические зоны» во внешнеэкономической деятельности // Журнал российского права. 2004. № 6. С. 97.

³ Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4850.

ниматель или коммерческая организация становятся резидентами ОЭЗ после внесения соответствующей записи в реестр резидентов ОЭЗ. Основанием для внесения такой записи является соглашение о ведении деятельности в ОЭЗ.

2. Индивидуальный предприниматель и коммерческая организация, не являющиеся резидентами ОЭЗ, вправе осуществлять предпринимательскую деятельность в ОЭЗ (за исключением портовой ОЭЗ) в соответствии с законодательством РФ. В то же время статус резидента ОЭЗ позволяет предпринимателю, коммерческой организации пользоваться льготами и преимуществами, предусмотренными Федеральным законом «Об особых экономических зонах в Российской Федерации»¹.

Особенностью правового статуса резидента ОЭЗ является и то, что ему не разрешено иметь филиалы и представительства за пределами территории особой экономической зоны.

Всего Федеральным законом «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» предусмотрено несколько разновидностей ОЭЗ и в каждой из них резидент ОЭЗ обязан заключить соглашение с органом управления ОЭЗ, чтобы получить регистрацию в качестве резидента ОЭЗ.

В настоящее время предусматривается возможность создания *четырёх видов ОЭЗ*:

- 1) промышленно-производственные;
- 2) технико-внедренческие;
- 3) туристско-рекреационные;
- 4) портовые (ст. 4 указанного Федерального закона).

Сторонами в соглашении о ведении соответствующей деятельности в ОЭЗ являются:

- частное лицо (индивидуальный предприниматель или коммерческая организация);
- орган управления.

¹ Например, резидентам ОЭЗ в Московской области предоставляются налоговые льготы, перечисленные в ст. 4 Закона Московской области от 24 ноября 2004 г. № 151/2004-ОЗ «О льготном налогообложении в Московской области» (Ежедневные новости. Подмосковье. 2004. 27 нояб.). Применение положений данного Закона к резидентам ОЭЗ осуществляется на основании Федерального закона «Об особых экономических зонах в Российской Федерации».

случаях (например, при строительстве и реконструкции порта), капитальные вложения в объеме и в сроки, предусмотренные соглашением (ст. 31.11).

3. Содержание соглашения раскрывается в правах и обязанностях сторон, определяемых в Типовом соглашении, утвержденном уполномоченным органом.

Согласно Типовому соглашению о ведении промышленно-производственной деятельности Федеральное агентство по управлению особыми экономическими зонами обязано совершить следующие действия:

- заключить с резидентом договор аренды земельного участка;
- внести в реестр резидентов особой экономической зоны запись о регистрации резидента;
- сообщить в органы налогового и таможенного контроля сведения о регистрации резидента;
- обеспечить проведение экспертизы проектной документации за счет резидента;
- выдать резиденту разрешение на строительство и (или) реконструкцию.

В обязанность резидента входит осуществление капиталовложений в объеме и в сроки, предусмотренные соглашением. Согласно условиям Типового соглашения резидент обязан вести на территории особой экономической зоны только промышленно-производственную деятельность, предусмотренную Соглашением, осуществить капитальные вложения в рублях в сумме, предусмотренной в Соглашении (не менее 10 млн евро).

Резидент вправе потребовать выписку из реестра резидентов ОЭЗ и свидетельство установленного образца, удостоверяющее регистрацию сго в качестве резидента ОЭЗ. Он вправе также присутствовать при проведении плановых проверок его деятельности, знакомиться с ее результатами, обжаловать действия должностных лиц органов государственного надзора.

4. Как и в концессионном договоре, в соглашении основная цель — создать обязательства для сторон в части осуществления предпринимательской деятельности и инвестиций, а также гарантировать исполнение сторонами условий заключенного соглашения, сохранение стабильности и неизменяемости условий соглашения.

Изменения в соглашение вносятся по согласованию, достигнутому сторонами. Согласно Типовому соглашению оно может быть

изменено по инициативе резидента и на основании принятия Федеральным агентством решения об изменении условий Соглашения по результатам рассмотрения представленных резидентом в установленном порядке бизнес-плана и заключения банка или иной кредитной организации.

Соглашение может быть расторгнуто только в связи с существенным нарушением его условий одной из сторон и в судебном порядке.

Существенным нарушением при исполнении принятых на себя обязательств признается:

- непредставление Федеральному агентству в установленный срок проектной документации для проведения экспертизы и согласования;
- несосуществление капитальных вложений в объеме и сроки, предусмотренные данным Соглашением;
- осуществление на территории особой экономической зоны предпринимательской деятельности, не предусмотренной данным Соглашением;
- неисполнение Федеральным агентством принятых на себя обязательств по заключению договора аренды земельного участка и (или) недвижимого имущества в пределах территории особой экономической зоны.

Основаниями прекращения соглашения являются:

- окончание срока, на который Соглашение было заключено;
- расторжение Соглашения по соглашению Сторон;
- прекращение предусмотренного Соглашением договора аренды земельного участка;
- лишение резидента статуса резидента особой экономической зоны;
- досрочное прекращение существования особой экономической зоны.

В случае нарушения одной из сторон своих обязанностей Типовые соглашения предусматривают применение гражданско-правовой ответственности. При этом не исключается применение и других форм ответственности. Так, Типовое соглашение о введении промышленно-производственной деятельности предусматривает, что за неисполнение договорных обязательств стороны несут ответственность в соответствии с законодательством РФ.

Инвестору — резиденту ОЭЗ с большей долей вероятности предоставят необходимые ему заемные средства для целей финансирования его деятельности в ОЭЗ, если соглашение резидента с органом ОЭЗ включает в себя условия, предусматривающие в качестве применимого права унифицированное правовое регулирование концессионных соглашений, нормы которого хорошо известны иностранным кредиторам, а также обычно применяемый в концессионных соглашениях арбитражный порядок разрешения споров.

Контрольные вопросы

1. Каковы особенности концессионного договора как одного из видов гражданско-правовых договоров?
2. Назовите примеры международной унификации правового регулирования концессионных договоров.
3. Каковы особенности заключения концессионного договора согласно Руководству, подготовленному ЮНСИТРАЛ?
4. Назовите унифицированную коллизионную норму, содержащуюся в Вашингтонской конвенции 1965 г. В чем ее особенность?
5. Какие права и обязанности возникают у сторон в концессионном договоре согласно Федеральному закону от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»?

Рекомендуемая литература

1. *Богуславский М.М.* Международное частное право. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2009. Гл. 5.
2. *Богуславский М.М.* Перестройка международных экономических отношений и правовая природа концессионных договоров // *Международное сотрудничество и международное право*. М., 1977.
3. *Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г.* Государство и регулирование инвестиций. М., 2003. Гл. 4: Правовые формы осуществления инвестиций.
4. *Отдельные виды обязательств в международном частном праве* / отв. ред. В.П. Звеков. М., 2008. Гл. 3: Концессионный договор в международном частном праве.

Transition Countries Part 1 // *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*. 2001. June. P. 283.

Глава 15. Международный концессионный договор

5. *Руководство для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников. Подготовлено Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. Нью-Йорк, 2001 // Отдельные виды обязательств в международном частном праве / отв. ред. В.П. Звеков. М., 2008.*
6. *Сосна С.А. Комментарий к Федеральному закону «О соглашениях о разделе продукции». М., 1997.*
7. *Сосна С.А. Концессионные соглашения: теория и практика. М., 2002.*

Глава 16

Расчетно-кредитные отношения во внешнеэкономической деятельности

§ 1. Общие положения

Расчеты по внешнеэкономическому контракту представляют собой «способ» платежа, при котором посредством международных банковских операций денежные средства (сумма платежа по контракту) перечисляются на счет получателя платежа.

В международной банковской практике применяются разнообразные формы расчетов (в том числе платежными поручениями, в порядке инкассо, с аккредитива) как с использованием денежных средств, так и посредством ценных бумаг (векселей, чеков).

Вопрос о том, в какой конкретно форме будут производиться расчеты по внешнеэкономическому контракту, в каждом случае определяется по согласованию сторон. При этом применение отдельных форм расчетов может быть предопределено межгосударственными соглашениями РФ, а также национальными правилами валютного и экспортного контроля.

Международные расчетные отношения характеризуются множественностью участников. В их число входят:

- плательщик;
- получатель платежа по внешнеэкономической сделке;
- обслуживающие их банки;
- банки-посредники.

Расчеты, как правило, оформляются не одной, а рядом последовательно заключаемых между ними сделок. При этом возникает воп-

рос: какое право подлежит применению к отношениям, возникающим из указанных сделок?¹ Ответ зависит от той позиции, которую занимает правоприменитель относительно квалификации расчетных отношений.

Так, в правовой литературе указывалось, что в отношении международного вексельного обращения действует принцип «несколько контрактов — несколько правовых систем». Его суть состоит в том, что поскольку в ходе своего обращения вексель может «проходить» через несколько сделок (составление, акцепт, «индоссирование», «авалирование»), то возможна ситуация, когда такие различные сделки будут подчиняться праву различных государств².

Применительно к международным расчетам по аккредитиву также отмечалось, что аккредитив порождает несколько видов договорных отношений. Следовательно, можно выделить *несколько правовых систем, с которыми аккредитив связан*:

- в отношениях «банк-эмитент — приказодатель» должно применяться право страны, где открывается аккредитив;
- в отношениях «бенефициар — авизирующий банк» подлежит применению право страны авизирующего банка³.



Подобным образом решался вопрос и в зарубежной практике. При отсутствии избранного сторонами права в качестве подлежащего применению права (исходя из принципа наиболее тесной связи с договором) применялось, соответственно, право места открытия аккредитива (т.е. право банка-эмитента) — применительно к правоотношениям приказодателя и банка-эмитента (Дело *Dinamics Corp. of America v Citizens and Southern National Bank*); право места осуществления платежа или места нахождения бенефициара — к правоотношениям бенефициара и авизирующего банка (Дела *Offshore International S.A. v Banco Central S.A.* и

¹ Об этом см.: Мансуров Г.З. Международный аккредитив: доктрина, нормотворчество и правоприменительная практика. М., 2004. С. 47; Он же. Новая редакция Унифицированных правил и обычаев по документарным аккредитивам // Журнал международного частного права. 2008. № 1; Щербина М. Аккредитив в международных расчетах: некоторые вопросы теории и практики // Журнал международного частного права. 1996. № 1–2 (11–12). С. 22.

² См.: Вишневский А.А. Современное вексельное право. Женевская (Россия) и английская системы. М., 2007. С. 263.

³ См.: Шмиттгофф К. Указ. соч. С. 188.

цептовать или произвести неогоциацию тратт (переводных векселей), выставленных на банк, с соблюдением условий, указанных в аккредитиве¹.

Платежи производятся банком приказодателя (покупателя товара) за счет его средств или полученного им кредита против названных в аккредитивном поручении документов, подтверждающих отгрузку товара либо выполнение других обязательств по контракту, а также при соблюдении иных условий поручения, которые банк доводит до сведения бенефициара.

В правовой литературе документарный аккредитив был назван «интереснейшей для изучения формой международных расчетов», дающей большие преимущества сторонам международных сделок (контрактов)². Использование аккредитивной формы расчетов наиболее благоприятно для продавца товаров, поскольку снятие денег со счета покупателя предшествует отправке товаров в его адрес. Это отличает расчеты по аккредитиву от других форм расчетов, в частности, от акцепта платежного требования (при расчетах платежными поручениями) либо расчетов по инкассо. Отгружая товар, продавец (бенефициар) заведомо знает, что его контрагент по основной сделке платежеспособен. В то же время несвоевременное открытие аккредитива покупателем (плательщиком) позволяет продавцу задержать поставку или даже отказаться от исполнения договора.

Для плательщика (покупателя) аккредитив удобен тем, что денежные средства, числящиеся на аккредитиве, продолжают принадлежать ему и снимаются с аккредитива лишь после того, как продавец отправит товар и представит в банк соответствующие документы.

2. Основное значение для регулирования международных расчетов по аккредитиву имеют **Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов**³ (редакция 2006 г., публикация МТП № 600). Работа над совершенствованием и дополнением данного

¹ См.: Инструкция Внешторгбанка СССР от 25 декабря 1985 г. № 1 «О порядке совершения банковских операций по международным расчетам» // *Инструкция о порядке совершения банковских операций по международным расчетам*. М., 1993.

² Щербина М. Указ. соч. С. 21.

³ Текст на русском языке см.: Журнал международного частного права. 2007. № 2 (56). С. 45.

документа (с учетом современных тенденций банковской практики) ведется в рамках МТП постоянно. Впервые одобренные в 1933 г. на Венском конгрессе МТП, эти Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (далее — Унифицированные правила) неоднократно пересматривались (в 1951, 1962, 1974, 1983, 1993 гг.). С 1 июля 2007 г. они действуют в редакции 2006 г.

Последняя редакция Унифицированных правил содержит ряд важных изменений, отражающих общие тенденции, свойственные современной банковской практике.

Существенным явилось уточнение, внесенное в ст. 1 «Применение Унифицированных правил». Данная норма проясняет один из наиболее спорных вопросов — о правовой природе Унифицированных правил, позволяя их оценить, с одной стороны, как документ (правила), разработанный МТП, с другой — как свод обычаев делового оборота, не требующий для их применения обязательной ссылки в тексте аккредитива, как это предусматривалось в предыдущей редакции правил¹.

Как следует из указанной статьи, Унифицированные правила являются сводом правил (правилами), которые применяются к любому документарному аккредитиву (включая резервные, в той степени, в какой они могут быть к ним применены), если текст аккредитива четко свидетельствует о применении этих правил. Они являются обязательными для всех сторон по аккредитиву, если только аккредитив прямо не изменяет или не исключает их положения.

Новеллой явилось включение в текст Унифицированных правил статей «Определения» (ст. 2) и «Толкование» (ст. 3), отражающих концептуальные подходы, которые легли в основу внесенных изменений. В указанных статьях дается *определение аккредитива как безотзывного платежного обязательства*, «даже если в нем не содержится никакого указания на этот счет». Таким образом исключается применение отзывных аккредитивов. В ранее действовавшей редакции Унифицированных правил была отражена презумпция безот-

¹ О правовой природе публикаций МТП см.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002. С. 517; Зыкин И.С. Обычай и обыкновения в международной торговле. М., 1983; Он же. Внешнеэкономические операции: право и практика. С. 240, 241; Звеков В.П. Международное частное право. С. 130; Мансуров Г.З. Международный аккредитив: доктрина, нормотворчество и правоприменительная практика; и др.

зывного аккредитива, при этом не исключалось применение Унифицированных правил и к отзывному аккредитиву.

Анализ отдельных новых положений Унифицированных правил в редакции 2006 г. позволяет охарактеризовать предусмотренный здесь аккредитив как имеющий элементы финансирования¹.

Так, в ст. 2 уточнено *определение «негоциация тратт»* (переводных векселей), под которой понимается покупка исполняющим банком векселей (выставленных на банк иной, чем исполняющий банк) и (или) документов по надлежаще оформленному представлению путем авансирования или согласия авансировать средства бенефициару в банковский день или до наступления банковского дня, в который исполняющему банку, уполномоченному на платеж, должно быть предоставлено возмещение.

«Авансирование» денежных средств предусматривается и положениями п. «в» ст. 12 и ст. 35 Унифицированных правил.

Важными направлениями пересмотра Унифицированных правил являются:

- формализация деятельности банков, их абстрагирование при проведении операций по исполнению аккредитива от основных коммерческих сделок;
- ужесточение требований к представляемым документам (транспортным, страховым, коммерческим) и к их проверке.

На это указывают и включенные в них формулировки, большинство из которых носит характер долженствования, в отличие от ранее содержавшихся диспозитивных норм. Так, в Унифицированных правилах в редакции 2006 г. общее указание на независимость аккредитива от коммерческих сделок было дополнено положением о том, что банк-эмитент должен пресекать любые попытки приказодателя включать в качестве несотъемлемой части аккредитива копии контракта, на котором основан аккредитив, счета-проформы и другие подобные документы (ст. 4).

В Унифицированные правила в редакции 2006 г. включены положения, предусматривающие *возможность представления документов в электронном виде*. Этому предшествовало принятие Комис-

¹ Об этом см.: Кохабидзе Г.К. Новые Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов: практика расчетов и ее отражение // Международные банковские операции. 2007. № 1 (17).

В свою очередь, обязательство банка-эмитента перед бенефициаром совершить платеж обусловлено представлением им указанных в аккредитиве документов (транспортных, страховых документов, коммерческих счетов), подтверждающих отгрузку товара или выполнение иных обязательств, с соблюдением основных требований, которым должны удовлетворять содержащиеся в таких документах сведения.

Банк-эмитент, т.е. банк, открывший аккредитив, является основным должником перед бенефициаром. Этот банк может сам произвести платеж либо предоставить другому банку (банку-посреднику) полномочия производить такие платежи, осуществлять другие действия, связанные с выполнением аккредитива, при условии соблюдения получателем платежей его условий. В зависимости от выполняемых функций банки-посредники делятся на «авизирующий», «исполняющий», «подтверждающий».

Авизирующий банк по поручению банка-эмитента авизует аккредитив бенефициару. В его функции входит подтверждение подлинности (аутентичности) аккредитива (вносимых в него изменений), который он авизует, а также точности указания сроков и условий аккредитива или вносимых в него изменений. При этом он не принимает на себя никаких обязательств перед бенефициаром по платежам и лишь должен в случае неподтверждения подлинности аккредитива сообщить об этом банку, от которого получены инструкции, либо — при его авизовании — сообщить бенефициару о том, что он не смог установить «видимую подлинность» аккредитива, его изменений или извещения. Для авизования аккредитива (или его изменений) бенефициару авизирующий банк вправе использовать и услуги другого банка (п. с ст. 9 Унифицированных правил).

Исполняющим является банк, уполномоченный банком-эмитентом на исполнение аккредитива, т.е. на платеж, акцепт тратт и их оплату или на негоциацию тратт. Он так же, как и авизирующий банк, не несет никакой ответственности за платежи перед бенефициаром (если только он не подтвердил аккредитив).

Подтверждающий банк (т.е. банк, который добавляет свое подтверждение к аккредитиву на основании полномочий или просьбы банка-эмитента) обязан по представлении предусмотренных аккредитивом документов безотзывно выполнить платежное обязательство перед бенефициаром или осуществить негоциацию с момента «добавления» им своего подтверждения к аккредитиву. Указанный

банк подтверждает аккредитив на основании полномочия, выданного банком-эмитентом, и тем самым становится стороной в аккредитиве, без которой тот не может быть изменен или аннулирован. Это, однако, не лишает его права на получение от банка-эмитента возмещения всех платежей, которые были произведены им по аккредитиву.

В обязанность подтверждающего банка также входит предоставление возмещения исполняющему банку, который выполнил платежное обязательство перед бенефициаром или осуществил неогацию и направил документы подтверждающему банку. При этом обязательство подтверждающего банка предоставить возмещение исполняющему банку является обособленным от обязательства подтверждающего банка перед бенефициаром.

В тех случаях, когда аккредитив исполняется банками-посредниками, в целях компенсации затрат на выплату бенефициару денежных средств исполняющий (либо подтверждающий) банк выставляет требование о платеже (рамбурс) на банк-эмитент либо на какой-либо третий банк, указанный эмитентом (рамбурсирующий банк). Банк-эмитент в этом случае не освобождается от обязательства предоставить возмещение, даже если оно не будет произведено рамбурсирующим банком (ст. 13). Указанное положение получило дальнейшее развитие в документе МТП — *Унифицированных правилах для межбанковского рамбурсирования по документарным аккредитивам (публикация МТП № 725)*¹, вступивших в силу с 1 октября 2008 г. и заменивших ранее действовавшую редакцию этих Правил (публикация МТП № 525).

4. Как ранее отмечалось, Унифицированные правила исключили из сферы своего действия отзывный аккредитив, установив, что они *применяются лишь к безотзывному аккредитиву*. Различие между указанными двумя видами аккредитива заключается в том, что безотзывный аккредитив не может быть изменен или аннулирован без предварительного согласия бенефициара, в пользу которого он открыт, в то время как в отзывный аккредитив эти изменения вносятся без предварительного уведомления бенефициара.

¹ См. информацию о документе на официальном сайте Международной торговой палаты: <<http://www.iccwbo.org>>.

Указанная новелла имеет существенное значение, учитывая динамику развития правового регулирования аккредитива в различных редакциях Унифицированных правил — от признания презумпции отзывного аккредитива (редакция 1983 г., публикация МТП № 400)¹ к презумпции безотзывного аккредитива (редакция 1993 г., публикация МТП № 500)² и полному отказу от применения отзывного аккредитива в пользу безотзывного (редакция 2006 г., публикация МТП № 600). Следует отметить, что в российском праве в отличие от сложившейся международной практики презюмируется отзывность аккредитива, если в его тексте прямо не установлено иное (п. 3 ст. 868 ГК РФ).

Унифицированные правила предусматривают также использование резервных и переводных (трансферабельных) аккредитивов.

Как вытекает из ст. 1 Унифицированных правил, на *резервные аккредитивы* распространяется общее определение, относящееся к любому документарному аккредитиву, т.е. аккредитиву, по которому платежи выдаются против представления документов. В самих правилах отсутствуют специальные положения, посвященные применению резервного аккредитива. Вместе с тем в рамках МТП был разработан документ — *Правила международной практики резервных аккредитивов (публикация МТП № 590)*³, посвященный регулированию этого вида аккредитива.

Между обычным документарным и резервным аккредитивами существуют различия:

- обычный документарный аккредитив обязывает бенефициара представить наряду с другими транспортные либо иные документы, которые могут служить доказательством выполнения обязательства;
- согласно резервному аккредитиву документы, подлежащие представлению против платежа, необязательно должны подтверждать выполнение бенефициаром своих обязательств.

¹ Инструкция о порядке совершения банковских операций по международным расчетам от 25 декабря 1985 г. № 1. М., 1986. С. 228–274.

² Банковский бюллетень. 1994. № 13–14.

³ См. информацию о документе на официальном сайте Международной торговой палаты: <<http://www.iccwbo.org>>.

маться такими договорами, даже если в аккредитиве есть какая-либо ссылка на такой договор (ст. 4 Унифицированных правил).

Из этого следует, что, если между сторонами договора купли-продажи достигнута договоренность о продлении срока аккредитива (например, в связи с несвоевременной высылкой поставщиком документов об отгрузке товаров), это не влечет автоматически обязанность банка осуществить платеж в согласованные таким образом сроки. В этом случае приказодатель (покупатель) должен внести соответствующие изменения в условия аккредитива.

Напротив, внесенные приказодателем по просьбе бенефициара изменения условий аккредитива о продлении срока его действия нельзя считать изменением срока поставки по заключенному между ними контракту.



Так, по одному из дел покупатель отправил продавцу телекс с просьбой поставить товар позднее, чем предусмотрено контрактом, а продавец ответным телексом попросил внести изменения в аккредитив, что покупатель и выполнил. После поставки товара продавец потребовал, чтобы покупатель возместил ему дополнительные расходы, вызванные задержкой поставки, ссылаясь при этом на условия контракта, которые сторонами не были изменены¹.

5.2. Принцип формальности. Аккредитив носит строго формальный характер. При его исполнении все заинтересованные стороны, участвующие в операциях по аккредитиву, *имеют дело с документами*, а не с товарами, услугами и (или) иными видами исполнения обязательств, к которым могут относиться эти документы.

Это хорошо видно из арбитражного дела, рассмотренного МКАС при ТПП РФ.



Российская организация (продавец) предъявила иск к иностранной фирме в связи с тем, что отгруженный товар не был оплачен с открытого покупателем аккредитива из-за расхождений между отгрузочными документами и требованиями аккредитива. Банк сообщил продавцу, что для оплаты товара с аккредитива необходимо распоряжение покупателя о внесении в него уточнений, которое

¹ См.: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. М., 2006. С. 263.

Представление должно быть сделано бенефициаром или от его имени не позднее 21 календарного дня после даты отгрузки, но в любом случае не позднее даты истечения срока аккредитива.

В международной практике нередко возникают сложности в связи с определением срока использования аккредитива при отгрузке товаров частями (использования аккредитива частями). Унифицированные правила исходят из того, что, если в установленные сроки какая-либо часть не отгружена и (или) не использована, аккредитив становится недействительным как для этой части, так и для последующих частей.

Представляет в связи с этим интерес следующий пример из практики Международного коммерческого арбитражного суда.



Поставщик отгрузил покупателю в соответствии с контрактом товар двумя партиями — 11 сентября 1994 г. и 20 сентября 1994 г. Расчеты между сторонами должны были производиться по аккредитиву, который приказодатель (покупатель) открыл в пользу бенефициара (поставщика) в банке на срок с 31 июля по 21 октября 1994 г. Документы должны были представляться поставщиком в этот банк (через банк-посредник) в течение 21 дня с даты отгрузки каждой партии товара. Поставщик представил документы по первой партии лишь 11 октября, т.е. позднее чем через 21 день после отгрузки товаров. Поскольку срок представления документов по первой партии был пропущен, банк отказал получателю платежа (поставщику) в принятии документов и по второй партии.

§ 3. Международно-правовое регулирование расчетов по инкассо

1. При использовании участниками внешнеэкономического контракта расчетов в форме инкассо уполномоченная на получение платежа сторона (продавец), выполнив обязательства по контракту, дает поручение своему банку получить платеж от другой стороны (покупателя), представив в подтверждение выполненных обязательств соответствующие документы.

Как видно, расчеты по инкассо имеют очевидные преимущества для покупателя товаров (плательщика), который осуществляет оплату товаров против документов, убедившись, что товары отгружены в его адрес.

Под инкассо в Унифицированных правилах понимаются операции с документами, осуществляемые банками на основании полученных в инкассовом поручении инструкций, в целях:

- 1) получения акцепта платежа и (или) самого платежа, или
- 2) выдачи коммерческих документов против акцепта и (или) против платежа, или
- 3) выдачи документов на других условиях.

В инкассовом поручении принципал должен дать точные указания об условиях, при которых переданные банку документы могут быть выданы плательщику.

Инкассовое поручение обычно содержит сведения:

- о сторонах в инкассо (банке-ремитенте, принципале, плательщике, представляющем банке);
- о сумме и валюте платежа, подлежащих инкассации;
- о прилагаемых документах с указанием листов каждого документа;
- сроках и условиях получения платежа и (или) акцепта платежа;
- об условиях передачи документов;
- о месте, в котором должно быть сделано представление.

Помимо этого в инкассовом поручении:

- оговаривается возможность принятия частичных платежей по инкассо и передачи против частичных платежей документов плательщику;
- устанавливаются порядок и условия оплаты комиссии и расходов, связанных с инкассированием, метод платежа, форма платежного извещения и т.д.

Платежи осуществляются в соответствии с инкассовым поручением против финансовых и (или) коммерческих документов, под которыми, в частности, понимаются переводные векселя, простые векселя, чеки, платежные расписки или подобные документы, используемые для получения платежа деньгами («финансовые документы»), а также счета, отгрузочные документы, документы о праве собственности или подобные документы, не являющиеся финансовыми документами («коммерческие документы»).

Унифицированные правила по инкассо различают (в зависимости от представляемых против платежей документов):

- чистое инкассо;
- документарное инкассо.

тив которых предусматривался платеж, были оформлены ненадлежащим образом и по формальным признакам не могли быть приняты к оплате. Арбитраж не считал возможным согласиться с доводами ответчика, учитывая, что требования истца вытекали из контракта в связи с неисполнением обязанности ответчика оплатить товар.

§ 4. Международно-правовое регулирование расчетов платежными поручениями (банковский перевод)

1. При использовании во внешнеэкономической деятельности расчетов платежными поручениями *банк по поручению клиента (перевододателя) адресует банку-корреспонденту платежное поручение о выплате в определенный срок денежной суммы за счет перевододателя иностранному получателю (бенефициару).*

Указанная форма расчетов, для которой в международной банковской практике также используются термины «платеж на открытый счет» (*open account payment*), «банковский перевод» (*bank transfer*), «кредитовый перевод», — одна из наиболее оперативных в международной торговле.

Она применяется преимущественно в тех случаях, когда платежи по контракту носят разовый характер. Это отличает ее от других, более сложных форм расчетов, в частности, от расчетов по аккредитиву и по инкассо, которые, как правило, используются для оплаты товара по «длящимся» контрактам. Так, *расчеты платежными поручениями нередко применяются в случаях:*

- единовременных выплат по поставкам;
- при осуществлении авансовых платежей;
- для перерасчетов по ранее заключенным сделкам (например, в случаях, когда платежи за отгруженный товар должны были осуществляться по аккредитиву, который не был использован своевременно).

Расчеты платежными поручениями могут применяться и для платежей в связи с удовлетворением претензий по качеству, требований об уплате неустойки, процентов годовых и т.д.

Как и другие формы расчетов (по аккредитиву и по инкассо), расчеты платежными поручениями представляют собой последова-

тельный ряд сделок, совершаемых участниками из различных государств.

Расчеты осуществляются через соответствующие корреспондентские счета «Ностро» (текущий счет банка, открытый у банка-корреспондента) и «Лоро» (текущий счет банка-корреспондента в данном банке).

На основании данных, содержащихся в заявлении перевододателя, банк-отправитель составляет платежное поручение и адресует его иностранному банку-корреспонденту (банку-получателю) на перевод денежных сумм.

Платежное поручение банка-отправителя представляет собой приказ банка, адресованный своему банку-корреспонденту, о выплате денежной суммы бенефициару по просьбе перевододателя. Исполнение осуществляется путем списания и перевода банком перевододателя денежных средств со счета перевододателя в банк бенефициара, который зачисляет данные средства на счет бенефициара.

Банк передает поручение, используя при этом различные способы передачи, в том числе почтой, телеграфом, телексом. В практике банковского перевода наиболее широко используется передача платежных поручений по каналам электронной связи *Swift (Society of Worldwide Interbank Financial Telecommunication)* через сеть межбанковских телекоммуникаций, включая внутренние системы связи банков, имеющих отделения в других странах.

Указанный способ передачи рекомендован в принятом секретариатом Комиссии ООН по праву международной торговли документе «*Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу*» (Нью-Йорк, 1987 г.)¹, рассчитанном как на дебетовые (инкассовые), так и на кредитовые переводы.

2. Важным этапом в международно-правовой унификации расчетов платежными поручениями явился Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах 1992 г.² (далее — Типовой закон), принятый Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) 14 мая 1992 г. на 25-й сессии. Целью его приня-

¹ СПС «Гарант».

² Комиссия ООН по праву международной торговли. Ежегодник. 1992 г. Т. XXIII. Нью-Йорк: ООН, 1994. С. 661–671.

тия было повлиять на процессы адаптации национальных законодательств различных стран к новым технологиям международных денежных переводов, способствовать возрастанию количества используемых на практике электронных поручений по сравнению с поручениями на бумажных носителях, изменению соотношения между дебетовыми и кредитовыми переводами.

Типовой закон был принят в качестве модели для принятия государствами соответствующего национального законодательства. На его основе издана *Директива Европейского союза от 27 января 1997 г. № 97/5/ЕС «О трансграничных кредитовых переводах»*¹.

В российском законодательстве в настоящее время отсутствует какой-либо правовой акт, основанный на Типовом законе. Соответствующие отношения регулируются в гл. 46 ГК РФ (ст. 863–866), положения которой отличаются от Типового закона. Поэтому для российских участников расчетов платежными поручениями Типовой закон имеет значение в случаях применения права страны, принявшей указанный Типовой закон в качестве модели для своего законодательства.

3. Типовой закон регулирует международные переводы, осуществляемые посредством платежных поручений, «когда банк-отправитель и банк-получатель находятся в разных государствах». Под «платежным поручением» в нем понимается безусловный приказ (в любой форме) отправителя банку-получателю передать в распоряжение бенефициара установленную или подлежащую установлению денежную сумму (ст. 2 *b*).

Участниками «кредитового перевода» (банковского перевода) являются:

- перевододатель (лицо, выдающее первое платежное поручение в ходе «кредитового» перевода);
- бенефициар (лицо, указанное в платежном поручении перевододателя в качестве получателя денежных средств);
- отправитель (лицо, которое выдает платежное поручение, включая перевододателя и любой банк-отправитель);
- банк-получатель (банк, который получает платежное поручение);

¹ Official Journal, 1997, N L 043, P. 25–31.

- банк-посредник (любой банк-получатель, не являющийся банком перевододателя и банком бенефициара).

«Кредитовый перевод» включает ряд операций, осуществляемых банками, иными кредитными учреждениями с целью передачи средств в распоряжение бенефициара, начиная с выдачи платежного поручения «перевододателем» и завершая акцептом платежного поручения «банком бенефициара» в интересах бенефициара. С этого момента банк бенефициара становится должником бенефициара в размере акцептованного им платежного поручения.

Понятие «кредитовый перевод» распространяется также на любые «промежуточные» платежные поручения, выдаваемые как банком-отправителем, так и любым банком-посредником, выполняющим платежное поручение перевододателя. Согласно Типовому закону каждое платежное поручение, выдаваемое в целях платежа по поручению приказодателя, считается частью другого «кредитового» поручения (ст. 2).

Кредитовый перевод завершается акцептом платежного поручения банком бенефициара, который несет ответственность перед бенефициаром в размере акцептованного им платежного поручения. Банк-получатель осуществляет платеж бенефициару за свой счет с последующим истребованием этих средств у отправителя. Возмещение банку-получателю должно предоставляться «путем дебетования счета отправителя или получения от него платежа иным образом» (ст. 2 *b i*). Способы возмещения определены в ст. 6 Типового закона, предусматривающей:

- 1) списание средств со счета банка-отправителя в банке-получателе (корреспонденте);
- 2) зачисление средств на счет банка-получателя в банке-отправителе (корреспонденте);
- 3) зачисление средств на счет банка-получателя в третьем банке.

4. В качестве дополнения к Типовому закону Комиссия ООН (в списке к тексту Типового закона) предложила коллизионную норму, которую государства «возможно, пожелают принять». В ней предусмотрено, что права и обязанности, вытекающие из платежного поручения, регулируются правом, выбранным сторонами. При отсутствии договоренности применяется право государства банка — получателя платежа.

§ 5. Международно-правовое регулирование расчетов посредством векселей и чеков

1. В международной торговой и банковской практике нередко применяются расчеты посредством векселей и чеков, что обусловлено присущими этим ценным бумагам свойствами. Они *передаются в оплату за товары (услуги) взамен денежного платежа, удостоверяя имущественное право на его получение.*

Платеж посредством векселя или чека всегда предполагается не окончательным, а условным; другими словами, принятие такого «оборотного документа» погашает долг лишь после оплаты этого документа¹.

В свою очередь, для участников внешнеэкономических сделок это создает несомненные преимущества — экспортер получает оборотный документ, который он может превратить в денежные средства в любое время в пределах установленного срока, а покупатель товара (услуг) получает отсрочку платежа.

В последнее время все чаще высказывается мнение, что при наличии электронных средств передачи информации ценные бумаги (вексель, чек, облигации и т.п.) как инструмент обеспечения ускорения оборота утратили значение, бумажный документ стал помехой для оборота².

Замена документов на бумажном носителе электронными средствами передачи информации является общей тенденцией развития документооборота в международной торговой деятельности. Об этом, в частности, свидетельствуют принятые международные документы — Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу средств 1987 г., Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996 г.³, Конвенция ООН об использовании электронных сообще-

¹ См.: Лунц Л.А. Денежные обязательства в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. М., 1948. С. 167; *Он же*. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М., 1999. С. 291.

² См., напр.: Новоселова Л.А. Сделки уступки прав (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003. С. 331.

³ Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле. Принят в г. Нью-Йорке 28 мая — 14 июня 1996 г. на 29-й сессии ЮНСИТРАЛ.

ний в международных договорах 2005 г.¹ Однако современная международная торговая и банковская практика по-прежнему не отказываются от использования векселей и чеков, оставляя за ними важную роль в осуществлении финансирования международных коммерческих сделок.

В современной международной торговле предъявление векселя к платежу и оплата векселя используются не только в качестве самостоятельных способов платежа, но и для проведения других расчетных операций. В частности, при расчетах по инкассо и по аккредитиву производятся инкассирование векселя, акцепт, учет, неогонияция векселя, о чем имеются соответствующие положения в публикациях МТП — Унифицированных правилах по инкассо (публикация МТП № 522) и Унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов (публикация МТП № 600).

Свойство ценных бумаг обусловило строго формальный характер векселя и чека, требующий наличия в этих документах определенных реквизитов, что в международной торговле создает трудности: ценные бумаги, отвечающие требованиям закона страны их составления, из-за различий в национальном законодательстве отдельных стран могут быть признаны недействительными.

Преодоление указанных правовых различий на протяжении десятилетий достигалось путем унификации материальных и коллизионных норм вексельного и чекового права.

На различных этапах унификация коллизионных норм проводилась в *Договоре о праве международной торговли*, подписанном странами американского континента в г. Монтевидео 12 февраля 1889 г. (разд. «Переводные векселя», ст. 26—34) и в Кодексе Бустаманте, подписанном в Гаване 20 февраля 1928 г. (гл. VI «Контракт, переводной вексель и аналогичные торговые документы» разд. II «Особые торговые сделки» книги II «Международное торговое право»)².

Унификация вексельного и чекового права успешно проводилась и в Европе, охватив помимо коллизионного регулирования также сферу материального права. Так, на международной конферен-

¹ Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах. Принята 23 ноября 2005 г. Конвенция не вступила в силу.

² См.: *Регистр* текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. 1. Нью-Йорк, 1971.

ции в Гааге 23 июля 1912 г. 29 государствами, включая Россию, была подписана *Конвенция об унификации права, касающегося переводных и простых векселей* (Единообразный устав), повлиявшая на последующую международную унификацию материального вексельного и чекового права. Ее результатом явились Женевские вексельные конвенции 1930 г. и Женевские чековые конвенции 1931 г.

Участниками этих Конвенций были преимущественно страны континентальной правовой системы, в которых квалификация векселя и чека исторически отличалась от сложившейся в странах англо-американской правовой системы.

Впоследствии Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) предприняла попытку устранить указанные противоречия путем принятия Конвенции ООН о международных переводных и международных простых векселях 1988 г.

2. Женевские вексельные конвенции 1930 г., а именно:

- 1) Конвенция о Единообразном законе о переводном и простом векселе (далее — Единообразный закон);
- 2) Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях;
- 3) Конвенция о гербовом сборе в отношении переводных и простых векселей —

были подписаны на конференции в Женеве 7 июня 1930 г.¹

В Женевских вексельных конвенциях участвуют страны континентальной Европы, в том числе Австрия, Бельгия, Венгрия, Германия, Греция, Дания, Италия, Люксембург, Монако, Нидерланды, Норвегия, Польша, Португалия, Финляндия, Швейцария, Швеция, а также Япония, Бразилия. Российская Федерация является участницей Конвенций как правопреемник СССР, присоединившегося к ним 25 ноября 1936 г. К ним присоединились также Казахстан и Украина.

Данные Конвенции явились примером как прямой унификации, которая была проведена в Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях, так и косвенной унификации. Так, в Конвенции о Единообразном за-

¹ См.: *Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных с иностранными государствами. Вып. IX. Действующие договоры, соглашения и конвенции, вступившие в силу до 1 января 1937 г.* М., 1938. С. 218.

- сроков платежа по векселю;
- протестов и исков в случае неакцепта и неплатежей и т.д.

Согласно Единообразному закону вексель является основным способом оформления кредита, а также служит средством платежа. В международной торговле вексель используется в тех случаях, когда купля-продажа товара осуществляется в кредит. При этом экспортер (векселедержатель) получает от импортера (векселедателя) не денежные суммы, а вексель.

В Единообразном законе выделяются две разновидности векселя — простой и переводной. Содержащееся в нем регулирование рассчитано, прежде всего, на оборот переводных векселей (ст. 1–74). Простым векселям специально посвящены отдельные статьи (ст. 75–78), отсылающие к регулированию, установленному для переводных векселей. Различие между указанными типами векселей состоит в том, что простой вексель — это ценная бумага, удостоверяющая ничем не обусловленное обязательство векселедателя, а переводной вексель — обязательство иного (указанного в векселе) плательщика выплатить по наступлении предусмотренного векселем срока определенную сумму владельцу векселя (векселедержателю).

Из этого следует, что в отличие от простого переводной вексель предполагает участие трех лиц:

- 1) векселедателя;
- 2) векселедержателя;
- 3) плательщика, который должен выразить свое согласие на оплату векселя (акцептовать вексель).

В частности, он представляет собой не обязательство векселедателя, а безусловный приказ последнего, адресованный плательщику, акцептующему вексель, уплатить векселедержателю определенную сумму в установленный срок.

Переводной вексель имеет в международной практике более широкое распространение, чем простой. Это обусловлено преимуществами переводного векселя, дающего возможность одним платежом по векселю погасить несколько обязательств.

Особое значение имеет определение в ст. 1 Единообразного закона (для переводного векселя) и в ст. 75 (для простого векселя) обязательных реквизитов векселя. Так, *основными реквизитами переводного векселя* являются:

этим принципам, но не являющегося законом одной из Высоких Договаривающихся Сторон» (ст. 10).

В Конвенции заложены основные правила разрешения коллизий, отсылающие к личному (национальному) закону при определении правоспособности участника вексельного обязательства либо к праву места совершения акта (*lex loci actus*).

Предусматривается *обратная отсылка к праву, определяющему правовое положение участника вексельного обращения*. Так, способность лица обязываться по переводному или простому векселю определяется по его национальному закону. Если он отсылает к закону другой страны, то применяется последний закон (ст. 2).

Лицо, не обладающее правоспособностью согласно национальному закону, тем не менее несет ответственность, если подпись была совершена на территории страны, по законодательству которой это лицо было бы правоспособным (ст. 2).

Форма, в которой приняты обязательства по переводному или простому векселю, определяется законом той страны, на территории которой эти обязательства были подписаны (ст. 3).

Действие обязательств акцептанта переводного векселя или лица, подписавшего вексель, определяется по закону места платежа по этим документам.

Действие, которое «производят подписи других лиц», обязанных по переводному или простому векселю, определяется по закону той страны, на территории которой подписи были совершены (ст. 4).

Сроки на предъявление иска в порядке регресса определяются для всех лиц, поставивших свои подписи, законом места составления документа (ст. 5).

Вопрос о том, приобретает ли держатель переводного векселя право требования, на основании которого выдан документ, решается по закону места составления документа (ст. 6) и т.д.

3. Унификация вексельного права была также проведена в *Конвенции ООН о международных переводных и международных простых векселях* (Нью-Йорк, 1988 г.) (далее — Конвенция 1988 г.), разработанной в рамках Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и принятой на 43-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН 9 декабря 1988 г.

Целью Конвенции, в частности, явилась унификация правового регулирования вексельного оборота, предусмотренного Женевскими вексельными конвенциями 1930 г., с одной стороны, и собствен-

- 2) Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках;
- 3) Конвенция о гербовом сборе в отношении чеков¹.

Конвенции были подписаны 19 марта 1931 г. государствами, подписавшими Женевские вексельные конвенции (Бельгией, Бразилией, Германией, Италией, Францией, Швейцарией и др.), и ратифицированы большинством из них. Российская Федерация в настоящее время не является участницей Женевских чековых конвенций 1931 г.

Аналогично двум типам векселя в мировой правовой системе существуют два типа чека:

- 1) чек, основанный на Женевских чековых конвенциях;
- 2) чек, известный англо-американской системе права, где он рассматривается как разновидность переводного векселя.

Например, соответствующие нормы имеются в английском Законе о переводных векселях 1882 г., рассматривающем чек как тратту, выставленную на банкира сроком платежа «по предъявлении» (ст. 73), а также в Единообразном торговом кодексе США, согласно которому чек означает тратту, подлежащую оплате «по востребованию» и выписанную на банк (ст. 3–104).

В правовой литературе отмечалось, что такая конструкция чека (тратты) обусловлена особенностями англо-американской системы права, допускающей применение векселя по предъявлении и не требующей вексельной метки, в отличие от векселя, свойственного странам континентальной правовой системы и предусмотренного Женевскими вексельными конвенциями, которыми допускается использование только именных и ордерных векселей².

4.1. Конвенция, устанавливающая Единообразный закон о чеках, так же как и Женевская вексельная конвенция, содержит в своем приложении **Единообразный закон о чеках**³, явившийся результатом унификации материально-правовых норм.

¹ *Регистр* текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. 1. Нью-Йорк: ООН, 1971.

² См.: *Беляева О.А.* Расчеты чеками в России и за рубежом // Законодательство и практика. М., 2004. С. 1–5.

³ *Регистр* текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. 1.

Платеж по чеку, как и вексельные платежи, может быть обеспечен полностью или в части чековой суммы посредством авалы и т.д.

В то же время между векселем и чеком есть отличия, главное из которых состоит в том, что вексель используется на практике преимущественно как орудие кредита, в то время как чек служит исключительно платежным средством. Согласно ст. 3 Единообразного закона чек выставляется только на банк, при этом он должен быть выставлен «на того банкира, у которого чекодатель имеет средства, и в соответствии с ясно выраженным или молчаливым соглашением, в силу которого чекодатель имеет право распоряжаться этими средствами путем выставления чеков».

Чек не может быть акцептован, и «учиненная на чеке надпись считается ненаписанной» (ст. 4), в отличие от векселя, акцепт которого предусматривается при платежах. Различаются сроки, предусмотренные для платежа по векселю и по чеку, и т.д.

4.2. В Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках, содержатся основные правила об урегулировании коллизий законов в области чекового права, которые по своему содержанию совпадают с коллизионными нормами, установленными соответствующей Женевской вексельной конвенцией.

Так, способность лица обязываться чеками определяется национальным законом чекодателя. Если национальный закон отсылает к закону другой страны, то применяется последний закон. Однако если лицо, не имеющее права обязываться чеками по своему национальному закону, подписало чек на территории страны, по закону которой оно имело право обязываться чеками, то чек является действительным (ст. 2).

Закон страны, где чек подлежит оплате, определяет круг лиц, на которых чек может быть выдан. Если документ не может быть признан чеком в силу того, что он выдан на ненадлежащее лицо, обязательства, вытекающие из имеющихся на чеке подписей, сделанных в странах, законодательства которых не содержат такого рода постановлений (о круге плательщиков по чекам), являются тем не менее действительными (ст. 3).

Форма чековых обязательств регулируется законом страны, на территории которой эти обязательства были подписаны (ст. 4).

Закон страны, на территории которой обязательства, вытекающие из чека, были подписаны, определяет и содержание этих обязательств (ст. 5).

данского кодекса Армении, ст. 1190 Гражданского кодекса Узбекистана, ст. 1199 Гражданского кодекса Киргизии, ст. 1219 Гражданского кодекса Республики Таджикистан). Так же решается вопрос в Законе Украины «О международном частном праве» (ст. 32) и в Законе Азербайджанской Республики «О международном частном праве» (ст. 25).

В последние годы в отдельных странах СНГ приняты специальные законы, содержащие коллизионные нормы, относящиеся к отдельным формам расчетов.

Например, коллизионные нормы, относящиеся к расчетам по аккредитиву, имеются в Законе Киргизии от 23 июля 2002 г. «Об аккредитивах». Так, в случаях отсутствия в условиях аккредитива ссылки на право, подлежащее применению к аккредитиву, используются положения Унифицированных правил для документарных аккредитивов в редакции 1993 г. (Правила МТП) (п. 2 ст. 3). Согласно другой коллизионной норме аккредитив, открытый банком — резидентом Киргизии, должен рассматриваться по форме и содержанию в соответствии с законодательством Киргизии, если в «самом аккредитиве не будет оговорено, что он регулируется другим законодательством» (п. 4 ст. 3).

В Банковском кодексе Республики Беларусь от 25 октября 2002 г. содержатся коллизионные нормы, относящиеся к расчетам по аккредитиву и инкассо. Если сторонами не определено иное, то «применимым к международным аккредитивам правом в отношениях между банком-эмитентом и приказодателем, банком-эмитентом и авизующим или исполняющим банком, а также авизующим или исполняющим банком бенефициаром является право государства банка-эмитента» (ст. 274).

Применительно к международным расчетам по инкассо в указанном Банковском кодексе предусмотрены коллизионные привязки, которые различаются в зависимости от состава участников расчетов: «...Если сторонами не предусмотрено иное, то применимым к международному инкассо является в отношениях между приказодателем и банком-ремитентом — право государства банка-ремитента, а между банком-ремитентом, плательщиком, иным банком и представляющим банком — право государства представляющего банка» (ст. 279).

Как видно из приведенных коллизионных норм, при решении вопроса о выборе права, подлежащего применению к расчетным от-

ношениям, законодательство стран СНГ иногда отступает от принципа «наиболее тесной связи с отношениями», в отличие от подходов, используемых в практике иных иностранных государств.

Последние десятилетия характеризуются процессами гармонизации законодательства стран СНГ в области безналичных расчетов. Значительное влияние на эти процессы оказали разработанные МТП документы, представляющие собой своды международных банковских правил и обычаев — Унифицированные правила по инкассо, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов.

Так, положения публикаций МТП легли в основу правового регулирования расчетов по аккредитиву и по инкассо в ГК РФ (гл. 46).

Процессам сближения законодательства стран СНГ способствовало принятие Модели ГК для стран СНГ, которая вслед за ГК РФ восприняла правила международной банковской практики. Соответствующие положения о формах расчетов, основанные на Модели ГК для стран СНГ, в настоящее время включены в гражданские кодексы стран СНГ, а также в специальные законы.

В ряде случаев законодательство стран СНГ содержит прямые отсылки к публикациям МТП (либо к «международным правилам и обычаям»), признавая их в качестве источника правового регулирования не только международных, но и внутренних расчетных отношений.

Как источник правового регулирования международные банковские правила могут применяться к внутренним расчетам согласно ст. 918 Гражданского кодекса Туркмении. В ней указано: «Если не согласовано иное, права и обязанности сторон определяются по утвердившимся обычаям документарного аккредитива или документарного инкассо в международном обороте».

Закон Украины от 5 апреля 2001 г. № 3346-III «О платежных системах и переводе денег в Украине» к числу правовых актов, регулирующих «общие принципы функционирования платежных систем Украины» наряду с законами и нормативными актами Национального банка Украины относит публикации МТП, иные «международно-правовые акты по вопросам перевода денег» (ст. 2).

Банковский кодекс Белоруссии от 25 октября 2000 г. (в редакции 2006 г.) распространяет действие «международных правил и обычаев» на внутренние аккредитивы — при наличии ссылки на них в тексте аккредитива (абз. 3 ст. 266)

Глава 17

Банковская гарантия во внешнеэкономической деятельности

§ 1. Понятие международной банковской гарантии

При осуществлении платежей по внешнеэкономическим контрактам возникает необходимость в использовании правовых инструментов, обеспечивающих обязательства по их уплате. Практика показывает, что во внешнеэкономические договоры включаются условия, предусматривающие использование разнообразных способов обеспечения обязательств (неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия, удержание и т.д.). Особое положение среди них занимает банковская гарантия, получившая широкое применение в сфере международного кредитования, а также при обеспечении иных международных коммерческих сделок.

Гарантия представляет собой выданное по просьбе принципала (должника по основному обязательству) письменное обязательство гаранта (третьего лица) выплатить в случае нарушения основного обязательства определенную денежную сумму на согласованных в гарантии условиях по требованию бенефициара (кредитора принципала).

По своей правовой природе гарантия — односторонняя сделка (денежное обязательство), не зависящая от внешнеторгового контракта, что отличает ее от других способов обеспечения обязательства (например, от поручительства), представляющих собой дополнительное (акцессорное) обязательство по отношению к основному обязательству. Так, если недействительность основного обязатель-

ства влечет недействительность обеспечивающего его акцессорного обязательства, то гарантия представляет собой первичное и независимое обязательство произвести платеж, если при этом соблюдены условия гарантии.

В правовой литературе иногда встречается характеристика гарантии как договора между гарантом и бенефициаром, который заключается посредством выдачи и принятия соответствующего документа (гарантии). Это отчасти объясняется сходством гарантии и поручительства. Следует учитывать, что и законодательство отдельных стран, относящихся как к континентальной системе права (например, Франции, ФРГ, Швейцарии, Швеции), так и к системе общего права (в частности, Англии, США), как правило, не предусматривает специального регулирования гарантии как самостоятельного способа обеспечения обязательств, отличного от поручительства. Нередко для их обозначения используется единая терминология (*guarantee*)¹.

До вступления в силу 1 января 1995 г. части первой ГК РФ российское законодательство также рассматривало эти виды обеспечительных мер как единое обязательство. Однако в настоящее время ГК РФ выделяет банковскую гарантию в самостоятельный институт, отличный от поручительства, определив ее как одностороннюю сделку, т.е. сделку, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны.

В международной коммерческой практике отсутствует ограничение выдачи гарантий определенным кругом лиц (гарантами), будь то физические или юридические лица. Вместе с тем выдача международных гарантий связывается преимущественно с кредитными учреждениями, банками, страховыми организациями, которые используют разнообразные виды гарантий².

¹ Gorton L. Draft UNCITRAL Convention on Independent Guarantees // European Business Law. May Issue. 1997. P. 249.

² В частности, используются гарантии по требованию, условные гарантии, прямые и косвенные гарантии, встречные (контргарантии), супергарантии, тендерные гарантии, гарантии исполнения и гарантии возврата платежей и т.д. Об этом см.: Шмиттофф К. Указ. соч. С. 227.

По способу оплаты различаются гарантии:

- по первому требованию бенефициара без представления доказательств в подтверждение факта невыполнения обязательства;
- «условные» гарантии, требующие представления подтверждений, таких как заключения экспертов о наличии дефектов в товаре, судебные решения и др.

Наибольшее распространение в последние годы получила *гарантия по требованию*, предусматривающая, что гарант обязан произвести платеж по первому требованию бенефициара. Для получения бенефициаром платежа по такой гарантии достаточно представления простого письменного требования, содержащего сведения о невыполнении обязательства по основной сделке или других указанных в гарантии документов. Гарантию по требованию приобретает, например, продавец для защиты покупателя от неисполнения либо невозврата уплаченных сумм, если покупная цена или ее часть в целом была оплачена авансом, а товар не поставлен¹.

§ 2. Международно-правовое регулирование банковской гарантии по требованию

Основное значение в регулировании международных банковских гарантий (в отсутствие специальных норм национального законодательства в большинстве стран) приобрели публикации Международной торговой палаты (МТП).

Кодификация банковских правил и обычаев, относящихся к гарантиям, проводилась в рамках МТП неоднократно. В свое время ею были опубликованы *Унифицированные правила для договорных гарантий 1978 г.* (публикация МТП № 325), направленные на регулирование договорных гарантий — тендерных гарантий исполнения и гарантий возврата платежа². В них предусматривалось использование

¹ См.: Шмиттгофф К. Указ. соч. С. 228.

² Перевод на русский язык с комментариями и рекомендациями для внешнеторговых операций опубликован в Приложении № 1 к Инструкции Внешторгбанка СССР от 25 декабря 1985 г. № 1 «О порядке совершения банковских операций по международным расчетам». См.: Инструкция о порядке совершения банковских операций по международным расчетам. М., 1993.

условных гарантий, согласно которым для того, чтобы получить сумму гарантии, бенефициар должен представить принципалу судебное или арбитражное решение как условие реализации его права на платеж (ст. 9). Чтобы облегчить процедуры, связанные с выдачей гарантий, предусмотренных указанными Унифицированными правилами, МТП также разработала *Типовые формы МТП для выдачи договорных гарантий (публикация МТП № 406)*¹, содержащие комментарии и набор типовых форм: для тендерной гарантии, гарантии возврата платежа, гарантии исполнения.

На практике публикация МТП № 325 не получила широкого распространения, хотя формально не утратила своего значения. В качестве одной из причин этого в правовой литературе указывалось на несоответствие между регламентацией, установленной в указанных Унифицированных правилах, и в правовых нормах, содержащихся в законодательстве различных стран². Следует учитывать и то, что в настоящее время такая гарантия не отвечает потребностям практики, которой в большей степени соответствует применение гарантий по требованию, позволяющих «минимизировать» сроки выполнения обязательств по договорам³. В более простом механизме платежей заинтересованы и банки, которые освобождаются от проведения сложной процедуры установления факта нарушения основного обязательства, являющегося основанием для платежа по условной гарантии⁴.

Результатом обобщения международной практики применения гарантий по требованию явились *Унифицированные правила для гарантий по требованию 1992 г. (публикация МТП № 458)*⁵. Они охватывают широкий круг вопросов, связанных с предоставлением международных гарантий данного вида. В них, в частности, дается определение понятий, содержатся предписания, относящиеся к форме и содержанию гарантии, процедуре выдачи гарантии по инструкции

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. С. 238, 239.

³ См.: Рубанов А.А. Международная унификация правил о банковской гарантии и гражданский кодекс России // Хозяйство и право. 2000. № 5. С. 58.

⁴ См.: Шмиттгофф К. Указ. соч. С. 228.

⁵ *Унифицированные правила для гарантий по требованию*. Публикация МТП № 458 (Сер.: «Издания Международной торговой палаты»); на рус. и англ. языках. М., 1996.

гим учреждением или лицом (гарантом или банком-эмитентом), а также контргарантия и «подтверждение обязательства», т.е. «обязательство, выданное в дополнение к обязательству гаранта (эмитента) и предоставляющее бенефициару право по своему выбору востребовать платеж у подтверждающей стороны вместо гаранта (эмитента) по простому требованию, без ущерба для права бенефициара востребовать платеж у гаранта (эмитента)» (ст. 6 *d, e*)¹.

Особый интерес имеет предложенное в Конвенции решение одной из наиболее острых проблем, существующих в современной международной банковской практике при использовании документарного аккредитива и гарантии по требованию — **проблемы защиты гаранта от злоупотреблений и мошенничества бенефициара при выплате платежей**. В частности, это бывает в случаях, когда недобросовестный бенефициар представляет в банк подложные документы, не обеспеченные выполнением основного обязательства (например, поставками товара) и трудноотличимые по внешним признакам от подлинных документов, либо, наоборот, когда банку становится известным, что основное обязательство, в обеспечение которого предоставляется гарантия либо резервный аккредитив, было выполнено.

Важность решения проблемы объясняется отсутствием либо несогласованностью подходов, существующих в настоящее время в национальном законодательстве стран, а также в международной банковской практике.

Так, в вышеупомянутых Унифицированных правилах для гарантий по требованию 1992 г. (публикация МТП № 458) какие-либо

¹ Иначе этот вопрос решается в публикациях МТП, проводящих различие между гарантией и резервным аккредитивом. Учитывая, что обычная практика и процедуры, связанные с платежами по резервному аккредитиву (т.е. подтверждение, выдача их банком за свой счет, представление документов иному банку, чем банк-эмитент), аналогичны тем, которые используются при расчетах с документарного аккредитива, в Унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов в редакции 2006 г. (публикация МТП № 600) прямо предусмотрено, что на резервные аккредитивы распространяются правила, установленные для любого документарного аккредитива. Данное указание, в частности, должно приниматься во внимание при решении вопроса, каким документом, принятым МТП, следует руководствоваться при использовании резервного аккредитива — Унифицированными правилами для гарантий по требованию 1992 г. (публикация МТП № 458) или Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов (публикация МТП № 600).

конструктивные решения данного вопроса в настоящее время отсутствуют. Не решен вопрос о недобросовестном поведении бенефициара и в Унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов в редакции 2006 г. (публикация МТП № 600), распространяющих свое действие на резервный аккредитив.

Решение проблемы злоупотреблений при использовании банковской гарантии и аккредитива, как правило, отсутствует и в национальных законодательствах, в том числе в законодательстве России, явившейся одной из немногих стран, право которых содержит специальное регулирование гарантии по требованию и документарного аккредитива, опирающееся на международный опыт. При рассмотрении исковых требований, вытекающих из международных гарантийных обязательств, в тех случаях, когда подлежало применению российское право, возникала необходимость обратиться к общему положению ст. 10 ГК РФ о злоупотреблении правом, что отражает практику рассмотрения судами подобных споров в других странах¹.

В зарубежной литературе на основе обобщения практики стран общего права назывались основания, по которым при решении вопроса, выплачивать ли денежные суммы бенефициару, применение принципа «абстрактности» гарантии (резервного аккредитива) могло бы ограничиваться. В частности, указывалось, что гарант (банк) либо банк-эмитент (при расчетах по резервному аккредитиву) могут освобождаться от выплат недобросовестному бенефициару в случае незаконности, недействительности, невыполнения либо прекращения основного обязательства, отсутствия полномочий на получение платежа в связи с введением ограничительной торговой практики².



Основанием для отказа в платеже также признавалось мошенничество, обнаруженное до обращения бенефициара в банк, которое

¹ См.: Информационное письмо ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29 «Обзор судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц» (ВАС РФ. 1998. № 4. С. 41).

В Англии и США подобного рода споры решались на основе правил об обмане (*fraud*), в Германии и Франции — на основе правил о злоупотреблении правом. См.: Рубанов А.А. Указ. соч. С. 57; Horn N., Wymeersch E. Bank Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade // The Law of International Trade Finance. 1989. P. 455–529.

² Agasha Mugasha. Enjoining the Beneficiary's Claim on a Letter of Credit or Bank Guarantee // The Journal of business Law. September. 2004. P. 515.

было расценено как «отсутствие прав бенефициара на получение платежа». Например, при рассмотрении дела по иску *Contronic Distributors Pty Ltd & Bank of New South Wales* австралийский суд признал неправомерным представление бенефициаром документов для получения платежа, поскольку бенефициар заведомо знал, что документы были поддельными и это было установлено до их предъявления банку¹.

Вместе с тем в виде общего вывода во всех случаях признавалось, что при возникновении проблемы защиты гаранта (эмитента) от мошенничества со стороны недобросовестного бенефициара следует применять принцип автономии (абстрактности) гарантии либо резервного аккредитива по отношению к основной сделке, исходя из того, что роль гаранта (эмитента) по обязательствам из независимых гарантий сводится к «осуществлению платежа, а не проведению расследования».

Одна из основных целей Конвенции о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995 г. состояла в том, чтобы обеспечить на международном уровне единообразный подход в «реагировании» гарантов (эмитентов) и судов на предполагаемое мошенничество или злоупотребления при предъявлении требований платежей на основании независимых гарантий и резервных аккредитивов. В ней предпринята попытка устранить существующую проблему злоупотреблений путем установления специальных правовых мер материально-правового и процессуального характера с использованием заложенных в Единообразном торговом кодексе США подходов, предусмотренных в разделе, посвященном документарным аккредитивным операциям (ст. 5–109). Так, при квалификации действий бенефициара как «мошенничество» или «злоупотребление правом» предусматривается вынесение судом временных судебных приказов (*injunctions*), имеющих целью приостановление гарантом платежа либо блокирование сумм, уже выплаченных бенефициару. Производство для принятия этих мер возбуждается по инициативе принципала по основаниям, предоставляющим гаранту право приостановить платеж, учитывая при этом, что отсутствие такого приказа может привести к возникновению у принципала серьезных потерь

¹ *Agasha Mugasha*, Op. cit. P. 515.

(п. 1 ст. 20 Конвенции о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995 г.).

В качестве оснований, по которым платеж может быть приостановлен гарантом, названы обстоятельства, при которых «совершенно очевидно, что:

- а) какой-либо документ не является подлинным или был подделан;
- б) платеж не подлежит выплате по основаниям, указанным в требовании и дополнительных документах; или
- с) с учетом цели обязательства для требования не имеется достаточных оснований» (п. 1 ст. 19).

При этом «требование не имеет достаточных оснований»: если не наступили обстоятельства, с которыми связывалось обеспечение обязательства; «основное обязательство объявлено недействительным судом или арбитражем»; «основное обязательство было исполнено удовлетворительным для бенефициара образом»; «исполнению основного обязательства явно воспрепятствовало умышленное неправомерное поведение бенефициара» (п. 2 ст. 19 Конвенции).

В связи с рассмотрением указанных положений в литературе отмечалось, что предпринятая в Конвенции попытка защитить интересы гаранта от недобросовестных действий бенефициара путем обращения в суд для решения вопроса о запрещении платежа либо осуществления его выплаты фактически означает сужение сферы применения независимых гарантий (гарантий по требованию) в пользу условных гарантий¹. Вместе с тем, принимая во внимание, что изучение обстоятельств по основной сделке в связи с допущенным злоупотреблением при выплате суммы гарантии (аккредитива) относится к компетенции суда, а не гаранта (эмитента) по гарантийному обязательству, такое «сужение» в пользу условных гарантий, по-видимому, является неизбежным.

При разработке проекта конвенции о независимых гарантиях и резервных аккредитивах можно было предвидеть, что не все ее положения окажутся приемлемыми для стран с различными правовыми системами. В частности, это относится к институту судебного приказа (*injunction*), известному странам англо-американской системы права. Учитывая это, Конвенция не ставила своей целью заменить

¹ См.: Gorton L. Op. cit. P. 249.

национальные правовые нормы, о чем свидетельствуют положения, предоставляющие возможность коммерческим участникам в обязательстве исключить ее применение (пп. *б* п. 1 ст. 1).

С другой стороны, задачей Конвенции явилось создание правовой основы, обеспечивающей свободу выбора сторонами согласованных правил международной банковской практики, касающихся использования гарантии и резервного аккредитива.

Пункт 1 ст. 13 Конвенции сформулирован таким образом, чтобы ориентировать гаранта (эмитента) или бенефициара на применение к их правам и обязанностям установленных в обязательстве «конкретно упомянутых в нем правил, общих условий или обычаев». В частности, это подразумевает использование документов, принятых МТП, — Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов в редакции 2006 г., Унифицированных правил для гарантий по требованию 1992 г. и др.

Необходимость гибкой увязки Конвенции с обычаями и стандартами коммерческой практики — «общепризнанными стандартами международной практики независимых гарантий и резервных аккредитивов» также неоднократно отмечается по тексту Конвенции (ст. 5, 14, 16).

Для решения вопросов, не охваченных Конвенцией о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995 г., в нее включена гл. VI «Коллизия норм права», образующая субсидиарный статут регулируемых отношений. Так, в ст. 22 Конвенции предусматривается, что в отсутствие выбора права между гарантом, эмитентом и бенефициаром к обязательству подлежит применению право государства, «где находится коммерческое предприятие гаранта/эмитента, в котором обязательство было выдано».

§ 3. Законодательство России и других стран СНГ о международной банковской гарантии

В соответствии с российскими коллизионными нормами право, подлежащее применению к банковской гарантии, определяется на основании общего правила ст. 1217 ГК РФ о выборе права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим из односторонних сделок. Содержащаяся в этом правиле коллизионная привязка отсылает к праву страны, где находится место жительства или основ-

ных нормах гражданских кодексов ряда стран СНГ, посвященных обязательствам, вытекающим из односторонних сделок [см., например, ст. 1288 Гражданского кодекса Армении, ст. 1116 Гражданского кодекса Казахстана, ст. 1128 Гражданского кодекса Белоруссии, ст. 1609 (2) Гражданского кодекса Республики Молдова].

Коллизионному праву стран СНГ известны и другие решения. Так, согласно ст. 1223 Гражданского кодекса Республики Таджикистан право, применимое к обязательствам, возникающим из односторонних сделок, определяется правом страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке.

Согласно общему положению ст. 32 (п. 2) Закона Украины о международном частном праве при отсутствии выбора права к содержанию сделки применяется право, имеющее наиболее тесную связь со сделкой, в частности, право, государства, в которой сторона, которая должна осуществить выполнение, имеющее решающее значение для содержания сделки, имеет свое место жительства или местонахождение.

Контрольные вопросы

1. Что понимается под международной банковской гарантией?
2. Какие виды банковской гарантии используются во внешнеэкономической деятельности?
3. В чем заключаются особенности правового регулирования международной банковской гарантии?

Рекомендуемая литература

1. *Аванесова Г.* Банковские гарантии в международной торговле // *Хозяйство и право*. 1998. № 9.
2. *Бирюкова Л.А.* Банковские гарантии. Теория и практика. М., 2004.
3. *Ерпылева Н.Ю.* Международное банковское право: учеб. пособие. М., 2004.
4. *Михайлов Д.М.* Международные расчеты и гарантии. М., 2008.
5. *Рубанов А.А.* Международная унификация правил о банковской гарантии и Гражданский кодекс России // *Хозяйство и право*. 2000. № 5.
6. *Шмиттгофф К.* Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993.

Глава 18

Внедоговорные обязательства

§ 1. Коллизионные вопросы обязательств вследствие причинения вреда (общие вопросы). Регулирование в зарубежном праве

Коллизии законов в области обязательств вследствие причинения вреда (*délits, unerlaubte Handlungen, torts*) решаются обычно исходя из первенствующего значения одного из старейших начал международного частного права — закона места совершения деликта (*lex loci delicti commissi*)¹.

Выбор права места деликта в качестве ведущей коллизионной нормы закреплен в законодательстве ряда стран (Австрия, Великобритания, Венгрия, Вьетнам, Германия, Греция, Испания, Италия, Куба, Лихтенштейн, Монголия, Польша, Румыния, Тунис, канадская провинция Квебек и др.), судебной практике (Франция, Скандинавские страны), в международных договорах (Кодекс Бустаманте).

Следует этому началу Модель ГК для стран СНГ, гражданские кодексы Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Узбекистана, законы Азербайджана и Украины о международном частном праве.

Закон Грузии о международном частном праве подчиняет обязанность возмещения вреда, прежде всего, праву страны, более бла-

¹ См.: Луиц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002; Луиц Л.А., Маришева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: учебник. М., 1984. С. 213–222; Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2004. С. 330–349.

гоприятному для потерпевшего, предусматривая также обращение к праву страны, где имели место действие или обстоятельства, служащие основанием для требования о возмещении вреда, к праву страны, где был причинен вред интересу, защищенному правом, и к некоторым иным правовым системам.

В приверженности принципу *lex loci delicti* последовательна судебная практика Франции, позиция которой сложилась на основе расширительного толкования абз. 1 ст. 3 Французского гражданского кодекса: «Законы, касающиеся благоустройства и безопасности, обязательны для всех, кто проживает на территории [Франции]»¹. Включая в состав таких предписаний правовоположения о деликтах, доктрина и практика выводят из данной нормы двустороннее коллизионное правило — *lex loci delicti*.

Будучи распространенной, привязка к закону места совершения деликта тем не менее встречает возражения, которые сводятся главным образом к критике ее «жесткости», затрудняющей поиск справедливого в каждом отдельном случае решения. Не будет преувеличением заметить, что в последние десятилетия произошла основательная переоценка классического начала: отношение к нему в доктрине и практике колеблется от безусловного признания до существенного ограничения или даже вытеснения новыми, «гибкими» коллизионными формулами.

Проявлением современных подходов стали:

- комбинированное применение закона места совершения деликта и иных коллизионных правил, отсылающих к законам гражданства, domicilia сторон, места регистрации транспортного средства и др.;
- построение системы коллизионных норм, рассчитанных на отдельные виды правонарушений;
- привязка деликтного отношения к праву страны, с которой это отношение имеет наиболее тесную связь.

Эти тенденции прослеживаются в развитии зарубежного законодательства, в международной договорной практике.

¹ См.: Французский гражданский кодекс 1804 г. / пер. И.С. Перетерского. М., 1941; Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: сборник нормативных актов. М., 1986. С. 19.

Распространение получили *исключения из правила*, отсылающего к закону места совершения деликта, предназначенные для коллизионного регулирования ответственности за вред, причиняемый:

- дорожно-транспортными происшествиями;
- недобросовестной конкуренцией;
- недостатками товара;
- посягательствами на честь и достоинство.

Ограничение применения закона места совершения деликта в пользу общего личного закона сторон обязательства, кажется, прочно вошло в практику.

Закон о международном частном праве Швейцарии в случаях, когда причинитель вреда и потерпевший имеют обычное местопребывание в одной и той же стране, подчиняет требования из причинения вреда праву этой страны. В отсутствие общего местопребывания сторон требования из причинения вреда регулируются правом страны, в которой было совершено действие, причинившее вред. Но если такое действие повлекло наступление вредных последствий в другой стране и причинитель вреда должен был предвидеть это, применяется право страны, где наступили вредные последствия.

В поисках унифицированного решения, снимающего проблемы, вызываемые рассредоточением отдельных компонентов деликтных обязательств по разным странам, разработчики Регламента Евросоюза о праве, применимом к внедоговорным обязательствам, избрали в качестве общего начала *принцип связи с правом страны, где причинен прямой ущерб (lex loci damni)*.

Коллизионные вопросы правонарушений (*torts*) — одна из ветвей коллизионного права США, претерпевших наиболее значительные изменения в своем развитии. Если первый Свод законов о конфликте законов (1934) исходил из определяющего значения закона места совершения правонарушения, то второй Свод (1971), по существу, закрепил результаты глубокой ревизии взглядов в этой области, признав главенствующей *привязку к праву, имеющему наиболее существенную связь с происшествием и со сторонами*. Для определения этого права принимаются во внимание перечисляемые в Своде принципы, а также учитываются обстоятельства, которые включают: место причинения вреда, место, где было совершено действие, причинившее вред; domicilio, место пребывания, гражданство, место инкорпорации, место осуществления коммерческой деятельности сторон; место локализации их взаимоотношений.



Линия на переоценку значения коллизионного начала «закон места совершения деликта», наиболее ярко проявившаяся в решениях апелляционного суда штата Нью-Йорк (дело *Babcock v Jackson*), была продолжена судами других штатов. Многие штаты отказывались следовать этому началу, демонстрируя солидарность с идеями «отцов революции» в американском коллизионном праве — Б. Карри, Д. Каверса, У. Риза, Р. Лефлара и, прежде всего, с выдвинутой Б. Карри теорией «анализа правительственного интереса» (*Governmental Interest analysis*). Подразделяя межштатные коллизии на «действительные» (в случаях, когда более чем один штат заинтересован в применении своего права) и «мнимые» (в отсутствие такой заинтересованности), суды обращались, соответственно, к праву заинтересованного штата либо к праву суда.

К 2000 г. число штатов, следовавших традиционному началу *lex loci delicti*, еще более сократилось. К этому времени суды в 39 штатах и федеральном округе Колумбия придерживались методологии выбора применимого к *torts* права, принимающей во внимание *содержание и цели законов* тех штатов, с которыми стороны и обязательственное отношение были связаны¹.

С 1 января 1992 г. в Луизиане вступил в силу Закон о международном частном праве, 36 статей которого были включены в Гражданский кодекс Луизианы, из них семь составили главу, посвященную деликтным и квазиделиктным обязательствам (ст. 3542–3548). Общее коллизионное правило для таких обязательств сформулировано в ст. 3542: поскольку иное не предусмотрено в титуле VII «Деликтные и квазиделиктные обязательства», вопросы таких обязательств подчиняются праву штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к соответствующему вопросу².

¹ См.: *Conflict of Laws*. Eleventh edition / by P. Hay, P.I. Weintraub, P.S. Borchers. N.Y. Foundation Press. 2000. P. 528; *Symeonides Symeon C.* Choice of Law in the American Courts in 2000: As the Centre Turns // *The American Journal of Comparative Law*. Vol. XLIX. 2001. № 1.

² См.: *Symeonides Symeon C.* Louisiana's New Law of Choice of Law for Tort Conflicts: An Exegesis. Reprinted from «*Tulane Law Review*», 1992. Vol. 66. № 4; *Международное частное право: иностранное законодательство* / предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000. С. 547.

Критерий наиболее существенной, *тесной связи* применимого права с фактическим составом правонарушения был воспринят в ряде европейских и других стран. Закон о международном частном праве Австрии, подчиняя требования о возмещении вреда праву страны, где было совершено действие, повлекшее вред, признает, однако, определяющим право другой, общей для сторон, страны, если стороны связаны с ним в большей степени. Имеется в виду, прежде всего, право страны общего места жительства, общего гражданства.

При оценке последствий правонарушения, совершенного за рубежом, *закону места деликта нередко противопоставляется закон суда*. Обращение к закону суда наиболее характерно для ситуаций, когда действие или иное обстоятельство, образующее за рубежом основание для возмещения вреда, по закону суда не признается деликтом. Так, венгерский суд не вправе установить ответственность за такое поведение, которое по венгерскому закону не является противоправным.

В недавнем прошлом, когда говорили о правовых системах, в которых отношение между *lex loci delicti* и *lex fori* было как бы перевернуто (вместо того чтобы исходить из иностранного права и ограничивать его применение в определенной степени путем влияния закона суда, применялся этот последний, но притом известное влияние предоставлялось *lex loci delicti*)¹, то имели в виду, прежде всего, английское право.

Следующее правило, основанное на прецедентах почти вековой давности, раскрывало отношение английской судебной практики к *lex loci delicti*: действие, совершенное в зарубежной стране, считалось правонарушением (*tort*) и порождало право на иск в Англии, лишь если оно признавалось, во-первых, *actionable* по английскому праву (или, другими словами, произойди оно в Англии, рассматривалось бы здесь как *tort*) и, во-вторых, «неоправдываемым» (*not justifiable*) согласно праву зарубежной страны, где оно было совершено. Если эти условия соблюдались, подлежало применению английское право, а не право места совершения правонарушения.

Требование *actionability*, впервые сформулированное в 1868 г., было воспринято судами Австралии и Канады. Что касается условия *not justifiable*, то оно получило различную интерпретацию не только

¹ См.: Вольф М. Международное частное право. М., 1948. С. 518.

сы, связанные с определением места деликта, решаются в зарубежных правовых системах по-разному.

Венгерский закон ставит вопрос о выборе между законом страны, где было совершено действие, причинившее вред, и законом страны, на территории которой вред наступил, в зависимости от интересов потерпевшего.

Германский закон подчиняет требование из недозволенного действия праву государства, в котором действовало обязанное предоставить возмещение лицо. Но потерпевшему предоставляется право потребовать, чтобы вместо этого права применялось право государства, в котором наступил результат действия. Право выбора может быть осуществлено только в первой инстанции до конца самого первого заседания или до конца предварительного письменного производства.

В Австрии предпочтение отдается праву места совершения деликта, а в Швейцарии — праву места наступления вредных последствий, если причинитель вреда должен был предвидеть проявления их в этом месте.

Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 11 июля 2007 г. № 864/2007 «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам» («Рим II») исходит, как отмечалось, из принципа связи с правом страны, где причинен прямой ущерб (*lex loci damni*), устанавливая справедливый баланс между интересами причинителя вреда и потерпевшего. Общее правило о праве, применяемом к внедоговорным обязательствам, возникающим на основании деликта, отсылает к праву страны, на территории которой причинен ущерб (*damage occurs*), независимо от права страны, на территории которой событие, послужившее основанием для возникновения ущерба, имело место, а также независимо от права страны, на территории которой проявились косвенные последствия вредоносного события. Но если причинитель вреда и потерпевший имели обычное место пребывания на территории одной и той же страны в момент причинения ущерба, применяется право этой страны.

Когда из совокупности всех обстоятельств дела явно следует, что деликт наиболее тесно связан со страной иной, чем указано выше, то применяется право этой страны. Наиболее тесную связь с другой страной определяют, в частности, сложившиеся ранее отношения между сторонами, например контрактные отношения, тесно связанные с деликтными по существу.

§ 2. Коллизионные вопросы обязательств вследствие причинения вреда в законодательстве Российской Федерации

1. Статья 1219 ГК РФ, как и ст. 167 Основ ГЗ 1991 г., определяя право, применяемое к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, признает ведущую роль в этой области «**закона места совершения деликта**». Но п. 1 ст. 1219 ГК РФ выражает приверженность классическому коллизионному началу иначе, чем это было предусмотрено в Основах ГЗ 1991 г. Различие между п. 1 ст. 1219 ГК РФ и ч. 1 ст. 167 Основ проявилось в определении понятия *locus delicti*. Если ч. 1 ст. 167 Основ ГЗ 1991 г. предписывала применять к обязательству, возникающему вследствие причинения вреда, право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для требования о возмещении вреда, и, следовательно, не исключала различий в толковании понятия «место деликта», то ст. 1219 ГК РФ, снимая сомнения, прямо допускает в случае, когда в результате такого действия или иного обстоятельства вред наступил в другой стране, применение права этой страны. Но обращение к праву «другой страны» возможно, лишь если причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в данной стране. Подходы к выбору в таких ситуациях применимого права, сложившиеся в зарубежной практике, принимают во внимание интересы потерпевшего.

Известная законодательству ряда зарубежных стран тенденция подчинять деликтные обязательства общему для сторон правопорядку (закону страны их общего гражданства, общего места жительства) нашла отражение в п. 2 ст. 1219 ГК РФ, хотя и в ограниченных пределах: речь идет об обязательствах, возникающих вследствие причинения вреда *за границей*. К таким обязательствам, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны, подлежит применению право этой страны. Если же стороны такого обязательства не являются гражданами одной и той же страны, но имеют место жительства в одной и той же стране, применяется ее право. В ч. 2 ст. 167 Основ ГЗ 1991 г. соответствующее исключение из «закона места совершения деликта» было ограничено ситуациями, когда стороны возникшего за границей деликтного обязательства были «советскими гражданами и юридическими лицами» и применимым в этих случаях считалось «советское право».

Правило п. 3 ст. 1219 ГК РФ являет собой редкий пример *обращения к автономии воли сторон для решения коллизионного вопроса за рамками договорных обязательств*. Сторонам разрешается договориться о применении к деликтному обязательству права страны суда после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда. Как видно, выбор сторонами применимого права, призванного определить статут обязательства вследствие причинения вреда, ограничен:

- 1) он может быть произведен лишь после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда;
- 2) применимым правом может быть только право страны суда, в отношении которого осуществляется выбор.

Соответствующая норма предусмотрена в Федеральном законе Швейцарии о международном частном праве, согласно которому стороны могут в любое время после вредоносного события договориться о применении права страны суда.

Содержание иностранного закона, если к нему отсылает правило ст. 1219 ГК РФ (в случае, например, причинения вреда российским автотуристом иностранному гражданину в результате автомобильной аварии за рубежом), устанавливается при рассмотрении дела российским судом исходя из официального толкования, практики применения и доктрины в соответствующем иностранном государстве, т.е. на основе положений ст. 1191 ГК РФ.

Согласно Основам ГЗ 1991 г. иностранный закон не подлежал применению, если действие или иное обстоятельство, служившие основанием для требования о возмещении вреда, по советскому законодательству не являлись противоправными (ч. 3 ст. 167). Раздел VI ГК РФ отказался от воспроизведения соответствующей нормы. В прошлом она предопределяла неприменение норм иностранного права о возмещении морального ущерба. С введением в российское законодательство правила о возмещении морального вреда (см. ст. 131 Основ ГЗ 1991 г.) возражения такого рода отпали.

В Модели ГК для стран СНГ права и обязанности сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда за границей, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одного и того же государства, определяются по праву этого государства. Соответствующее правило предусмотрено в гражданских кодексах Армении, Белоруссии, Киргизии, Узбекистана. В Модели

применении к этим отношениям правил, установленных гл. XVIII КТМ РФ «Ответственность за ущерб от загрязнения с судов нефтью». Правила охватывают:

- основания ответственности собственника судна, его освобождения от ответственности;
- значение умысла или грубой неосторожности потерпевшего;
- вопросы солидарной ответственности собственников двух или более судов;
- ограничение ответственности собственника судна;
- утрату права на ограничение ответственности;
- создание фонда ограничения ответственности, страхования или иного финансового обеспечения ответственности;
- порядок предъявления иска о возмещении ущерба от загрязнения.

Правила гл. XVIII применяются к ущербу от загрязнения с судов нефтью, причиненному на территории Российской Федерации, в том числе в территориальном море, а также в исключительной экономической зоне России, равно как и к предупредительным мерам по предотвращению или уменьшению такого ущерба, где бы они ни принимались.

Односторонний характер имеет и коллизийная норма, раскрывающая сферу применения правил, установленных гл. XIX КТМ РФ «Ответственность за ущерб в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ». Пределы действия этих правил, рассчитанных на отношения, возникающие из причинения ущерба в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ, «очерчены» следующим образом. Они применяются:

- к любому ущербу, причиненному на территории Российской Федерации, в том числе в территориальном море;
- к ущербу от загрязнения окружающей среды, причиненному в исключительной экономической зоне Российской Федерации;
- к ущербу иному, чем ущерб от загрязнения окружающей среды, причиненному за пределами территории Российской Федерации, в том числе территориального моря, если такой ущерб причинен опасными и вредными веществами, перевозимыми на борту судна, плавающего под Государственным флагом РФ;

мер, вьетнамскими гражданами, по вьетнамскому праву, а не по праву места совершения деликта, как можно заключить из п. 1 ст. 1219 ГК РФ. В этом случае в соответствии с принципом приоритета применения международного договора надлежит руководствоваться нормой соответствующего договора о правовой помощи.

В *Минской конвенции 1993 г.* коллизионные нормы, относящиеся к возмещению внедоговорного вреда, изложены с учетом международно-правовой практики бывшего Союза ССР в соответствующей области. Обязательства о возмещении вреда, кроме вытекающих из договоров и других правомерных действий, определяются по законодательству Стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда (п. 1 ст. 42 Конвенции). Если причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одной Стороны, применяется законодательство этой Стороны (п. 2 ст. 42). По делам, упомянутым в п. 1 и 2 ст. 42, компетентен суд Стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Потерпевший может предъявить иск также в суде Стороны, на территории которой имеет место жительства ответчик (п. 3 ст. 42).

Правила применения гражданского законодательства одного государства — участника СНГ на территории другого государства — участника СНГ, изложенные в *Киевском соглашении 1992 г.* (ст. 11), не предусматривают в отличие от п. 2 ст. 42 Минской конвенции 1993 г. отсылки к законодательству страны, являющемуся общим для причинителя вреда и потерпевшего, и подчиняют в целом права и обязанности сторон по деликтным обязательствам законодательству страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Вместе с тем в ст. 11 Киевского соглашения 1992 г. закреплено правило, исключающее применение законодательства страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда, если это действие или иное обстоятельство не является противоправным по законодательству места рассмотрения спора.

Для судебной практики по применению в соответствии с указанным Киевским соглашением 1992 г. «закона места совершения деликта» характерны следующие примеры.



В Арбитражный суд РФ поступило исковое заявление белорусского акционерного общества о возмещении вреда, причиненного легковому автомобилю. Вред был причинен грузовиком-трейлером, принадлежавшим российскому обществу с ограниченной ответственностью. Причиной дорожно-транспортного происшествия, как это было установлено дорожно-патрульной службой ГАИ, послужила неисправность рулевого управления грузовика. Дорожно-транспортное происшествие имело место на территории Белоруссии. Виновником аварии согласно справке дорожно-патрульной службы ГАИ был признан водитель транспортного средства, принадлежавшего российскому обществу. Истец требовал возмещения ущерба, причиненного в результате дорожно-транспортного происшествия, в размере затрат на ремонт автомобиля. Смета расходов на осуществление ремонтных работ прилагалась к исковому заявлению. Исковые требования истец основывал на нормах, содержащихся в ГК РФ.

При рассмотрении спора о возмещении вреда арбитражный суд учитывал следующие обстоятельства: обязательства о возмещении вреда возникли из внедоговорных отношений между участниками, предприятия которых находятся в разных государствах, т.е. таких отношений, которые можно охарактеризовать как внешнеэкономические в сфере хозяйственной деятельности; Российская Федерация и Республика Беларусь являются участниками Киевского соглашения 1992 г., в котором имеются коллизионные нормы о порядке определения прав и обязанностей сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда; согласно п. «ж» ст. 11 Соглашения «права и обязанности Сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по законодательству государства, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда».

Дорожно-транспортное происшествие произошло в Белоруссии, что определило выбор белорусского права в качестве применимого судом. Арбитражный суд при разрешении данного спора выбрал применимое право на основе коллизионной нормы, содержащейся в международном договоре — Соглашении 1992 г.

В случае отсутствия между государствами спорящих сторон международного договора арбитражный суд для определения применимого к отношениям сторон права обращается к коллизионным нормам российского законодательства (из Обзора судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием

иностранцев: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29¹).

В отношениях между Россией и Азербайджаном, Грузией, Киргизией, Латвией, Литвой, Молдавией, Эстонией, заключившими двусторонние договоры о правовой помощи и многостороннюю Минскую конвенцию 1993 г., нормы двусторонних договоров имеют значение *lex specialis*. Положения двусторонних договоров и Конвенции, относящиеся к возмещению вреда, содержат отличия. Правило о применении к обязательствам из причинения вреда законодательства Стороны, гражданами которой являются причинитель вреда и потерпевший (п. 2 ст. 42 Минской конвенции 1993 г.), уступило в данных двусторонних договорах место иному началу: если причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одной Стороны, применяется законодательство Стороны, в суд которой подано заявление.

Договор между Российской Федерацией и Республикой Казахстан о правовом статусе граждан Российской Федерации, постоянно проживающих на территории Республики Казахстан, и граждан Республики Казахстан, постоянно проживающих на территории Российской Федерации, 1995 г.² (ст. 11) подчиняет обязательства по возмещению вреда в случае, когда причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одной и той же Стороны, постоянно проживающими на территории другой Стороны, законодательству Стороны проживания. Исключение составляют случаи, когда действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда, имевшего место в Стороне гражданства, определяется по законодательству Стороны гражданства.

2. С развитием международного обмена, расширением сферы использования объектов, являющихся **источниками повышенной опасности**, возникли проблемы регулирования деликтной ответственности, которые не могут быть решены усилиями отдельных государств на основе традиционных гражданско-правовых институтов. «Интернационализация» деликтных отношений, огромные убытки, которые причиняют аварии, связанные с использованием некото-

¹ Вестник ВАС РФ. 1998. № 4. С. 46, 47.

² СЗ РФ. 1997. № 34. Ст. 3950.

По Конвенции 1992 г. собственник морского судна не отвечает за ущерб от загрязнения, если докажет, что ущерб явился результатом военных или тому подобных действий, или стихийного явления, исключительного по своему характеру, неизбежного и непреодолимого, или виновного поведения третьих лиц, либо неправомерного действия властей.

По Конвенции 1952 г. любое лицо, которое должно нести ответственность, освобождается от нее, если ущерб стал прямым следствием вооруженного конфликта или гражданских волнений, либо если такое лицо было лишено возможности использовать воздушное судно в силу акта государственной власти.

Вместе с тем конвенции освобождают собственника морского судна и эксплуатанта воздушного судна от ответственности за ущерб, причиненный виновным поведением потерпевшего.

Каждая Конвенция определяет меры обеспечительного характера для покрытия ущерба, включая страхование ответственности, предоставление банковских гарантий и проч., и обязанности по их осуществлению как собственниками морских судов (эксплуатантами воздушных судов), так и государствами, являющимися участниками указанных конвенций.

3. Гражданско-правовую ответственность за ядерный ущерб регламентируют *Парижская конвенция об ответственности перед третьей стороной в области ядерной энергии 1960 г.*, *Брюссельская конвенция об ответственности операторов ядерных судов 1962 г.*¹, *Брюссельская дополнительная конвенция 1963 г.*, *Венская конвенция о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 г.*², *Конвенция о гражданской ответственности в области морских перевозок ядерных материалов 1971 г.*

Основу правового режима, установленного этими конвенциями, составляют как общие начала деликтной ответственности, так и начала, специфические для возмещения ядерного ущерба.

К особенностям гражданско-правовой ответственности за ядерный ущерб относят:

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² Российская Федерация ратифицировала Венскую конвенцию о гражданской ответственности за ядерный ущерб (см.: Федеральный закон от 21 марта 2005 г. № 23-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 13. Ст. 1081).

ствам вследствие причинения вреда, в определении права, подлежащего применению к внедоговорным обязательствам, участвуют нормы ст. 1221 («Право, подлежащее применению к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги»); ст. 1222 («Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции»); ст. 1223 («Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения»). Впервые в отечественное коллизионное законодательство введено общее правило, определяющее право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим из односторонних сделок (ст. 1217).

2. Преодоление коллизионной проблемы для определения **ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги** (ст. 1221), связано с предоставлением потерпевшему возможности *выбора между правовыми системами*, одна из которых действует в стране, где имеет место жительства или основное место деятельности продавца или изготовителя товара либо иной причинитель вреда, другая — в стране, где находится место жительства или основное место деятельности потерпевшего, третья — в стране, в которой была выполнена работа, оказана услуга или приобретен товар.

Закрепление за потерпевшим возможности указанного выбора повышаст уровень его правовой защищенности, создаст дополнительные гарантии справедливого решения коллизионной проблемы. Достижению этой последней цели служит также указание на то, что выбор потерпевшим права страны, где он имеет место жительства или основное место деятельности, а равно права страны, где была выполнена работа, оказана услуга или был приобретен товар, может быть признан только в случае, если причинитель вреда не докажет, что товар поступил в соответствующую страну без его согласия.

Потерпевший может и не воспользоваться предоставленным ему правом выбора, и тогда коллизионная проблема решается по правилам ст. 1219 ГК РФ, определяющей право, применимое к обязательствам вследствие причинения вреда. Правила ст. 1221 ГК РФ применяются и к требованиям о возмещении вреда, причиненного вследствие недостоверной или недостаточной информации о товаре, работе или об услуге.

3. Конституцией РФ (ч. 2 ст. 34) не допускается экономическая деятельность, направленная на **монополизацию и недобросовестную конкуренцию**. В Федеральном законе «О защите конкуренции» опре-

дится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке. Выбор указанных коллизионных начал для установления статута односторонней сделки подсказан самой природой такой сделки: односторонняя сделка создает обязанности для лица, совершившего сделку; она может создавать обязанности для других лиц лишь в случаях, установленных законом либо соглашением с этими лицами (ст. 155 ГК РФ).

Следует обратить внимание на то, что законодатель, определяя право, в соответствии с которым формируется обязательство по односторонней сделке, *отказался от использования привязки к праву места совершения сделки* (Основы ГЗ 1991 г. обращались к данной привязке для определения прав и обязанностей по сделке, не исключая одностороннюю сделку). Следование праву места совершения сделки, способное привести при решении коллизионной проблемы к случайному результату, может, тем не менее, вытекать из условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела и быть в этом случае, как того требует ч. 1 ст. 1217 ГК РФ, обоснованным.

Указание на «иное», вытекающее из условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела, предполагает, что статут односторонней сделки может быть определен *на основе волеизъявления лица, совершающего сделку*, а в отсутствие такого волеизъявления — *на основе права страны, с которой соответствующее обязательство наиболее тесно связано.* Презюмируемым выражением этого начала и является правило ч. 1 ст. 1217 ГК РФ, отсылающее к праву страны, где находится место жительства или основное место деятельности лица, принимающего на себя обязательство по сделке.

Определение права, подлежащего применению к обязательству, возникающему из односторонней сделки, может зависеть от того, совершается ли такая сделка вне договора или в его рамках, а также от того, порождает ли она обязанности для других лиц (т.е. не только для лица, совершающего сделку). В этих случаях статут обязательства из односторонней сделки может быть вытеснен статутом обязательства из договора или может уступить место праву страны, где возникла соответствующая обязанность другого лица.

В ч. 1 ст. 1217 ГК РФ предусматривается, что «иное» может вытекать из закона. Так, ч. 2 ст. 1217 ГК РФ содержит специальное коллизионное правило, относящееся к сроку действия доверенности

Рекомендуемая литература

1. *Банковский А.В.* Об автономии воли сторон при выборе статута деликтного обязательства // *Государство и право.* 2002. № 3.
2. *Богуславский М.М.* Международное частное право: практикум. М., 2002.
3. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI «Международное частное право». Комментарий и постатейные материалы / отв. ред. Н.И. Марышева.* М., 2004.
4. *Звеков В.П.* Обязательства вследствие причинения вреда в коллизионном праве. М., 2007.
5. *Звеков В.П.* Обязательства из причинения вреда в международном частном праве (некоторые коллизионные вопросы) // *Очерки международного частного права.* М., 1963.
6. *Кабатова Е.В.* Деликты в международном частном праве // *Хозяйство и право.* 2004. № 1.
7. *Канашевский В.А., Толстых В.Л.* Практикум по международному частному праву. М., 2006.
8. *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова.* М., 2002.
9. *Лунц Л.А.* Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002.
10. *Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право: учебник. М., 1984.
11. *Шиминова М.Я.* Участие иностранцев в деликтных обязательствах // *Советская юстиция.* 1969. № 22.

Глава 19

Наследственное право

§ 1. Общие проблемы наследования в международном частном праве

1. В любом обществе отношения по наследованию представляют собой наиболее консервативную сферу гражданского оборота. Будучи тесно связанным со сложившимися в обществе нравственными представлениями, семейными устоями и национальными традициями, наследственное право каждой страны отличается значительным своеобразием и с трудом поддается изменениям. Этим объясняется почти полное отсутствие успехов в международной универсальной унификации норм гражданского права о наследовании и ограничении их унификации на региональном и двустороннем уровнях межгосударственных отношений, в основном коллизионными нормами.

2. Единственным примером универсальной унификации материальных норм наследственного права является принятая в Вашингтоне 26 октября 1973 г. *Конвенция, предусматривающая единообразный закон о форме международного завещания*¹. Конвенция посвящена весьма узкому и в то же время исключительно важному вопросу наследственного права, она вступила в силу 9 февраля 1978 г. В ней

¹ В настоящей главе данные о конвенциях и других международных договорах приведены по СПС «КонсультантПлюс», а об иностранных законах о международном частном праве по кн.: *Международное частное право: иностранное законодательство* / предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов: Исследовательский центр частного права. М., 2001.

участвуют менее 20 государств, в том числе Бельгия, Италия, Канада, Кипр, Ливия, Португалия, Франция. Советский Союз подписал Вашингтонскую конвенцию 17 декабря 1974 г., но впоследствии ее не ратифицировал.

Более удачной оказалась судьба *Конвенции о коллизиях законов, касающихся формы завещательных распоряжений*, которая была одобрена на девятой сессии Гаагской конференции по международному частному праву и принята 5 октября 1961 г. В ней участвуют около 40 государств, в том числе Австралия, Австрия, Англия, Бельгия, Греция, Дания, Испания, Ирландия, Израиль, Нидерланды, Норвегия, Польша, Турция, Швеция, Швейцария, Германия, Финляндия, Франция, Япония. Россия в этой Конвенции не участвует.

Еще одна универсальная конвенция по вопросам наследственного права — *Конвенция относительно международного управления имуществом умерших лиц*, одобренная на 12-й сессии Гаагской конференции по международному частному праву и подписанная 2 октября 1973 г., с трудом вступила в силу 1 июля 1993 г., набрав минимально необходимое число ратификаций. Ее участниками являются Чехия, Португалия и Словакия.

Так и не вступила в силу принятая на 16-й сессии Гаагской конференции по международному частному праву 1 августа 1989 г. подробная *Конвенция о праве, применимом к наследованию имущества умерших*. Для вступления в силу этой Конвенции необходимо участие в ней трех государств — участников Гаагской конференции, из которых Конвенцию пока ратифицировали лишь Нидерланды¹.

3. Значительно более успешной, чем универсальная, является региональная и двусторонняя унификация наследственного права. Однако и она, как уже сказано, ограничивается в основном унификацией коллизионных норм о наследовании, а также установлением некоторых единообразных административных правил охраны наследственного имущества.

Среди региональных унификационных договоров, содержащих в числе других положений и коллизионные нормы наследственного права, наиболее известен Кодекс Бустаманте (Гаванская конвенция) 1928 г. В нем 20 статей (ст. 144—163) посвящены вопросам наследования.

¹ Конвенцию 1989 г. подписали Аргентина, Люксембург, Швейцария.

Но наибольшее число унифицированных норм международного частного права, касающихся наследования, сосредоточено в двусторонних международных договорах — договорах о правовой помощи, консульских конвенциях и др.

4. Примерно в половине *двусторонних договоров Российской Федерации о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам* есть нормы, непосредственно направленные на регламентацию наследственных отношений, осложненных иностранным элементом.

В нескольких договорах — с Грецией, Кипром, Финляндией — нормы о наследовании немногочисленны и касаются лишь предоставления национального режима в этой области и определения права, применимого к форме завещаний. Краткие, хотя и иные положения о наследовании, содержит также договор с Ираком.

Напротив, договоры с государствами бывшего «социалистического лагеря» либо социалистической ориентации (Албанией, Болгарией, КНДР, Кубой, Польшей, Румынией, Чехословакией¹, Югославией²), а также с государствами, образовавшимися на месте республик бывшего СССР (Азербайджаном, Грузией, Киргизией, Латвией, Литвой, Молдавией, Эстонией), содержат целые комплексы норм о наследовании. В их числе унифицированные коллизионные нормы (о праве, применимом к наследованию движимого и к наследованию недвижимого имущества, к форме завещания и др.), материальные нормы наследственного права (об исчислении срока на принятие наследства, о выморочном имуществе и др.), нормы о юрисдикции по наследственным делам, о мерах по охране наследственного имущества и интересов наследников. Подробные нормы о наследовании (в том числе коллизионные) содержатся также в договоре о правовой помощи с Ираном.

Со странами СНГ Россию, помимо упомянутых двусторонних договоров о правовой помощи, связывает Минская конвенция 1993 г., в которой ч. V разд. II (ст. 44–50) посвящена наследованию. Нормы этого раздела по кругу решаемых вопросов сходны с названными правилами большинства двусторонних договоров о правовой помощи, но по содержанию не во всем совпадают с некоторыми из

¹ Действует в отношениях России с Чехией и Словакией.

² В отношениях России со Словенией действует на основании Протокола от 21 октября 2004 г., с Македонией — на основании Протокола от 21 декабря 2005 г.

этих договоров. Минская конвенция 1993 г. не затрагивает положений других международных договоров, участниками которых являются стороны этой Конвенции (ст. 82). Поэтому в случае расхождения правил Минской конвенции 1993 г. с нормами двустороннего договора между ее участниками приоритет имеют нормы этого договора.

Кишиневская конвенция 2002 г., заключенная с целью заменить Минскую конвенцию 1993 г., воспроизводит в ч. V разд. II (ст. 47–53) почти дословно те нормы о наследовании, которые содержатся в Минской конвенции 1993 г. В Кишиневской конвенции участвуют Азербайджан, Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия и Таджикистан. Россия подписала эту Конвенцию, но из-за ее недостатков принципиального характера не ратифицировала¹.

5. Незначительный объем универсальной международной унификации норм о наследовании предопределяет большую роль национального, прежде всего национального коллизионного права в регулировании наследственных отношений.

Коллизионные нормы российского права о наследовании содержатся в ст. 1224 ГК РФ и во многом совпадают с нормами прежнего законодательства (см. ст. 127 Основ ГЗ 1961 г., ст. 567 ГК РСФСР 1964 г. и ст. 169 Основ ГЗ 1991 г.). В то же время все они претерпели изменения по сравнению с прежними нормами, и некоторые из этих изменений существенны (подробнее см. ниже).

6. В области наследования *предоставление иностранцам национального режима* и его обеспечение на деле имеет особое значение. Это связано с существующими в праве ряда стран «изъятиями, направленными на то, чтобы расширить круг случаев применения собственного права, либо установить в вопросах наследования специальные привилегии для собственных граждан, либо умалить права наследования иностранцев...»². В наибольшей мере такие изъятия ущемляют права наследников-иностранцев, живущих за границей, и чаще всего — в отношении наследования ими земли и других природных ресурсов. В принципе, возможность подобных ограничений на-

¹ См. подробнее: *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права / *Исследовательский центр частного права при Президенте РФ*. М., 2010. С. 726–728.

² *Луиц Л.А.* Международное частное право. Особенная часть. 2-е изд. М., 1975. С. 414.

никами (включая решение вопроса о «недостойных» наследниках), о разделе наследства и об ответственности наследников по долгам наследодателя, так и специальных вопросов, касающихся наследования по определенным основаниям — непосредственно на основании закона (по закону), по завещанию, в порядке наследственного договора и т.д. Статутом наследования определяются как общие правила о наследовании имущества вообще, так и специальные правила о наследовании отдельных видов имущества — земли, банковских вкладов, исключительных прав и др.

Если статут наследования определяет регулирование всей совокупности наследственных отношений гражданско-правового характера, имеет место *единство статута наследования*. Чаше, однако, из единого статута делаются изъятия в отношении наследования определенных объектов. Иногда эти исключения бывают настолько существенны, что позволяют говорить о двойственности статутов наследования в праве одного государства.

2. По действующим в России правилам ГК РФ «отношения по наследованию определяются по праву страны, *где наследодатель имел последнее место жительства*» (курсив мой. — А. М.) (п. 1 ст. 1224).

Из этого главного коллизионного принципа в российском праве, в том числе в той же статье ГК, сделаны несколько изъятий, главное из которых касается «наследования недвижимого имущества» (подробнее см. § 3 настоящей главы). Изъятие это позволяет говорить о двойственности (или раздвоении) статута наследования в российском праве. Тем не менее основным коллизионным принципом, распространяющимся на отношения по наследованию не только движимого имущества, но и нематериальных объектов (прав требования к другим лицам, исключительных прав), остается **право страны последнего места жительства наследодателя**.

Таким образом, при определении права, подлежащего применению к отношениям по наследованию на основании коллизионной нормы российского закона, гражданство наследодателя значения не имеет. Но отсылка в формуле прикрепления этой нормы к праву страны, в которой наследодатель имел последнее «место жительства», может в ряде случаев вызвать необходимость квалификации этого понятия. При выборе права, в котором надо искать его квалификацию, следует руководствоваться правилами ст. 1187 ГК РФ, о которых говорилось в гл. 4 учебника. При этом надо иметь в виду, что последнее «место жительства» наследодателя по российскому

права, а также Франции, Румынии. В одних из этих стран законодательство, в других — сложившаяся практика судов стоит на позиции *раздвоения статута наследования*. При этом к наследованию движимого имущества применяется право страны domicilia (или, реже, как, например, в Румынии, — закон гражданства) наследодателя, а к наследованию недвижимости — право той страны, где она находится. Характерны нормы на этот счет одного из последних по времени издания гражданских кодексов — Гражданского кодекса Квебека:

«Наследование движимого имущества регулируется правом последнего domicilia наследодателя, наследование недвижимого имущества регулируется правом места нахождения имущества» (ст. 3098).

Значительным своеобразием отличается решение вопроса о праве, применимом к наследованию, в швейцарском Законе о международном частном праве 1987 г. — одном из новейших и наиболее детальном из законов, посвященных этому предмету. В соответствии с ним «наследство лица, имевшего последний domicilia в Швейцарии, подпадает под действие швейцарского права» (п. 1 ст. 90). Если же последний domicilia лица находился за границей, применимое право определяется по нормам коллизионного права страны его последнего domicilia, однако если это лицо было гражданином Швейцарии, применяется швейцарское право (ст. 91).

§ 3. Особенности наследования недвижимости

1. В изъятие из общего коллизионного принципа регулирования наследственных отношений правом страны последнего места жительства наследодателя (абз. 1 п. 1 ст. 1224 ГК РФ) «наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество...» (выделено мной. — А. М.) (абз. 2 п. 1 ст. 1224).

Эта двусторонняя коллизионная норма представляет собой расширенный и дополненный вариант одностороннего коллизионного правила, существовавшего в отечественном законодательстве с 1961 г. в отношении наследования строений (см. ч. 3 ст. 127 Основ ГЗ 1961 г.) и с 1992 г. — в отношении недвижимого имущества вообще (см. п. 3 ст. 169 Основ ГЗ 1991 г.).

Действующее правило ст. 1224 ГК РФ распространяется на отношения по наследованию *любого недвижимого имущества*, находяще-

гося в России либо за границей. Понятие недвижимости определено в п. 1 ст. 130 ГК РФ и охватывает, прежде всего, землю и «все, что прочно связано с землей».

«Наследование недвижимого имущества», которому посвящена содержащаяся в ст. 1224 коллизионная норма, означает *переход по наследству недвижимого имущества, находившегося в собственности наследодателя*. При этом не имеет значения, на каком правовом основании эта недвижимость стала собственностью наследодателя — была приобретена по договору о ее отчуждении, унаследована, получена в результате обращения на нее взыскания и т.д. Право, регламентирующее наследование недвижимости, определяется на основании п. 1 ст. 1224 даже в тех случаях, когда право собственности на нее приобретено наследодателем на условиях, не исключающих требование о возвращении этого недвижимого имущества его отчуждателю (см., например, п. 2 ст. 599 ГК РФ)¹.

Вместе с тем определение права, которым должно регулироваться наследование иных, чем право собственности, субъективных прав на недвижимость, в том числе и вещных, не подпадает под действие абз. 2 п. 1 ст. 1224, а регулируется общим правилом, установленным в абз. 1 п. 1 этой статьи.

2. Под действие российского права всегда подпадает наследование «недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации». Несмотря на широкую формулировку, эта норма (абз. 2 п. 1 ст. 1224) имеет практическое значение только для такого имущества, которое, хотя и считается «недвижимым», но может, тем не менее, оказаться за границей (подробнее см. ниже, п. 5 настоящего параграфа).

3. Все договоры России о правовой помощи, предусматривающие развернутую регламентацию наследственных отношений (а таких договоров более 20), содержат совпадающие двусторонние коллизионные нормы о наследовании недвижимого имущества. В качестве примера можно сослаться на Договор между Российской Федерацией и Эстонской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, заключен-

¹ Право, на основании которого должен решаться вопрос о правомерности оснований приобретения имущества, входящего в состав наследства, должно определяться по правилам ст. 1206 и 1207 ГК РФ.

ный в 1993 г. и вступивший в силу 19 марта 1995 г., устанавливающий, что «право наследования недвижимого имущества регулируется законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой находится имущество» (п. 2 ст. 42).

Точно такая же унифицированная коллизионная норма содержится и в Минской конвенции 1993 г. (п. 2 ст. 45).

4. Различное решение в коллизионном праве (как в национальном, так и в международных договорах) вопроса о наследовании движимого и недвижимого имущества либо о наследовании «имущества» вообще и о наследовании «недвижимости», как это предусмотрено в российском национальном законе (п. 1 ст. 1224 ГК РФ), рождает проблему квалификации понятий движимого и недвижимого имущества.

В действующем российском праве имеется специальное правило для решения этой проблемы: принадлежность имущества к движимым или недвижимым видам всегда должна определяться *«по праву страны, где это имущество находится»* (п. 2 ст. 1205 ГК РФ). Если имущество находится в России, то решающее значение для того, чтобы признать его недвижимым или движимым, будут иметь правила ст. 130 ГК РФ, определяющие понятие «недвижимые вещи» (недвижимое имущество, недвижимость). Это чрезвычайно важное определение (п. 1 ст. 130) в то же время не исключает того, что «законом к недвижимым вещам может быть отнесено и *иное имущество*». Примером такого «иного» недвижимого имущества является *предприятие*, в состав которого могут входить и инвентарь, и права требования, и т.п., но которое, тем не менее, как имущественный комплекс «признается недвижимостью» (п. 1 ст. 132 ГК РФ).

5. В связи с проблемой квалификации понятия «недвижимость» необходимо помнить, что по российскому праву к недвижимым видам относятся также «подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания и космические объекты».

Поскольку суда и космические объекты по своей природе предназначены для движения, «привязка» их наследования к российскому праву только в зависимости от физического «нахождения в России» в тот или иной момент могла бы привести к совершенно случайным последствиям. Такие объекты следует считать «находящимися в России», *если они внесены в Российской Федерации в соответствующий государственный реестр.*

сии вполне дееспособным, но будет не вправе составить здесь завещание.

Норму о завещательной дееспособности, аналогичную приведенному правилу российского законодательства, содержит Минская конвенция 1993 г. (ст. 47). Однако ни один из двусторонних договоров России о правовой помощи как со странами СНГ, так и с другими государствами не ставит способность завещателя составить, изменить или отменить завещание в зависимость от права страны его domicilio в момент составления завещания. Все эти договоры связывают завещательную дееспособность с законодательством *государства, гражданином которого завещатель является в момент составления завещания* или акта о его отмене («в момент волеизъявления», как сказано в некоторых договорах). При этом в некоторых из них наряду с этой нормой содержится и условие о предоставлении гражданам другого договаривающегося государства национального режима в отношении способности составлять и отменять завещание. Такое сочетание не вполне согласующихся между собой правил есть в договорах с Албанией (ст. 35 и 37), Болгарией (ст. 31 и 34), Венгрией (ст. 36 и 39), Вьетнамом (ст. 38 и 41), КИДР (ст. 35 и 38), Кубой (ст. 34 и 37) и Румынией (ст. 36 и 39).

В договорах России с названными государствами, а также в Договоре с Чехословакией (ст. 42) законом страны гражданства завещателя в момент составления завещания или его отмены определяются также «правовые последствия недостатков волеизъявления», т.е. совершения соответствующего завещательного акта с пороками воли. Это правило существенно отличается от общих коллизионных принципов, применимых к односторонним сделкам (ср. ст. 1217 ГК РФ).

4. Требования к *форме завещания*, предъявляемые законодательством разных стран, различаются не только в деталях, но и (в ряде случаев) принципиально. Если в одних странах (как в России) имеют силу, как правило (за исключением завещаний в чрезвычайных обстоятельствах), лишь завещания, удостоверенные государственными органами или лицами, которых государство уполномочило выполнять эту функцию (публичные завещания) — см. ст. 1125, 1127 ГК РФ, то в других (преимущественно в странах, принадлежащих к англо-американской системе права) допускаются и так называемые частные завещания. Но даже когда речь идет о завещаниях одного типа — например публичных, — трудно найти хотя бы несколько государств, в которых требования к форме завещаний полностью со-

Таким образом, в настоящее время взаимодействие правовых систем государств — участников СНГ в области регулирования наследственных отношений, осложненных иностранным элементом, достигается благодаря не только развернутым положениям Минской конвенции 1993 г., но и унификации национального международного частного права этих государств. Вместе с тем одновременность создания Минской конвенции 1993 г., Модели ГК для стран СНГ и принятия гражданских кодексов в отдельных государствах СНГ привели к некоторым расхождениям унифицированных национальных норм в этой области с положениями Конвенции и Модели.

2. Как в Модели ГК для стран СНГ (ст. 1233), так и в основанных на ней гражданских кодексах Армении (п. 1 ст. 1292), Белоруссии (ст. 1133), Казахстана (ст. 1122), Киргизии (ст. 1206), Таджикистана (ст. 1231), Узбекистана (ст. 1197) основным коллизионным принципом, определяющим право, регулирующее наследственные отношения, является применение «права страны, где наследодатель имел последнее постоянное место жительства» (в кодексах Армении и России — «последнее место жительства»). Территориальным принципом определяется выбор права, применимого к завещательной дееспособности наследодателя, к форме завещания и акта его отмены. При этом завещание (как и акт его отмены) считается действительным с точки зрения формы и тогда, когда она удовлетворяет требованиям права места составления завещательного акта или национального права соответствующего государства.

Эти положения существенно не расходятся ни между собой, ни с Минской конвенцией 1993 г. (п. 1 ст. 45, ст. 47). Вместе с тем между изложенными коллизионными правилами новых гражданских кодексов стран СНГ, с одной стороны, и действующим в России законодательством и Минской конвенцией 1993 г., с другой, есть принципиальное различие в том, что касается определения права, применимого к наследованию по завещанию. Модель ГК для стран СНГ и уже принятые новые кодексы названных государств допускают применение к этим отношениям по выбору завещателя *«права страны, гражданином которой он является»* (курсив мой. — А. М.). Если такой выбор сделан, то правом страны гражданства завещателя определяются и его завещательная дееспособность, и форма сделанного им завещания.

Что касается наследования недвижимого имущества, то и в Модели ГК для стран СНГ (ст. 1234), и в уже принятых кодексах назван-

3. Каков основной коллизионный принцип российского права, с помощью которого определяется право, применимое к наследованию?
4. В чем состоят особенности наследования недвижимости в международном частном праве?
5. Как решается в российском законодательстве вопрос о праве, применимом к форме завещания?

Рекомендуемая литература

1. *Абраменков М.С.* Коллизионно-правовое регулирование наследственных отношений в международном частном праве России // *Наследственное право*. 2008. № 2.
2. *Богуславский М.М.* Международное частное право: учебник для вузов. 5-е изд. / Институт государства и права РАН. М., 2004.
3. *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI: Международное частное право. Комментарий и постатейные материалы* / отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004.
4. *Звеков В.П.* Международное частное право: учебник для вузов. 2-е изд. М., 2004.
5. *Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации* / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова // Исследовательский центр частного права. М., 2002.
6. *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. 2-е изд. М., 1975.
7. *Рубанов А.А.* Заграничные наследства. М., 1975.
8. *Рубанов А.А.* Наследование в международном частном праве. М., 1966.

Глава 20

Коллизионное семейное право

§ 1. Общие вопросы. Источники регулирования. Развитие российского законодательства в области коллизионного семейного права

1. Коллизионные вопросы семейных отношений с иностранным элементом имеют особое значение из-за существенных различий в материальном семейном праве отдельных стран. Различия эти отражают национальные особенности и традиции, сложившиеся на протяжении многих лет и поэтому с трудом поддающиеся перемнам. Так, по-разному решаются вопросы формы брака (разный порядок его заключения, признание или непризнание браков, заключенных в религиозной форме), условий заключения брака (неодинаковый брачный возраст, допустимость многоженства, запрет вступления в брак с иностранцами и т.п.), личных и имущественных отношений супругов, родителей и детей, порядка и условий усыновления. В связи с этим могут возникать ситуации, когда браки, заключенные в одной стране с соблюдением ее законов, в другой стране оказываются непризнанными из-за невыполнения требований ее законодательства и таким образом вступившие в брак лица не считаются супругами.

С расширением миграции населения и распространением случаев, когда члены семьи — граждане одного государства живут за его пределами, когда имущество супругов находится вне страны, где они живут, с ростом числа «смешанных» браков и случаев разного гражданства членов семьи вопрос о подлежащем применению семейном праве приобретает особую остроту. Поиски наиболее приемле-

мых решений ведут к усложнению регулирования, конструированию многочисленных субсидиарных привязок.

Во внутреннем, значительно различающемся, законодательстве государств коллизионные нормы семейного права помещаются либо в специальные законы о международном частном праве (Австрия, Бельгия, Болгария, Венгрия, Венесуэла, Италия, Румыния, Тунис, Турция, Чехия, Швейцария и др.), либо в отраслевые акты — семейные кодексы (Вьетнам, Куба, большая часть стран СНГ) или гражданские кодексы (Германия — Вводный закон к Германскому гражданскому уложению, Греция, Испания, Перу, Португалия и др.). Способ кодификации (помещение соответствующих норм в гражданский или семейный кодекс) зависит обычно от определения места семейного права в системе права той или иной страны. Но независимо от того, рассматривается ли семейное право как самостоятельная отрасль права или как часть гражданского права, коллизионные нормы семейного права являются нормами международного частного права и изучаются в его составе.

Попытки достичь единообразия в регулировании семейных отношений путем унификации на международном уровне норм материального семейного права, как правило, не приводят к успеху. Тем большее значение приобретает *унификация коллизионных норм*. В отношениях между иностранными государствами действует ряд посвященных семейным отношениям с участием иностранцев многосторонних конвенций. Важную роль играет здесь Гагская конференция по международному частному праву (в ее работе участвует и Россия). Более трети всех разработанных и принятых ею конвенций касается коллизионного семейного права. Среди них можно назвать, например, следующие:

- Конвенция о заключении и признании действительности браков 1978 г.¹;
- Конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов, 1978 г.²;
- Конвенция о гражданских аспектах международного похищения детей 1980 г.³;

¹ Международное частное право: сб. документов. С. 699–704.

² Там же. С. 694–699.

³ Там же. С. 704–712.

- Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления (удочерения) 1993 г.¹

В отношении получения алиментов из-за границы помимо четырех Гаагских конвенций (о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, 1956 г.; о признании и исполнении решений в области алиментных обязательств в отношении детей 1958 г.; о праве, применимом к алиментным обязательствам, 1973 г.; касающейся признания и исполнения решений по вопросам алиментных обязательств 1973 г.) в рамках ООН заключена Нью-Йоркская конвенция о взыскании за границей алиментов 1956 г.²

Большой интерес представляет принятая в Гааге 23 ноября 2007 г. *Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других формах содержания семьи* (по вступлении ее в силу она заменит в отношениях между ее участниками упомянутую Нью-Йоркскую конвенцию 1956 г., как и две упомянутые Гаагские конвенции 1973 г. и 1958 г., касающиеся взыскания алиментов).

Одновременно с названной Конвенцией 2007 г. был принят *Протокол о праве, применимом к алиментным обязательствам*. В нем решаются коллизионные вопросы — определяется право, подлежащее применению к алиментным обязательствам, возникающим из семейных отношений, к отношениям происхождения, брака или родства, включая алиментные обязательства в отношении ребенка независимо от брачного положения родителей (ст. 1). Как общее правило, алименты согласно этому Протоколу регулируются правом государства обычного места жительства кредитора (ст. 3)³. Протокол призван заменить собой две упомянутые Гаагские конвенции: 1956 и 1973 гг.

В рамках Европейского Сообщества коллизионное семейное право пока не унифицировано, хотя достигнуты определенные успехи в создании единых процессуальных норм, относящихся к рассмотрению семейных дел (см. гл. 22), и обсуждаются проблемы унификации некоторых коллизионных норм семейного права⁴.

¹ *Международное частное право: сб. документов*. С. 712–720.

² Там же. С. 659–664.

³ Текст на русском языке см.: Журнал международного частного права. 2008. № 3.

⁴ См.: Лягард Н. Единое общеевропейское регулирование имущественных отношений супругов и наследования // Центр нотариальных исследований: материалы

2. В России семейное право рассматривается как самостоятельная отрасль права. Это находит выражение в отдельной его кодификации (Кодекс о браке и семье РСФСР 1969 г.¹, Семейный кодекс РФ 1995 г.²). Однако сейчас обосновывается и иная близкая принятой в западной доктрине позиция, согласно которой семейное право — это подотрасль гражданского права, обладающая значительной внутриотраслевой спецификой³.

Коллизионные нормы семейного права традиционно включаются в нашей стране в основополагающий федеральный отраслевой акт: Кодекс о браке и семье РСФСР (нормы разд. V практически повторяли правила соответствующего разд. V Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье⁴), СК РФ.

Последний содержит разд. VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства», значительно расширенный по сравнению с ранее действовавшим. Будучи помещенными в Семейный кодекс РФ, коллизионные нормы семейного права не могут не подпадать под действие закрепленных в Кодексе общих начал и принципов семейного права (ст. 1 и др.) и взаимодействуют с другими нормами этого Кодекса.

Употребленные в коллизионных нормах понятия, если квалификация осуществляется по российскому праву, определяются на основании правил Семейного кодекса РФ (понятия семьи, члена семьи, брака, усыновления и т.д.). В то же время по своей юридической природе коллизионные нормы семейного права не перестают быть нормами международного частного права и не могут остаться вне действия его общих принципов, нашедших наиболее полное выражение в нормах разд. VI части третьей ГК РФ. В СК РФ из таких общих положений, определяющих действие коллизионных норм, можно указать лишь на две нормы: ст. 166 «Установление содержания норм иностранного семейного права» и ст. 167 «Ограничение применения

и статьи. Вып. 4. Нотариат в международных отношениях. Екатеринбург, 2003. С. 23–48.

¹ Ведомости ВС РСФСР. 1969. № 32. Ст. 1397.

² СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

³ См., напр.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1999. С. 31.

⁴ Ведомости ВС СССР. 1968. № 27. Ст. 241.

норм иностранного семейного права». По содержанию они близки к ст. 1191 и ст. 1193 ГК РФ соответственно.

Поскольку СК РФ допускает применение к имущественным и личным неимущественным отношениям членов семьи, не урегулированным семейным законодательством, гражданского законодательства, если это не противоречит существу семейных отношений (ст. 4), *нормы разд. VI ГК РФ могут быть при недостаточности регулирования в СК РФ применены и к семейным отношениям. Допускается применение гражданского законодательства к семейным отношениям и по аналогии (ст. 5 СК РФ).*

При решении вопросов, связанных с действием коллизионных норм семейного права — а такие вопросы возникают в семейном праве так же, как и в гражданском, — в настоящее время, очевидно, нет иного пути, кроме как использовать регулирование, содержащееся в части третьей ГК РФ, коль скоро сам СК РФ не дает прямого ответа (СК РФ, как отмечалось, говорит лишь о применении оговорки о публичном порядке и об установлении содержания иностранного права).

Таким образом, вопрос о квалификации юридических понятий при применении коллизионных норм семейного права должен решаться с учетом правил ст. 1187 ГК РФ, о применении права страны с множественностью правовых систем — ст. 1188, взаимности — ст. 1189, применении императивных норм — ст. 1192, реторсий — ст. 1194 этого Кодекса. Что касается обратной отсылки, то ее применение, надо полагать, допустимо к семейным отношениям, определяющим правовое положение физических лиц (п. 2 ст. 1190 ГК РФ)¹.

Затронуты семейные отношения с иностранным элементом и в других, кроме СК РФ, актах: в Федеральном законе «Об актах гражданского состояния», в сохраняющем свое действие Консульском уставе СССР от 25 июня 1976 г.², в Положении о Консульском учреждении Российской Федерации, утвержденном Указом Президента РФ от 5 ноября 1998 г. № 1330³, и др.

¹ См. подробнее: *Марышева Н.И.* Семейные отношения с участием иностранцев. Правовое регулирование в России. М., 2007. С. 53–78.

² Ведомости СССР. 1976. № 27. Ст. 404.

³ СЗ РФ. 1998. № 45. Ст. 5509.

В литературе широко обсуждается идея общей кодификации норм международного частного права в едином законе, включающем и коллизионные нормы семейного права. Преимущества такой кодификации очевидны. Для коллизионного семейного права это означало бы прямое урегулирование общих вопросов, которые сейчас приходится решать, как уже отмечалось, в основном путем применения норм, содержащихся в части третьей ГК РФ.

3. Источником правового регулирования семейных отношений с участием иностранных граждан являются и *международные договоры РФ* — как многосторонние, так и двусторонние. Например, принципиальные положения относительно мер, необходимых для обеспечения защиты ребенка от всех форм дискриминации, независимо от расы, цвета кожи, пола, языка, национального происхождения и каких-либо иных обстоятельств, а также вообще для наилучшего обеспечения интересов ребенка, в частности, в отношении права на приобретение гражданства, борьбы с незаконным перемещением и невозвращением детей из-за границы и т.п. — включены в Конвенцию о правах ребенка 1989 г. Важное значение имеют Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.¹ и о гражданских и политических правах 1966 г.², Декларация прав ребенка 1959 г.³, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г.⁴

Так, принципиальное значение имеет ст. 12 последней из названных Конвенций о праве мужчины и женщины, достигших брачного возраста, на вступление в брак и ст. 5 Протокола № 7 к этой Конвенции, содержащая следующее правило: «Супруги обладают равными правами и равной гражданско-правовой ответственностью в отношениях между собой и своими детьми в том, что касается вступления в брак, во время пребывания в браке и при его расторжении. Настоящая статья не препятствует государствам прини-

¹ Ведомости ВС СССР. 1976. № 17. Ст. 291.

² Сборник действующих договоров СССР. Вып. XXXII. М., 1978. С. 44–58.

³ Международная защита прав и свобод человека: сб. документов. М., 1990. С. 385–388.

⁴ Бюллетень международных договоров. 1998. № 7. С. 3–18, 20–35.

Коллизионные вопросы семейного права решены и в ряде заключенных Россией (ранее — СССР) двусторонних договоров о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам: с Албанией, Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, КНДР, Кубой, Монголией, Польшей, Румынией, Чехословакией (действует для Чехии и Словакии), а также с Азербайджаном, Грузией, Киргизией, Латвией, Литвой, Молдавией, Эстонией. Регулирование коллизий семейного права и круг рассматриваемых в этих договорах вопросов близки к регулированию, содержащемуся в Минской конвенции 1993 г. Надо иметь в виду, что другие двусторонние договоры России о правовой помощи коллизионных норм, относящихся к семейному праву, не содержат.

9 сентября 1994 г. Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан и Украина заключили межправительственное *Соглашение о гарантиях прав граждан в области выплаты социальных пособий, компенсационных выплат семьям с детьми и алиментов*¹. Помимо регулирования установленных выплат Соглашение предусматривает, что установление и взыскание (выплата) алиментов гражданам сторон осуществляется в порядке, предусмотренном национальным законодательством стороны, на территории которой они проживают. Стороны признают и обеспечивают исполнение судебных решений по алиментным делам.

4. Коллизионные нормы семейного права предназначены для регулирования осложненных иностранным элементом семейных отношений, понятие которых определено в ст. 2 СК РФ.

К ним относятся нормы, определяющие:

- условия и порядок вступления в брак;
- прекращение брака и признание его недействительным;
- личные неимущественные и имущественные отношения между членами семьи: супругами, родителями и детьми (усыновителями и усыновленными), а в случаях и в пределах, предусмотренных семейным законодательством, между другими родственниками и иными лицами.

¹ Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав Правительств СНГ. 1994. № 2 (15). С. 89–93.

Отношения в области опеки и попечительства, ранее регулировавшиеся в Кодексе о браке и семье РСФСР, ныне как область гражданского права рассматриваются в ГК РФ (ст. 31–41). Соответственно, и коллизионная норма об опеке и попечительстве помещена в ГК РФ (ст. 1199).

Привязки в коллизионных нормах семейного права отличаются большой сложностью, и это касается не только российского права. Специфика семейных отношений вынуждает законодателя быть осторожным в выборе тех или иных привязок, в особенности применительно к отношениям, затрагивающим личность человека. В этой области, как и в вопросах личного статуса по гражданским делам, применяется обычно личный закон каждого из участников отношения. Однако СК РФ, в отличие от ГК РФ, не прибегает к общему понятию личного закона, определяя подлежащее применению право отдельно по каждому виду семейных отношений.

Если говорить об основной коллизионной привязке в области семейных отношений, то еще не так давно это была привязка к советскому праву. Коллизионное семейное право нашей страны в советский период основывалось на принципах социалистического права. Особенности советского семейного законодательства приводили к утверждению в коллизионных вопросах начала строгой территориальности, если только иное не устанавливалось в международном договоре. «Территориальность» выражалась в применении (во всех случаях) к семейным отношениям с участием иностранных граждан закона страны суда (*lex fori*). Таким образом, на практике, а позднее и в советском законодательстве нашла отражение позиция о нежелательности действия в России норм «чуждого» советской правовой системе иностранного семейного права, связанная с обособленностью советской правовой системы.

С изменением статуса России в мировом сообществе, переходом к большей открытости общества, закреплением в Конституции РФ новых приоритетов принципиально изменился подход к способу определения права, подлежащего применению к семейным отношениям с иностранным элементом. В новом СК РФ законодатель при выборе привязок принимал во внимание, в первую очередь, более или менее тесную связь конкретного вида отношений с тем или иным государством, в том числе иностранным.

Сфера использования привязки к закону суда была значительно сужена. Действительно, жесткое применение к любым семейным

отношениям российского законодательства вошло в противоречие с интересами самих участников отношений, в частности российских граждан за границей. Так, неприменение иностранного права вело к тому, что в тех государствах, где определяющим признается закон гражданства супруга, соответствующие акты российских учреждений (например, заключение брака) могли оказаться непризнанными и нереализованными.

В настоящее время в коллизионном семейном праве России место привязки к российскому праву как закону страны суда во многих нормах заняла привязка к *закону страны гражданства* лица. Связь с гражданством признана решающей, например, при определении права, подлежащего применению к условиям заключения брака, к установлению отцовства, усыновлению.

Столь же велико значение и привязки к *закону страны места жительства* лица. Связь с местом жительства учтена, например, при определении личных неимущественных и имущественных прав и обязанностей супругов.

Применяется и отсылка к *праву, избранному самими сторонами* (примером может служить п. 2 ст. 161 СК РФ, относящийся к заключению брачного договора или соглашения об уплате супругами алиментов друг другу).

Сохраняет свое значение, хотя и в меньшем, чем прежде, объеме, отсылка к *закону суда* (например, порядок установления и оспаривания отцовства на территории Российской Федерации определяется законодательством РФ).

Широко используются дополнительные привязки в различных их вариантах. Так, права и обязанности родителей и детей определяются законодательством государства, на территории которого стороны имеют совместное место жительства, а при отсутствии такового — законодательством государства, гражданином которого является ребенок. Здесь основной является привязка к закону страны совместного места жительства сторон, а дополнительной — привязка к закону страны гражданства ребенка.

Во всех случаях законодатель при формулировании коллизионных норм искал решение, в наибольшей степени отражающее связь конкретного отношения с определенной правовой системой. Поиск оптимальных решений, возможно, приведет в будущем к более широкому использованию отсылки к праву, наиболее благоприятному для «слабой» стороны, комбинированному коллизионному регули-

зом, в принципе не должно быть препятствий для вступления в браки с иностранцами.

При заключении браков с иностранцами возникают, прежде всего, следующие вопросы:

- при каких условиях такие браки заключаются и
- признаются ли браки, заключенные в одном государстве, действительными в других государствах.

Эти вопросы решаются в праве отдельных стран по-разному.

Так, в одних странах, например в Германии, браки считаются действительными, только если они заключены в государственных органах, в других, например в Великобритании, наравне с гражданской формой правовые последствия имеют и церковные браки. В Италии, Польше, Чехии возможна в качестве альтернативной церковная форма брака с обязательной последующей регистрацией в органах записи актов гражданского состояния (загс).

В отдельных странах установлены ограничения или специальные условия для вступления их граждан в брак с иностранцем. По-разному определяются условия, при которых брак может быть заключен: значительно колеблется брачный возраст, по-разному определяется степень родственных отношений, препятствующая браку. В некоторых странах, например в Швейцарии, ограничена возможность вступления в новый брак после развода для виновной в разводе стороны, в Германии и некоторых других странах установлен срок, до истечения которого разведенная женщина или вдова не может вступить в новый брак.

В некоторых странах к условиям вступления в брак относится получение согласия родителей, помолвка, разрешение местных властей. В странах мусульманского права женщины-мусульманки не могут выйти замуж за немусульманина, в этих странах допускается полигамия (многоженство). В настоящее время в Дании, Испании, Нидерландах, Норвегии и некоторых других странах допускаются однополые союзы.

Непризнание заключенного в другой стране брака действительным порождает так называемые хромающие браки. От применения при вступлении в брак граждан разных государств законодательства того или иного государства зависит иногда само существование брака.

Коллизионные нормы отдельных государств весьма разнообразны. Однако можно сказать, что к форме брака чаще всего применя-

ется право страны места заключения брака (при различии подходов к определению права, подлежащего применению к форме брака, заключенного за границей). К материальным условиям вступления в брак во многих странах применяется личный закон будущих супругов, понимаемый либо как закон страны гражданства, либо как закон места жительства вступающих в брак лиц. Например, согласно ст. 27 Закона Италии о реформе итальянского международного частного права 1995 г. наличие дееспособности для вступления в брак, а также другие условия, соблюдение которых необходимо для заключения брака, определяются в соответствии с национальным законом каждого лица, вступающего в брак, на момент заключения брака.

Применение к условиям вступления в брак личного закона связано с устойчивостью, стабильностью этой привязки, отражающей связь лица с его государством. Но в ряде государств (большинство штатов США, страны Латинской Америки, ЮАР и др.) используется другой критерий — место заключения брака. Применение учреждения, регистрирующим брак, законов своего государства, очевидно, наиболее оправданно, когда речь идет об отношениях между странами с близкими правовыми системами¹.

В международных договорах, заключаемых иностранными государствами, содержатся, как правило, коллизионные нормы — договориться о принятии унифицированных материальных норм семейного права обычно не удается. Таких договоров немного. Это Гагская конвенция о заключении и признании действительности браков 1978 г. (вступила в силу в 1991 г.); форма брака подчинена здесь праву государства места заключения брака, в отношении условий вступления в брак применяется при соблюдении определенных требований отсылка к праву места заключения брака, в определенных случаях допускается и отсылка к национальному праву будущих супругов; Конвенция о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков (Нью-Йорк, 1962 г.)²; Кодекс Бустаманте 1928 г.

В России нет никаких препятствий для заключения браков иностранных граждан, поскольку последние в принципе приравниваются в правах к российским гражданам. Сказанное относится и к лицам без гражданства. При этом законодательство РФ не требует от

¹ См.: Канашевский В.А. Международное частное право. С. 526, 527.

² Международное частное право: сб. документов. С. 667–669.

российских граждан получения разрешения на вступление в брак с иностранцами.

Факт заключения брака не влияет на гражданство супругов. Часть 1 ст. 8 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» гласит: «Заключение или расторжение брака между гражданином Российской Федерации и лицом, не имеющим гражданства Российской Федерации, не влечет за собой изменение гражданства указанных лиц». Это правило полностью соответствует положениям *Конвенции о гражданстве замужней женщины 1957 г.*¹ (Россия в ней участвует), предусматривающей, что ни заключение, ни расторжение брака с иностранцем, ни перемена гражданства мужем во время существования брачного союза не будут автоматически отражаться на гражданстве жены. Вместе с тем Конвенция допускает возможность приобретения иностранкой гражданства мужа по ее просьбе в упрощенном порядке натурализации.

Форма брака на территории Российской Федерации определяется по российскому законодательству (п. 1 ст. 156 СК РФ). Это значит, что брак должен заключаться в органах записи актов гражданского состояния. Браки, совершенные в России по религиозным обрядам, на основе обычаев, не порождают правовых последствий.

Российским законодательством определяется в России и *порядок заключения браков* с иностранными гражданами: брак совершается в личном присутствии лиц, вступающих в брак, по истечении определенного срока, в порядке, установленном для государственной регистрации заключения брака Федеральным законом «Об актах гражданского состояния» (ст. 27). Как видно, коллизионная норма о форме брака — односторонняя: закон не говорит о форме браков, заключенных за пределами нашей страны. Однако такие браки признаются в России, если при заключении брака было соблюдено законодательство, действующее в месте совершения брака.

Коллизионные вопросы формы брака нашли отражение в международных договорах с участием России. Согласно договорам о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам форма заключения брака подчиняется обычно законодательству государства, на территории которого он заключается. В целом это регулирование совпадает с правилом ст. 156 Семейного кодекса РФ.

¹ Ведомости ВС СССР. 1958. № 28. Ст. 373.

Минская конвенция 1993 г. вопросы формы брака оставляет открытыми.

Следует остановиться *на условиях заключения брака* на территории Российской Федерации. Коллизионные вопросы условий заключения брака решаются по-иному, чем вопросы формы брака. Здесь действует следующая коллизионная норма: **условия заключения брака на территории Российской Федерации определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого является лицо** (п. 2 ст. 156 СК РФ). Например, при заключении в России российской гражданкой брака с гражданином Бельгии в отношении последнего должны быть соблюдены требования бельгийского законодательства о брачном возрасте, необходимости согласия на вступление в брак, препятствиях к браку, а в отношении российской гражданки — требования ст. 12–15 СК РФ. Как видно, избранный российским законодателем критерий соответствует мировой практике.

Если в России заключастся брак двух иностранных граждан, к каждому из них должно применяться законодательство страны его гражданства. Факт принадлежности лица к гражданству того или иного государства определяется на момент заключения брака. Тем самым исключаются возможные споры по поводу подлежащего применению законодательства в случае изменения супругами гражданства.

Помимо законов страны гражданства супруга — иностранного гражданина в отношении условий вступления в брак **необходимо соблюдение и некоторых правил российского законодательства**, а именно ст. 14 СК РФ в отношении обстоятельств, препятствующих заключению брака (не допускается брак с лицом, уже состоящим в браке, между близкими родственниками и др.). Что касается других условий заключения брака, предусмотренных СК РФ, например правила о брачном возрасте (ст. 13), то соблюдения их в данном случае закон не требует. Поэтому возможно заключение браков и с лицами моложе 18 лет, если это правомерно по законодательству иностранного государства, гражданином которого является супруг.

Например, при заключении в России брака между российским гражданином и болгарской гражданкой условия заключения брака для российского гражданина будут определяться по ст. 12–15 СК РФ, а для болгарской гражданки — по семейному законодательству Болгарии, в том числе — по нормам о брачном возрасте и о препятстви-

ях к заключению брака. Но, кроме того, необходимо констатировать отсутствие для болгарской гражданки препятствий к браку, предусмотренных российским законом (ст. 14 СК РФ).

В ходе применения коллизионной нормы, отсылающей в отношении условий вступления в брак к законам страны гражданства супруга, могут возникать трудности при наличии у этого супруга *нескольких гражданств*. Закон какого государства должен быть в этом случае применен? СК РФ отвечает на этот вопрос: если одно из гражданств — российское, применению подлежит законодательство РФ. Ссылка российского гражданина на имеющееся у него гражданство иностранного государства, подтвержденная соответствующими документами, в этом случае не должна влечь применение иностранного законодательства.

При наличии двух (нескольких) гражданств, ни одно из которых не является российским, подлежащее применению законодательство определяется по выбору обладателя иностранных гражданств. Не требуется устанавливать, с каким государством лицо более тесно связано, — выбор законодательства принадлежит исключительно самому вступающему в брак. При этом он не должен обосновывать свой выбор; однако выбор ограничен законодательством тех государств, гражданином которых является лицо.

Что касается *лиц без гражданства*, то, поскольку такие лица наиболее тесно связаны с государством, где они постоянно проживают, условия заключения их браков в России закон (п. 4 ст. 156 СК РФ) подчиняет законодательству государства, в котором они имеют постоянное место жительства. Если лицо без гражданства постоянно проживает в России, условия вступления в брак будут для него определяться по российскому законодательству, если же оно находится здесь временно — по законам государства, где оно имеет постоянное место жительства.

В Минской конвенции 1993 г. и в большинстве двусторонних договоров о правовой помощи, где рассматриваются коллизионные вопросы семейного права, предусмотрено, что условия вступления в брак определяются по закону страны гражданства будущего супруга с соблюдением при этом требований законодательства государства, на территории которого заключается брак, в отношении препятствий к браку (договоры с Азербайджаном, Вьетнамом, Кубой, Эстонией и т.д.).

При признании в России недействительными браков, заключенных за пределами Российской Федерации, определяющим считается законодательство, которое применялось при заключении брака.

Признание иностранных решений о недействительности брака осуществляется в России согласно ст. 415 ГПК РФ.

Коллизионные нормы о недействительности брака содержат те заключенные Россией договоры о правовой помощи, в которых определено право, подлежащее применению к заключению брака. Договоры, как и Минская конвенция 1993 г. (и Кишиневская конвенция 2002 г.), предусматривают, что по делам о признании брака недействительным применяется законодательство государства, которое применялось при заключении брака.

Как видно, способ решения коллизионного вопроса здесь тот же, что и в российском законодательстве. Аналогичный принцип действует, как правило, и в иностранных государствах.

3. Расторжение брака. Различия в регулировании расторжения брака в отдельных государствах приводят нередко к ситуациям, когда брак, расторгнутый в одном государстве, продолжает считаться существующим в другом. Это связано прежде всего с тем, что, несмотря на реформирование семейного права и введение в конце прошлого века института развода и в католических странах, в отдельных государствах развод не допускается и сейчас (например, в некоторых странах Латинской Америки). В ряде стран возможность развода ограничена строго установленными в законе случаями (Великобритания, Италия и др.). Есть специфика в подходе к расторжению брака в мусульманских странах. Тем большее значение приобретает коллизионное регулирование.

В праве иностранных государств к расторжению брака применяется либо закон гражданства супругов (ряд стран континентальной Европы), либо закон места жительства супругов или закон страны суда (Англия, США и др.). Однако применяются и многочисленные и разнообразные дополнительные привязки. Расширяющая в последние годы сферу своего применения в семейном праве привязка к обычному проживанию лица используется, хотя и в небольшом объеме, и в области расторжения брака. Применяется и отсылка к праву, с которым отношение наиболее тесно связано. Например, обновленный Закон Кореи о международном частном праве 2001 г. исходит из применения права государства, гражданами которого являются оба супруга, при отсутствии такового — права места, где оба су-

Российские граждане, проживающие за границей, имеют возможность расторгнуть брак с проживающим за границей супругом независимо от его гражданства, во-первых, *в российском суде*. Такую возможность предусматривал и ранее действовавший Кодекс о браке и семье РСФСР. Суд в этом случае применяет при расторжении брака российское семейное законодательство.

Российские граждане, проживающие за границей, могут расторгать браки, во-вторых, *в дипломатических представительствах и консульских учреждениях России*, если речь идет о браке, расторжение которого по российскому законодательству возможно в органах загса. Для принятия консулом заявления о расторжении брака необходимо, чтобы хотя бы один из супругов — российских граждан — постоянно проживал за границей. Кроме того, необходимо взаимное согласие супругов, не имеющих несовершеннолетних детей, и совместное заявление супругов, поданное в консульское учреждение России по месту жительства супругов или одного из них.

Расторжение брака таких лиц возможно, в-третьих, *в компетентных органах иностранных государств*. Их решения признаются в России действительными и в том случае, когда речь идет о супругах — российских гражданах, и тогда, когда один из супругов имеет российское, а другой — иностранное гражданство, и тогда, когда оба супруга — иностранные граждане.

Признание в России иностранных решений о расторжении таких браков наш закон, однако, связывает с определенным условием: установлением того факта, что органом, вынесшим решение, было соблюдено законодательство его государства о компетенции и подлежащем применению праве. При невыполнении этого условия решение может оказаться в России непризнанным. Если, например, расторжение брака отнесено законодательством страны места расторжения брака к ведению судов, компетентным надо считать суд, а не какой-либо другой орган.

Следует также иметь в виду, что ст. 415 ГПК РФ связывает признание подобных решений с фактом проживания обоих супругов (если они граждане Российской Федерации) или хотя бы одного из них (при разном гражданстве) за пределами Российской Федерации.

Наличие признанного иностранного решения о расторжении брака дает основания считать супругов разведенными. При этом закон не содержит норм, требующих государственной регистрации в России расторжения брака, произведенного иностранным судом

ствам, 1973 г.¹ Из Конвенции следует, что закон, подлежащий применению к разводу, регулирует в договаривающихся государствах и алиментные обязательства разводящихся супругов.

Распространяется на алиментные обязательства супругов и уже упоминавшаяся *Гаагская конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи* от 2007 г. и дополнительный к ней *Протокол о праве, применимом к алиментным обязательствам*, от того же числа. Основное коллизионное правило сформулировано в ст. 3 Протокола: алиментные обязательства регулируются правом государства обычного места жительства кредитора, если только Протоколом не предусмотрено иное; в случае изменения обычного места жительства кредитора закон государства нового места жительства применяется с момента изменения места жительства.

В отношении супругов и бывших супругов установлено и специальное правило: указанная ст. 3 не применяется, если одна из сторон возражает, и право другого государства, в частности государства их последнего общего места жительства, более тесно связано с брачными отношениями. В этом случае подлежит применению право этого другого государства.

Кроме того, в Протоколе предусмотрена возможность выбора права самими сторонами: согласно ст. 7 стороны могут явно определить в целях ведения конкретного производства в данном государстве право этого государства в качестве применимого к алиментному обязательству. Соглашение о выборе права оформляется до начала производства, как правило, в письменной форме.

Наконец, специальная статья (ст. 8) предусматривает возможность выбора сторонами в любое время одного из следующих порядков: права страны гражданства любой из сторон, права страны места жительства любой из сторон, права, избранного сторонами или фактически примененного к режиму их собственности, права, избранного сторонами или фактически примененного к их разводу или юридическому разлучению. Вместе с тем право, избранное сторонами, не применяется, если его применение привело бы к явно несправедливым или необоснованным последствиям для любой из сторон (п. 5 ст. 8 Протокола).

¹ *Международное частное право: сб. документов.* С. 680–684.

шаться и вопрос о взаимных алиментных обязательствах супругов (если только стороны не избрали сами подлежащего применению права).

Серьезным новшеством в российском коллизионном семейном праве является коллизионная норма о *брачном договоре и соглашении супругов об уплате алиментов друг другу* (п. 2 ст. 161 СК РФ). Включение в СК РФ общих положений о брачном договоре и соглашении об алиментах потребовало урегулирования и вопроса о праве, подлежащем применению к такому договору (соглашению) при осложнении отношения иностранным элементом. Как и в других государствах, в России была допущена возможность *выбора подлежащего применению права самими супругами*.

При заключении брачного договора или соглашения об уплате алиментов друг другу супруги, не имеющие общего гражданства или совместного места жительства, могут сами избрать законодательство, подлежащее применению для определения соответствующих прав и обязанностей. Это значит, что при составлении брачного договора супруги могут договориться о том, что их права и обязанности по такому договору будут определяться не тем законодательством, на которое указывают коллизионные нормы п. 1 ст. 161 СК РФ, а каким-либо иным.

Например, имущественные права и обязанности супругов, один из которых живет в России, а другой — в Германии, но ранее проживавших совместно в России, согласно п. 1 ст. 161 СК РФ должны подчиняться российскому праву как законодательству страны их последнего совместного места жительства. Однако при соответствующей договоренности супругов их права и обязанности по брачному договору могут быть подчинены германскому праву или избранному ими праву какого-либо другого государства. Коллизионная норма п. 1 ст. 161 СК РФ в этом случае не применяется.

Следует обратить внимание на то, что право избрания законодательства принадлежит согласно закону не всем супружеским парам, а лишь тем, которые не имеют общего гражданства или совместного места жительства.

Выбор супругами законодательства не ограничен правом какой-то определенной страны (в иностранных государствах возможность выбора права обычно ограничивается правом государства, где супруги или один из них имеют место жительства или гражданство которых они имеют). Это может быть законодательство РФ, страны

гражданства одного из супругов, страны места его жительства, страны, где находится недвижимое имущество супругов, и т.д. В связи с этим нельзя полностью исключить случаи избрания супругами — под давлением одного из них — законодательства государства, где, например, недостаточно обеспечено равенство мужчины и женщины в имущественных отношениях. Если будет установлено противоречие применения норм избранного иностранного семейного права основам правопорядка России, возможно ограничение его применения со ссылкой на противоречие публичному порядку России.

Следует иметь в виду и императивные нормы п. 3 ст. 42 СК РФ, носящие обязательный ограничительный характер и не допускающие включения в брачный договор условий, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение и противоречат основным началам семейного законодательства.

Избрание сторонами подлежащего применению законодательства является правом, но не обязанностью супругов, не имеющих общего гражданства или совместного места жительства. Если такие супруги не воспользовались правом выбора законодательства, к их брачному договору или соглашению об уплате алиментов применяются общие положения п. 1 ст. 161 СК РФ. Выбор законодательства может быть осуществлен при заключении брачного договора или соглашения об уплате алиментов.

Подчеркнем, что **избрание сторонами права допускается только по поводу имущественных отношений**, так как заключение брачного договора согласно ст. 40 СК РФ предусмотрено только применительно к имущественным отношениям супругов. Выбор права в отношении личных неимущественных прав и обязанностей супругов законом не предусмотрен. Не предусмотрена, в частности, возможность выбора по соглашению супругов законодательства, подлежащего применению к избранию рода занятий, профессии, мест пребывания и жительства супругов, отцовству, воспитанию и образованию детей, выбору супругами фамилии и т.п.

Например, если супруги, один из которых имеет российское гражданство, а другой — гражданство Египта, проживая один в Москве, а другой — в Египте, заключат соглашение (брачный договор) о том, что к их отношениям в вопросах воспитания их ребенка будет применяться право Египта, такое соглашение не будет считаться действительным. В этих вопросах должны применяться общие коллизионные правила ст. 161 СК РФ. Если супруги до отъезда мужа в Еги-

пет проживали совместно в Москве, к их личным неимущественным отношениям будет применено российское законодательство как право страны их последнего совместного жительства.

К *форме* соглашений супругов о подчинении брачного договора или соглашения об уплате алиментов законодательству того или иного государства следует, очевидно, независимо от места оформления, применять и коллизионную норму гражданского законодательства о том, что форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в РФ, — российскому праву (ст. 1209 ГК РФ). Данный случай — пример обращения к гражданскому законодательству при регулировании семейных отношений, о чем говорилось выше.

Коллизионные вопросы личных и имущественных отношений супругов отражены в заключенных Россией двусторонних договорах о правовой помощи и в Минской конвенции 1993 г. (Кишиневская конвенция 2002 г. повторяет соответствующие нормы Минской конвенции 1993 г.). Как правило, такие отношения супругов определяются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой супруги имеют совместное место жительства. Если супруги проживают в разных странах, то при наличии у них общего гражданства применяется законодательство страны их гражданства, а при разном гражданстве — законодательство страны, где они имели свое последнее совместное место жительства. В Конвенции также установлено, что отношения супругов, касающиеся их недвижимого имущества, определяются по законодательству государства, на территории которого оно находится.

5. Установление и оспаривание отцовства (материнства). Происхождение детей, удостоверенное в установленном законом порядке, является основанием возникновения прав и обязанностей родителей и детей. Отсюда — важность определения права, регулирующего установление и оспаривание отцовства (материнства), особенно если учесть серьезные расхождения в законодательстве отдельных стран в данной области, различия в положении брачных и внебрачных детей.

Вопрос о праве, подлежащем применению при определении брачного происхождения ребенка, во многих странах решается согласно личному закону супругов в момент рождения ребенка. Применительно к внебрачным детям обычно применяются иные колли-

зионные привязки — учитывается личный закон ребенка на момент его рождения. Право, согласно которому отцовство было установлено, признается определяющим и для его оспаривания.

Некоторые законы последнего времени допускают применение нескольких привязок. Например, в Корее возникновение отношений родителей и внебрачных детей подчиняется личному закону матери в момент рождения ребенка. Но оно может быть подчинено и личному закону отца или праву обычного места жительства ребенка.

В Бельгии установление и оспаривание отцовства или материнства подчинено личному закону истца (до недавнего времени это был закон супруга матери ребенка). Как видно, более широко стала применяться привязка к праву ребенка.

На уравнивание правового статуса внебрачных детей и детей, рожденных в браке, направлена *Европейская конвенция о правовом статусе внебрачных детей* 1975 г.¹ (ее ратифицировали более 20 государств), содержащая нормы, прямо (т.е. не прибегая к коллизионным нормам) регулирующие определенные семейные отношения.

В России регулирование коллизий в этой области претерпело серьезные изменения. Если ранее установление отцовства, независимо от гражданства родителей и ребенка и места их жительства, производилось в РСФСР по российскому законодательству, то СК РФ подчиняет установление и оспаривание отцовства законодательству государства, гражданином которого является ребенок по рождению.

Таким образом, дети получают защиту по нормам законодательства страны своего гражданства в момент рождения, что принято и в ряде иностранных государств. Например, в Италии происхождение ребенка устанавливается «в соответствии с его национальным законом на момент его рождения» — ст. 33 Закона о реформе итальянской системы международного частного права 1995 г.

Приведем пример. В Германии у немецкой гражданки, не состоящей в браке, родился ребенок. Предполагаемый отец ребенка (российский гражданин) отказался его признать и уехал на родину. Мать ребенка обратилась в суд г. Санкт-Петербурга по месту жительства ответчика с иском об установлении отцовства. Поскольку ребенок по рождению является гражданином Германии, суд при рассмотре-

¹ СПС «КонсультантПлюс».

ские конвенции о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, 1956 г.; о праве, применимом к алиментным обязательствам, 1973 г.; о юрисдикции и применимом праве в отношении детей 1961 г.; о юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении ответственности родителей и мер по защите детей 1996 г.; о гражданских аспектах международного похищения детей 1980 г.¹

Вопросы контактов ребенка с родителями и другими лицами, связанными с ребенком семейными узами, затронуты в Конвенции о контактах, связанных с детьми (Страсбург, 2003 г.)², а также в Регламенте Совета ЕС от 27 ноября 2003 г. № 2001/2003, относящемся к юрисдикционной компетенции, признанию и исполнению решений по семейным делам и ответственности родителей (Регламент коллизионных вопросов не решает, регулируя перемещения ребенка и право на общение с ним). 18 декабря 2009 г. принят Регламент Совета ЕС № 4-2009 «О юрисдикции, применимом праве, признании и приведении в исполнение решений и о сотрудничестве по вопросам, касающимся алиментных обязательств»³. Согласно этому Регламенту (ст. 15) право, применимое к алиментным обязательствам, определяется в соответствии с рассматриваемым ниже протоколом к Гаагской конвенции от 23 ноября 2007 г. (для государств, связанных этим Протоколом).

Из новейших международных договоров особый интерес представляет принятая 23 ноября 2007 г. в Гааге и уже упоминавшаяся *Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи и дополнительный Протокол к ней* от того же числа. При регулировании в Протоколе коллизионных вопросов алиментных обязательств родителей и детей не делается различий между детьми, родившимися в браке, и внебрачными детьми.

Основная коллизионная норма, относящаяся к алиментным обязательствам родителей и детей, — применение права государ-

¹ *Международное частное право: сб. документов.* С. 704–712.

² СПС «КонсультантПлюс».

³ Журнал международного частного права. 2009. № 4. С. 46–86 (приводится текст Регламента на русском языке). Регламент применяется к алиментным обязательствам, возникающим из семейных отношений, родительских отношений, брака и свойства.

ства обычного места жительства кредитора, т.е. взыскателя алиментов. В отношении алиментных обязательств родителей и детей допускается применение и иного права, если это последнее в большей мере отвечает интересам взыскателя — в установленных в ст. 4 Протокола случаях может быть применено и право страны суда, и право обычного места жительства должника; если применимое в силу общей коллизионной нормы право не обеспечивает возможность получения алиментов с должника, подлежит применению право государства их общего гражданства, если такое имеется.

Допускается в Протоколе и выбор права самими сторонами (в тех же пределах, что и при выборе права в отношении взаимного алиментирования супругов — см. выше). Соглашение о выборе права заключается, как правило, в письменной форме. К алиментным обязательствам в отношении лиц моложе 18 лет или в отношении совершеннолетнего, который в силу своего состояния не имеет возможности защищать свои интересы, выбор сторонами подлежащего применению права не допускается. Есть и другое гарантирующее права «слабой стороны» правило: право, избранное сторонами, не применяется, если его применение привело бы к явно несправедливым или необоснованным последствиям для любой из сторон (ст. 8)¹.

Законодательство *Российской Федерации* до последнего времени не содержало коллизионной нормы об отношениях родителей и детей. Многолетняя советская практика исходила из применения закона суда, т.е. российского (советского) семейного законодательства независимо от гражданства и постоянного места жительства сторон. Это связывалось с тем, что взаимоотношения родителей и детей-иностранцев и права родителей-иностранцев в отношении детей должны были определяться на территории СССР в полном объеме советским правом².

Развитие международных связей и необходимость обеспечения лучшей защиты интересов детей, родившихся в «смешанных» браках,

¹ Л.Н. Галенская, рассматривая положения данной Конвенции и Протокола к ней, приходит к выводу, что они не препятствуют присоединению к этим международным документам Российской Федерации. См.: *Галенская Л.Н.* Взыскание алиментов за границей (о возможности присоединения России к Конвенции 2007 г. «О международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи») // Журнал международного частного права. 2009. № 1. С. 3–16.

² См.: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. С. 155.

привели к постепенному осознанию **необходимости отказа от жесткого принципа применения закона суда**. Появление в СК РФ ст. 163 «Права и обязанности родителей и детей» и примененная здесь коллизионная привязка означали серьезную новеллу в нашем коллизионном семейном праве.

Закон имеет в виду права и обязанности родителей и детей, в том числе обязанность родителей предоставлять детям алименты. Он касается как брачных, так и внебрачных детей. При этом речь идет об алиментных обязательствах родителей по отношению к несовершеннолетним детям, а равно к нетрудоспособным совершеннолетним детям. Все указанные отношения подчинены законодательству *государства, на территории которого стороны имеют совместное место жительства*. Значит, если родители живут совместно с ребенком в России, их отношения, независимо от гражданства, должны определяться по российскому семейному праву, а если они живут за границей, то, независимо от гражданства сторон, — по законам страны, где они живут.

Если стороны не имеют совместного места жительства и проживают в разных государствах, их права и обязанности определяются законодательством *государства гражданства ребенка*.

Например, если мать ребенка — французского гражданина, проживающая вместе с ним за границей, обратится в российский суд с иском к отцу ребенка — российскому гражданину, проживающему в Москве, о взыскании алиментов на ребенка, суд при рассмотрении спора должен применить законодательство Франции как государства, гражданином которого является ребенок.

Другой пример. При проживании матери с ребенком в России, а отца — за границей взыскание на ребенка алиментов с отца должно определяться по российскому законодательству, если ребенок — российский гражданин, и по законодательству страны гражданства ребенка, если ребенок — иностранный гражданин.

В отношении прав и обязанностей родителей и детей, включая алименты на детей, наш закон допускает — в интересах ребенка — и иное решение вопроса: **по требованию истца может быть применено законодательство государства, на территории которого постоянно проживает ребенок**. Данная норма относится, как видно, к случаям, когда ребенок, имеющий гражданство одного государства, проживает на территории другого.

Подчеркнем, что закон говорит не об обязанности суда применить по требованию истца право страны места жительства ребенка, а лишь о возможности такого применения, если суд сочтет, что данный закон действительно более благоприятен для ребенка. Здесь могут учитываться: способ взыскания алиментов (в процентном отношении к заработной плате ответчика или в твердой денежной сумме), сроки взыскания (до достижения 18 лет или экономической самостоятельности, как это принято в ряде стран), характер личных неимущественных отношений родителей и детей и т.п.

Принадлежность лица к гражданству того или иного государства, с которой закон связывает решение вопроса о подлежащем применению законодательстве, должна определяться на момент вынесения решения. Поэтому, если ребенок, являющийся по рождению гражданином одного государства, к моменту вынесения решения станет гражданином другого государства, определяющим следует считать последнее гражданство. Как видно, в данном случае позиция законодателя иная, чем в вопросе о праве, применимом к установлению и оспариванию отцовства, — там решающим является гражданство ребенка по рождению.

Коллизионные нормы об отношениях родителей и детей содержатся в ряде договоров о правовой помощи, а также в Минской конвенции 1993 г. Так, согласно п. 1 ст. 32 (в редакции Протокола от 28 марта 1997 г.) данной Конвенции, правоотношения родителей и детей определяются по законодательству той страны-участницы, на территории которой они имеют постоянное совместное место жительства, а при отсутствии такового — по законодательству государства, гражданином которого является ребенок. Вместе с тем Конвенция допускает применение по требованию истца законодательства страны-участницы, на территории которой постоянно проживает ребенок. Кишиневская конвенция 2002 г. не внесла в данную статью никаких изменений. И в двусторонних договорах о правовой помощи, как правило, предписано применять законодательство государства, на территории которого стороны имеют совместное место жительства. При раздельном же проживании родителей и детей часть договоров отсылает к законодательству страны гражданства ребенка (договоры с Болгарией, Венгрией, Румынией и др.), тогда как другие (например, с Вьетнамом, Монголией) — к законодательству страны места жительства ребенка.

воспитание или помещен в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление в стране происхождения ребенка; при усыновлении ребенка в другой стране должны применяться такие же гарантии и нормы, какие применяются в отношении усыновления внутри страны.

Среди конвенций, специально посвященных вопросам усыновления, в первую очередь следует назвать *Гаагскую конвенцию о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления* 1993 г. (участвует более 70 государств). Она распространяется на такие усыновления, в результате которых возникают постоянные отношения между сторонами как между родителями и детьми, и применяется в случаях, когда ребенок, постоянно проживающий в одном из договаривающихся государств, будучи усыновленным, переезжает в другое договаривающееся государство. Сотрудничество, предусмотренное Конвенцией, осуществляется через назначаемые каждым из государств центральные органы. Усыновления, произведенные в соответствии с Конвенцией, признаются во всех других договаривающихся государствах. Коллизионных норм Конвенция не содержит. Данную Конвенцию подписала и Россия, однако еще не ратифицировала ее.

В *России* усыновление детей иностранными гражданами ранее было сравнительно редким и осуществлялось на общих основаниях, т.е. с применением российского (советского) права. Однако число усыновляемых детей растет, появляются связанные с усыновлением спорные вопросы, требующие отыскания подлежащего применению права, наиболее тесно связанного с отношениями, возникающими при усыновлении.

Законодательство последнего времени расширило применение иностранного права. Усыновление (в том числе отмена усыновления) на территории Российской Федерации иностранными гражданами ребенка, являющегося российским гражданином, производится ныне в соответствии с законодательством *страны гражданства усыновителя* — будущего главы семьи (ст. 165 СК РФ). Применение при усыновлении соответствующего иностранного законодательства (требования к усыновителю в отношении возраста, материального положения и т.п.) обеспечивает в дальнейшем стабильность усыновления в иностранном государстве — усыновитель часто увозит ребенка в свою страну. Аналогичные коллизионные привязки используются в законодательстве многих зарубежных стран. При усынов-

лении ребенка супругами, имеющими разное гражданство, должны быть, очевидно, соблюдены требования, предусмотренные законодательством как государства, гражданином которого является муж, так и государства, гражданкой которого является жена. Если ребенок усыновляется лицом без гражданства, усыновление производится в соответствии с законодательством государства, в котором это лицо имеет постоянное место жительства.

Паряду с применением законодательства страны усыновителя СК РФ предписывает соблюдение одновременно и норм *российского* семейного законодательства, определяющего, в отношении каких детей допускается усыновление, порядок усыновления, ведение учета подлежащих усыновлению детей и лиц, желающих усыновить ребенка, порядок получения согласия на усыновление, т.е. обеспечивающего при усыновлении интересы детей. Дети, таким образом, получают как бы двойную защиту — и по правилам иностранного законодательства (закона страны гражданства усыновителя), и по правилам российского законодательства. Если требования того или иного из этих законов не соблюдены, усыновление недопустимо.

Одновременное применение в соответствии со ст. 165 СК РФ и иностранного, и российского семейного права означает, очевидно, что практически должны быть выполнены требования и того, и другого права. Если, например, необходимая разница в возрасте между усыновителем и усыновленным по иностранному праву составляет более предусмотренных в России 16 лет, должны быть соблюдены требования этого более строгого закона.

Круг отношений, на которые распространяется норма ст. 165 СК РФ, предписывающая применение к усыновлению *российского* семейного законодательства, определен в самой этой статье путем отсылки к положениям конкретных статей СК РФ. Имеются в виду правила, определяющие:

- во-первых, возможность лица быть усыновителем (например, лица, не состоящие в браке, не могут совместно усыновить одного и того же ребенка);
- во-вторых, определяющие разницу в возрасте между усыновителем и усыновляемым (в России такая разница составляет, как отмечалось, 16 лет);
- в-третьих, согласие родителей и, возможно, других лиц на усыновление ребенка;

Помимо коллизионных проблем, при усыновлении детей иностранцами возникают вопросы, связанные с *процедурой* усыновления. В России процедура усыновления в принципе определяется по **российскому законодательству**, но — с учетом специфики такого усыновления — с привлечением и **специальных правил** (это специальное регулирование не применяется, однако, к случаям, когда речь идет об усыновлении в России российских детей иностранцами, состоящими в браке с гражданами Российской Федерации).

Так, для обеспечения приоритета российских граждан, желающих усыновить ребенка, закон устанавливает, что усыновление детей иностранцами допускается только в случаях, если не представилось возможным передать их на воспитание в семьи российских граждан, постоянно проживающих на территории Российской Федерации, или на усыновление родственникам детей независимо от места жительства и гражданства этих родственников. Данное ограничение соответствует правилам ст. 21 Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г. Верховный Суд РФ не раз указывал судам на недопустимость нарушения этого требования¹.

Информацию о детях иностранцы, как и российские граждане, получают через банк данных о детях, оставшихся без попечения родителей, созданный в соответствии с Федеральным законом от 16 апреля 2001 г. № 44-ФЗ «О государственном банке данных о детях, оставшихся без попечения родителей»². Специальное правило касается подсудности — заявления об усыновлении подаются лицами, постоянно проживающими за границей, не в районные суды, а в суды «второго звена» по месту жительства или месту нахождения усыновляемого ребенка. Есть некоторые особенности в процедуре судебного разбирательства дел об усыновлении детей иностранцами, в требованиях к представляемым документам.

За пределами России защита прав и законных интересов детей, являющихся гражданами Российской Федерации и усыновленных иностранными гражданами, осуществляется **консулами Российской Федерации**, которые должны брать таких детей на учет. Постановлением Правительства РФ от 29 марта 2000 г. № 275 утверждены Правила постановки на учет консульскими учреждениями Российской

¹ См., напр.: Бюллетень ВС РФ. 2008. № 8. С. 13.

² СЗ РФ. 2001. № 17. Ст. 1643.

как это принято в Минской конвенции 1993 г., двусторонних договорах о правовой помощи и в ст. 165 СК РФ, а постоянное место жительства. Договор регулирует и усыновление ребенка — гражданина одной из сторон, постоянно проживающего на территории другой стороны; оно осуществляется с применением законодательства государства гражданства ребенка. Аналогичные правила содержат и некоторые другие подобные договоры (например, с Туркменистаном).

Международное сотрудничество в области усыновления, особенно на двусторонней основе, может — с учетом особенностей законодательства договаривающихся сторон — обеспечить, в частности, **надлежащий контроль за условиями жизни и воспитания усыновленных детей, являющихся гражданами Российской Федерации**. Правительству рекомендовано инициировать заключение подобных договоров с иностранными государствами (п. 7 ст. 1 и ст. 4 Федерального закона от 27 июня 1998 г. № 94-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Семейный кодекс Российской Федерации»)¹.

Пока разработан лишь один такой договор — 6 ноября 2008 г. подписан *Договор между Российской Федерацией и Итальянской Республикой о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей* (ратифицирован Россией 9 ноября 2009 г.²). В основе данного Договора лежат принципы и положения Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г. и Гаагской конвенции о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления 1993 г., подписанной Россией 7 сентября 2000 г., прежде всего — принцип всесторонней защиты прав и законных интересов усыновляемого ребенка.

Стороны упомянутого Договора от 6 ноября 2008 г. обязались принимать все предусмотренные законодательством меры для предотвращения и пресечения незаконной деятельности в отношении усыновляемых детей. Сотрудничество должно осуществляться через центральные органы договаривающихся государств. Детально урегулирована процедура усыновления, в частности, предусмотрено, что усыновление в соответствии с данным Договором (кроме усыновления родственниками) может осуществляться только при содействии

¹ СЗ РФ. 1998. № 26. Ст. 3014.

² Федеральный закон от 9 ноября 2009 г. № 258-ФЗ // СЗ РФ. 2009. № 45. Ст. 5276.

уполномоченных организаций, если такой порядок установлен законодательством принимающего государства.

Принимающее государство обязалось:

- обеспечивать усыновленным такую же защиту и пользование теми же правами, какими пользуются дети, являющиеся гражданами принимающего государства или постоянно в нем проживающие;
- способствовать тому, чтобы усыновители соблюдали принятые ими в соответствии с законами государства происхождения ребенка обязательства по постановке ребенка на учет в консульском учреждении этого государства, предоставлению возможности для обследования условий его жизни и воспитания, а также по предоставлению информации о ребенке;
- взаимодействовать с компетентными органами государства происхождения при предоставлении сведений об условиях жизни и воспитания усыновленного и при отмене усыновления или переустройстве ребенка в другую семью;
- предоставлять другую информацию по конкретным случаям усыновления.

Договор содержит и *коллизионные нормы*: согласно ст. 6 условия, при которых ребенок может быть усыновлен и, в частности, факт установления того, что ребенок остался без попечения родителей и не представилось возможным устроить его на воспитание или поместить в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление в государстве происхождения, определяются законодательством государства происхождения. Кроме того, законодательством государства происхождения определяется, какие лица или органы должны давать согласие на усыновление, а также необходимость получения согласия ребенка на усыновление и форма такого согласия. Вместе с тем кандидаты в усыновители должны отвечать требованиям, установленным законодательством обеих договаривающихся сторон и данным Договором.

Опыт сотрудничества России с Италией может оказаться полезным при разработке договоров относительно усыновления с другими странами, в отношениях с которыми вопросы усыновления детей являются актуальными (Испания, США и др.).

Вместе с тем соответствующие разделы новых семейных кодексов Белоруссии 1999 г., Казахстана 1998 г., Молдавии 2000 г., Таджикистана 1998 г. содержат более полное регулирование и — с разной степенью детализации — охватывают основные вопросы коллизионного семейного права. Иногда объем регулирования и его содержание очень близки к правилам разд. VII СК РФ (см., например, разд. VIII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства» Семейного кодекса Таджикистана).

Посвященный коллизиям в области семейного права разд. IX Закона Украины о международном частном праве тоже детален и содержит нормы о заключении брака, действительности брака, заключенного за пределами Украины, личных и имущественных отношениях супругов (последствиях брака), брачном договоре, прекращении брака и признании брака недействительным, установлении и оспаривании отцовства, правах и обязанностях родителей и детей, алиментных обязательствах, усыновлении. При формулировании норм здесь использовался и опыт иностранных государств, их новейшее законодательство.

Что касается *содержания регулирования*, то для большинства стран СНГ характерно движение в сторону расширения применения иностранного права, а также использование дополнительных (субсидиарных) коллизионных привязок. Но нет единства в выборе тех или иных коллизионных привязок — применяется отсылка к гражданству или месту жительства или закону страны суда. В украинском Законе способы определения подлежащего применению права по сравнению с действовавшим ранее законодательством претерпели значительные изменения.

Принцип гражданства, по-видимому, еще больше укрепил свои позиции в области семейного права, хотя он по-прежнему сочетается с территориальным принципом. В то же время можно говорить о расширении применения в данной области (причем не только в сфере имущественных отношений) гибких коллизионных привязок, когда судам предписывается принимать в расчет наличие тесной связи отношения с правом того или иного государства. Некоторые нормы стали детальнее — в особенности это относится к регулированию имущественных отношений.

Нельзя не отметить и значительное расширение возможности выбора подлежащего применению права самими сторонами. Укра-

ина далеко ушла от прежнего уровня регулирования, содержавшегося в Семейном кодексе, имевшем «корни» в правилах Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье 1968 г.

Право, подлежащее применению при заключении брака, определяется в Украине на основании личного закона каждого из будущих супругов. Однако необходимо соблюдение и требований Семейного кодекса Украины относительно оснований недействительности брака, если брак заключается в этой стране. Применение в отношении условий вступления в брак законов страны гражданства каждого из супругов закреплено также в Таджикистане и в Казахстане. Однако в Белоруссии и Молдавии при заключении браков с иностранцами на территории перечисленных государств применяются законы, соответственно, этих государств.

Много различий в регулировании отношений между супругами. Особенно детальны соответствующие правила Закона Украины. Они существенно отличаются и от правил Минской конвенции 1993 г., и от российского законодательства. Правовые последствия брака (по смыслу Закона имеются в виду в основном личные неимущественные отношения) и имущественные отношения супругов рассматриваются отдельно (ст. 60, 61). При этом данный Закон следует подходить, используемым в ряде иностранных государств, в частности в Германии. Допускается заключение и брачного договора (ст. 59). Определяющим для последствий брака признается общий личный закон супругов, а при отсутствии общего личного закона — право государства, в котором они имели последнее совместное место жительства, при условии что хотя бы один из супругов все еще проживает в этом государстве, а при отсутствии такового — право, с которым оба супруга имеют наиболее тесную связь иным образом (ч. 1 ст. 60).

Допущение выбора права супругами в отношении их личных неимущественных отношений — значительное новшество украинского закона. Выбор права, однако, ограничен — он касается только тех супругов, которые не имеют общего личного закона и совместного места жительства или личный закон которых не совпадет с правом государства, где они живут. Имущественные последствия брака определяются в Украине, прежде всего, на основании права, избранного самими супругами (как отмечалось, таков же подход, например, в Австрии, Швейцарии). При выборе под-

лежащего применению права супруги ограничены правом личного закона одного из них или правом государства, где один из них имеет обычное место пребывания или, относительно недвижимого имущества, — правом государства, где это имущество находится. При отсутствии выбора права супругами их имущественные права и обязанности подчиняются праву, применимому к правовым последствиям брака.

В Молдавии личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов подчинены законодательству государства, на территории которого супруги имеют общее место жительства, а при его отсутствии — законодательству государства, где они имели последнее общее место жительства. Допускается заключение брачного договора с подчинением его законодательству государства, в котором проживает один из супругов (ст. 157 Семейного кодекса Молдавии).

При определении права, подлежащего применению к установлению и оспариванию отцовства, в Казахстане и Таджикистане исходят из гражданства ребенка по рождению, а в Белоруссии и Молдавии — из местных законов (например, по ст. 232 Кодекса Белоруссии о браке и семье к данным отношениям в этом государстве применяется белорусский закон, независимо от гражданства родителей и ребенка и места их жительства). В Украине к данным отношениям применяется личный закон ребенка в момент его рождения.

Есть различия и в коллизионных нормах об отношениях родителей и детей. В Законе Украины они регулируются, как правило, не на основании права государства, на территории которого стороны имеют совместное место жительства, как это принято, например, в России, а исходя из личного закона ребенка или права, которое «имеет тесную связь с соответствующими отношениями и если оно является более благоприятным для ребенка» (ст. 66).

Неодинаково решаются вопросы международного усыновления. Закон Украины использует привязки к личному закону как усыновителя, так и ребенка. Вместе с тем способность лица быть усыновителем и правовые последствия усыновления или его прекращения подчинены только личному закону усыновителя. Надзор и учет усыновленных осуществляются в соответствии с личным законом ребенка. Особенности процедуры усыновления с участием иностранцев урегулированы в Семейном кодексе Украины.

Оговорка о публичном порядке находит отражение и в семейном законодательстве стран СНГ, хотя и в разных формулировках. Надо обратить внимание на широкое понимание этой оговорки в Семейном кодексе Молдавии: согласно ч. 4 ст. 164 не применяются на территории этого государства «нормы семейного права иностранных государств, противоречащие нормам морали, общественному порядку, существующим в Республике Молдова».

Различия в коллизионном регулировании семейных отношений стран СНГ могут затруднить дальнейшую унификацию коллизионных норм в рамках СНГ. Во всяком случае при разработке Кишиневской конвенции 2002 г. соответствующие правила Минской конвенции 1993 г. практически остались прежними. Эти правила, имеющие в качестве норм международного договора приоритет перед нормами внутреннего законодательства, сохраняют свое значение и играют существенную роль при решении коллизионных вопросов семейного права, возникающих в отношениях, затрагивающих страны СНГ. Это относится и к двусторонним договорам о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, которые заключены странами Содружества.

Контрольные вопросы

1. В каком направлении развивается российское коллизионное семейное право? Основные новеллы Семейного кодекса РФ.
2. В каких международных договорах решаются коллизионные вопросы семейного права?
3. Право какого государства применяется к форме и условиям заключения брака? Признаются ли консульские браки?
4. Как решаются коллизионные вопросы недействительности брака, расторжения брака, личных и имущественных отношений между супругами, установления и оспаривания отцовства, отношений родителей и детей, усыновления?
5. Как решаются коллизионные вопросы семейного права в странах СНГ?

Рекомендуемая литература

1. Антокольская М.В. Семейное право. М., 2010.

Рекомендуемая литература

2. *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: в 3 т. М., 2000. Т. 2: Особенная часть.
3. *Богуславский М.М.* Международное частное право: практикум. М., 1999.
4. *Богуславский М.М.* Международное частное право: учебник. 6-е изд. М., 2009.
5. *Городецкая И.К.* Международная защита прав и интересов детей. М., 1973.
6. *Завражнов В.* Усыновление иностранцами детей — российских граждан // Российская юстиция. 2001. № 7.
7. *Канашевский В.А.* Международное частное право. М., 2006.
8. *Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации.* 2-е изд. / отв. ред. А.М. Нечаева. М., 2009.
9. *Лунц Л.А.* Курс международного частного права: в 3 т. М., 2003.
10. *Международное частное право. Иностранное законодательство* / предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.
11. *Международное частное право* / под ред. Г.К. Матвеева. Киев, 1985.
12. *Международное частное право: сб. документов* / сост. К.А. Бекашев, А.Г. Ходаков. М., 1997.
13. *Международное частное право: учебник* / под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2008.
14. *Орлова Н.В.* Брак и семья в международном частном праве. М., 1966.
15. *Сборник международных договоров Российской Федерации по оказанию правовой помощи.* М., 1996.
16. *Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. Основные институты* / под ред. В.В. Залесского. М., 2004.
17. *Толстых В.Л.* Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. М., 2002.
18. *Федосеева Г.Ю.* Брачно-семейные отношения как объект международного частного права Российской Федерации. М., 2006.
19. *Федосеева Г.Ю.* Брачно-семейные отношения международного характера и международное частное право: объект и отрасль или две самостоятельные отрасли права? // Lex Russica. Научные труды МГЮА. 2005. № 2.
20. *Федосеева Г.Ю.* Институт императивных норм и применение ст. 1192 ГК РФ к брачно-семейным отношениям по аналогии права // Lex Russica. Научные труды МГЮА. 2005. № 2.

Глава 20. Коллизионное семейное право

21. *Федосеева Г.Ю.* Принцип наиболее тесной связи и принцип наиболее благоприятного права применительно к регулированию трансграничных брачно-семейных отношений // *Lex Russica. Научные труды МГЮА.* 2006. № 1.
22. *Шебанова Н.А.* Семейные отношения в международном частном праве. М., 1995.

Глава 21

Трудовые отношения в международном частном праве

§ 1. Общие вопросы

При определении предмета международного частного права (см. гл. 1 учебника) отмечалось: к сфере международного частного права наряду с гражданскими и семейными отношениями, возникающими в условиях международной жизни, относятся и осложненные иностранным элементом трудовые отношения. Частноправовая природа трудовых отношений находит выражение в использовании при их регламентации известных цивилистических категорий — договор, контракт, право- и дееспособность, возмещение ущерба, исковая давность и др. Иногда говорят о существовании «международного частного трудового права» как подотрасли международного частного права.

Общие принципы частногоправового регулирования, объединяющие гражданские и значительную часть трудовых отношений, обуславливают применение к последним категорий и понятий международного частного права. А.С. Довгерт пишет: «Не вдаваясь в подробный анализ различных подходов к соотношению гражданского и трудового права, следует лишь подчеркнуть, что трудовые и гражданские отношения при имеющихся различиях объединены общими принципами частногоправового регулирования. Это их качество и дает возможность в трудовых отношениях с иностранным элементом применить инструментарий международного частного права, кото-

рый вырабатывался главным образом под воздействием развития международных гражданских отношений»¹.

Вместе с тем в сфере трудового права с большей силой, чем в гражданском и семейном праве, проявляет себя публично-правовое начало, ограничивающее действие коллизионных норм страны суда и, как следствие, применение иностранных законов. Иными словами, **отнесение тех или иных трудовых отношений к области международного частного права предопределяется их частноправовым содержанием.** Но и в тех случаях, когда частноправовая природа трудового отношения, осложненного иностранным элементом, не вызывает сомнений, оно все же оказывается в ряде стран в границах такого «правового поля», где обращение к местному праву является обязательным и его императивные нормы или оговорка о публичном порядке имеют решающее значение.

Продолжением особенностей «международного частного трудового права» является *более «осторожное» отношение законодателя к началу автономии воли*, ограничение его в некоторых странах определенными пределами, ориентированными на защиту интересов «слабой» стороны.

Говоря об источниках международного частного трудового права, нельзя не отметить скудность его нормативной базы в законодательстве Российской Федерации.

Трудовой кодекс РФ включил общую норму (ст. 11) *о национальном режиме*, применяемом к трудовым отношениям иностранных граждан, лиц без гражданства, организаций, созданных или учрежденных ими либо с их участием, работников международных организаций и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором. Но в последующих нормах Кодекса эта тема не получила развития.

В Трудовой кодекс РФ включена и глава *об особенностях регулирования труда работников*, направленных на работу в дипломатические представительства и консульские учреждения Российской Федерации, а также в представительства федеральных органов исполнительной власти и государственных учреждений Российской Федерации за границей (гл. 53). Большая часть положений этой главы носит характер скорее специальных норм трудового права.

¹ Довгерт А.С. Правовое регулирование международных трудовых отношений. Киев, 1992. С. 13.

Гораздо более полно тема участия иностранных граждан в трудовых отношениях раскрыта в **Федеральном законе «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»** и принятых на его основе актах Правительства РФ и иных федеральных органов исполнительной власти.

Незначительна роль **обычая** в формировании норм права в данной области. Вместе с тем в результате деятельности международных отраслевых и региональных организаций расширяется объем унифицированных (посредством международных договоров) материально-правовых и коллизионных предписаний, охватывающих различные «блоки» трудовых отношений. В ряде таких договоров принимает участие и Россия.

Круг вопросов, которые решает международное частное трудовое право, обширен и отличается разнообразием охватываемых отношений. Среди них — отношения российских граждан и иностранных работодателей (нанимателей) за границей и в России, работа российских граждан в международных организациях, работа иностранных граждан в Российской Федерации, включая российские организации с иностранным участием, и др.

Основополагающее значение для правового воздействия на любую область трудовых отношений имеют Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах и Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г.

Международная организация труда (МОТ), являющаяся специализированным учреждением ООН, разрабатывает международные стандарты в области охраны труда (в форме конвенций и рекомендаций) и контролирует их соблюдение государствами — членами Организации. С деятельностью МОТ связано становление многих прогрессивных норм в сфере трудовых отношений.

§ 2. Законодательство Российской Федерации о трудовой деятельности иностранных граждан в России и российских граждан за рубежом

1. Конституция РФ (ст. 37) провозглашает: труд свободен. Каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. Запрещается принуди-

тельный труд, закрепляется право каждого на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации и не ниже установленного федеральным законом минимального размера оплаты труда, а также право на защиту от безработицы. Признается право на индивидуальные и коллективные трудовые споры с использованием установленных федеральным законом способов их разрешения, включая право на забастовку. Каждый имеет право на отдых. Работающему по трудовому договору гарантируются установленные федеральным законом продолжительность рабочего времени, выходные и праздничные дни, оплачиваемый ежегодный отпуск.

Правило ч. 3 ст. 62 Конституции РФ о приравнивании иностранных граждан и лиц без гражданства в правах и обязанностях к гражданам Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ, распространяется и на область трудовых отношений.

Распространяется на эту область и Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», согласно которому (ст. 4) **иностранные граждане пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с российскими гражданами**, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом.

Названный Закон исходит из того, что иностранные граждане пользуются правом свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, а также правом на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности с учетом ограничений, предусмотренных федеральным законом.

Лицо, признанное беженцем, и прибывшие с ним члены его семьи имеют права на получение содействия в направлении на профессиональное обучение или в трудоустройстве, на работу по найму или предпринимательскую деятельность, на социальную защиту, в том числе социальное обеспечение. Этими правами они пользуются наравне с российскими гражданами в соответствии с **Федеральным законом «О беженцах»**, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов РФ, за ис-

ключением случаев, предусмотренных законодательством РФ и международными договорами РФ.

Лицо, которому предоставлено политическое убежище, пользуется на территории Российской Федерации правами и свободами и несет ответственность наравне с российскими гражданами, кроме случаев, установленных для иностранных граждан и лиц без гражданства федеральными законами, международными договорами РФ. Правовое положение членов персонала дипломатических представительств и консульских учреждений иностранных государств, а также международных организаций на территории Российской Федерации было рассмотрено в гл. 5 учебника.

Иностранные граждане и лица без гражданства, проживающие на территории Российской Федерации, могут состоять в российских профсоюзах, за исключением случаев, установленных федеральными законами или международными договорами РФ. К числу работодателей, на которых распространяется действие Федерального закона от 1 апреля 1996 г. № 27-ФЗ «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе обязательного пенсионного страхования»¹, отнесены и работодатели — иностранные юридические лица и их обособленные подразделения, международные организации, осуществляющие свою деятельность на территории Российской Федерации, иностранные граждане, лица без гражданства, проживающие в России. К плательщикам страховых взносов государственного пенсионного страхования Федеральный закон отнес (наряду с российскими) иностранных граждан и лиц без гражданства, самостоятельно уплачивающих такие взносы.

Постоянно проживающим на территории Российской Федерации иностранным гражданам и лицам без гражданства, а также беженцам и временно проживающим иностранным гражданам и лицам без гражданства, подлежащим обязательному социальному страхованию, назначаются и выплачиваются государственные пособия на детей². Постоянно проживающие в Российской Федерации иност-

¹ СЗ РФ. 1996. № 14. Ст. 1401.

² См. п. 3 Порядка и условий назначения и выплаты государственных пособий гражданам, имеющим детей, утвержденного Приказом Министерства здравоохранения и социального развития РФ от 23 декабря 2009 г. № 1012н // Российская газета. 2010. 27 янв.

В состав летного экипажа воздушного судна Российской Федерации, которое относится к коммерческой гражданской авиации, могут входить только граждане Российской Федерации. Включение в состав летного экипажа данного воздушного судна иностранного гражданина допускается только на период его подготовки в целях получения допуска к деятельности по осуществлению воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов и почты на воздушном судне определенного типа при условии, что иностранный гражданин не исполняет обязанностей командира воздушного судна Российской Федерации (ст. 56 Воздушного кодекса РФ¹).

Иностранные граждане не могут быть приняты на работу на объекты и в организации, деятельность которых связана с обеспечением безопасности Российской Федерации. К числу таких объектов, в соответствии с перечнем, утвержденным Правительством РФ, относятся:

- 1) объекты и организации Вооруженных Сил Российской Федерации, других войск и воинских формирований;
- 2) структурные подразделения по защите государственной тайны и подразделения, осуществляющие работы, связанные с использованием сведений, составляющих государственную тайну, органов государственной власти и организаций;
- 3) организации, в состав которых входят радиационно опасные и ядерно опасные производства и объекты, на которых осуществляются разработка, производство, эксплуатация, хранение, транспортировка и утилизация ядерного оружия, радиационно опасных материалов и изделий.

В отличие от ранее действовавшего Закона РСФСР от 4 июля 1991 г. № 1545-1 «Об иностранных инвестициях в РСФСР»² Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» не затрагивает вопросов трудовых отношений и социального страхования. Регулирование соответствующих отношений осуществляется на основе ч. 3 ст. 62 Конституции РФ, федеральных законов и международных договоров РФ.

2. В миграционном потоке принято выделять различные категории лиц, именуемых **субъектами миграции**. Основу их классификации составляют свойственные им общие признаки.

¹ СЗ РФ. 1997. № 12. Ст. 1383.

² Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 29. Ст. 1008.

ства или по трудовым контрактам, в первую очередь квалифицированных специалистов;

- создание в Российской Федерации системы поддержки в приоритетном порядке квалифицированных специалистов, деятелей науки, культуры, искусства и спорта.

3. Федеральным законом «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» определяются **условия приглашения иностранных граждан на въезд в Российскую Федерацию** в целях осуществления трудовой деятельности, а также **условия участия иностранных граждан в трудовых отношениях**.

Первые основываются на квотировании ежегодно Правительством РФ выдачи иностранным гражданам указанных приглашений, вторые исходят из разрешительного порядка привлечения и использования работодателем или заказчиком работ (услуг) иностранных работников и осуществления ими трудовой деятельности.

Утверждаемая Правительством РФ квота на выдачу иностранным гражданам приглашений на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности определяется Правительством РФ по предложениям исполнительных органов государственной власти субъектов РФ с учетом демографической ситуации в соответствующем субъекте и возможностей данного субъекта по обустройству иностранных граждан. Предложения формируются на основе принципа приоритетного использования национальных трудовых ресурсов с учетом ситуации на рынке труда.

Приглашение на въезд в Российскую Федерацию иностранного работника в целях осуществления трудовой деятельности выдается федеральным органом исполнительной власти, ведающим вопросами внутренних дел, или его территориальным органом по ходатайству о выдаче приглашения, поданному работодателем или заказчиком работ (услуг) в соответствующий орган.

Вместе с ходатайством о выдаче приглашения *работодатель или заказчик работ (услуг) представляет* в территориальный орган федерального органа исполнительной власти, ведающего вопросами внутренних дел, либо непосредственно в федеральный орган исполнительной власти, ведающий вопросами внутренних дел, если выдача приглашения осуществляется указанным федеральным органом:

- 1) разрешение на привлечение и использование иностранных работников;

- 2) документы, необходимые для выдачи разрешения на работу для каждого иностранного работодателя. Одновременно с приглашением работодателю или заказчику работ (услуг) выдается разрешение на работу для каждого иностранного работника.

Работодателем именуется физическое или юридическое лицо, получившее в установленном порядке разрешение на привлечение и использование иностранных работников и использующее труд иностранных работников на основании заключенных с ними трудовых договоров.

Заказчиком работ (услуг) является физическое или юридическое лицо, получившее в установленном порядке разрешение на привлечение и использование иностранных работников и использующее труд иностранных работников на основании заключенных с ними гражданско-правовых договоров на выполнение работ (оказание услуг).

В качестве работодателя и заказчика работ (услуг) может выступать в том числе иностранный гражданин, зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя.

Работодатель и заказчик работ (услуг) имеют право привлекать и использовать иностранных работников только при наличии разрешения на привлечение и использование иностранных работников. Исключение составляют иностранные граждане, прибывшие в Российскую Федерацию в порядке, не требующем получения визы, и имеющие разрешение на работу. Они могут привлекаться к работе и без получения разрешения на привлечение и использование иностранных работников, но с обязательным уведомлением о таких привлечении и использовании территориального органа федерального органа исполнительной власти в сфере миграции и органа исполнительной власти, ведающего вопросами занятости населения в соответствующем субъекте РФ.

Что касается *иностраных работников*, то они вправе осуществлять трудовую деятельность **при наличии разрешения на работу**.

Однако *разрешительный порядок не распространяется на иностранных граждан*:

- 1) постоянно проживающих в Российской Федерации;
- 2) являющихся участниками Государственной программы по оказанию содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубе-

жом, и членов их семей, переселяющихся совместно с ними в Российскую Федерацию;

- 3) являющихся сотрудниками дипломатических представительств, работниками консульских учреждений иностранных государств в Российской Федерации, сотрудниками международных организаций, а также частными домашними работниками указанных лиц;
- 4) являющихся работниками иностранных юридических лиц (производителей или поставщиков), выполняющих монтажные (шефмонтажные) работы, сервисное и гарантийное обслуживание, а также послегарантийный ремонт поставленного в Российскую Федерацию технического оборудования;
- 5) являющихся журналистами, аккредитованными в Российской Федерации;
- 6) обучающихся в Российской Федерации в образовательных учреждениях профессионального образования и выполняющих работы (оказывающих услуги) в течение каникул;
- 7) обучающихся в Российской Федерации в образовательных учреждениях профессионального образования и работающих в свободное от учебы время в качестве учебно-вспомогательного персонала в тех образовательных учреждениях, в которых они обучаются;
- 8) приглашенных в Российскую Федерацию в качестве преподавателей для проведения занятий в образовательных учреждениях, за исключением лиц, въезжающих в Российскую Федерацию для занятия преподавательской деятельностью в учреждениях профессионального религиозного образования (духовных образовательных учреждениях).

В соответствии с общим правилом временно проживающие и временно пребывающие в Российской Федерации иностранные граждане не вправе осуществлять трудовую деятельность вне пределов субъекта РФ, на территории которого ему разрешено временное проживание. Однако в некоторых случаях с учетом особенностей региональных экономических связей уполномоченный Правительством РФ федеральный орган исполнительной власти может устанавливать случаи осуществления трудовой деятельности иностранным гражданином вне пределов субъекта РФ, на территории которого ему выдано разрешение на работу.

Надо заметить, что право ряда стран не только не исключает возможности применения начала *lex voluntatis* в сфере трудовых отношений, но и не ограничивает стороны в выборе применимого права (такова практика Великобритании, Канады, Германии). Иначе решаются вопросы о допустимости выбора права, например, в венгерском законе, который предписывает применять к трудовому отношению, если нормативный акт не предусматривает иного, закон той страны, на территории которой выполняется работа.

И все же прослеживается тенденция к определению тех или иных пределов, в которых допускается выбор сторонами применимого права. В США такой выбор предполагает наличие существенной связи между применимым правом и трудовым контрактом. Ограничивается круг правовых систем, которым может быть подчинен трудовой договор, в Польше. Швейцарский закон позволяет сторонам подчинить трудовой договор праву страны обычного местопребывания работника или праву страны основного места деятельности, места жительства либо обычного местопребывания нанимателя.

Действие права, определяемого по выбору участников трудового договора, может быть ограничено требованием того, чтобы при этом работник не был лишен защиты, предоставляемой ему началом *lex loci laboris*. В Гражданском кодексе Квебека предусматривается: указание сторон на право, применимое к трудовому договору, не лишает работника защиты, которая предоставляется ему императивными нормами права страны, где работник обычно выполняет свою работу (даже если он временно выполняет задание в другой стране), или, в отсутствие такой страны, императивными нормами права страны, где работодатель имеет свой домицилий или постоянное место осуществления деловых операций.

Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. подчиняет индивидуальные трудовые контракты (определение их в Конвенции не предусматривается) системе коллизионных предписаний, в составе которых выделяется отсылка к праву *lex loci laboris*. Независимо от положений ст. 3 Конвенции, закрепляющей автономию воли сторон как главное коллизионное начало, работник, с которым заключен трудовой контракт, не может быть лишен защиты, предоставляемой ему императивными нормами права, подлежащего применению в силу п. 2 ст. 6 в отсутствие выбора применимого права. В соответствии с правилами этого пункта трудовой

контракт в отсутствие выбора применимого права подчиняется: праву страны, в которой работник обычно выполняет свою работу по этому контракту, даже если он временно выполняет задание в другой стране, или, если нет такой страны, — праву страны, где находится предприятие, нанявшее работника. Если из обстоятельств следует, что контракт более тесно связан с другой страной, подлежит применению право этой страны.

О недопустимости лишения работника защиты, предоставляемой ему императивными нормами права, применяемого в отсутствие выбора права сторонами, идет речь во Вводном законе к Германскому гражданскому уложению 1896 г. (в редакции 1986 г.), законодательном акте Румынии.

Согласно законам о международном частном праве Австрии и Лихтенштейна выбор права, применимого к трудовому контракту, не принимается во внимание, если это наносит ущерб работнику. «Защитные» оговорки, подобные упомянутым, характерны для судебной практики Франции, Бельгии, а также для некоторых латиноамериканских стран.

Правило об императивных нормах «социальной защиты» включено в Закон о международном частном праве Грузии: оно позволяет не принимать во внимание выбор права, если он не считается с императивными нормами о защите работников от дискриминации. Эта норма применяется также по отношению к трудовым договорам, заключенным в стране, где лица, находящиеся «под социальной защитой», имеют обычное место жительства или где действуют такие защитные нормы.

Линия на защиту трудовых прав российских граждан выражена (хотя и за рамками коллизионной проблемы) в заявлении, сделанном Россией при ратификации *Соглашения между Правительством Российской Федерации и Объединенным институтом ядерных исследований о местопребывании и об условиях деятельности Объединенного института ядерных исследований в Российской Федерации* 1995 г.¹ в связи с использованием в п. 1 ст. 6 этого Соглашения понятия «правила».

¹ См.: Федеральный закон от 2 января 2000 г. № 39-ФЗ // СЗ РФ. 2000. № 2. Ст. 160. Россия продолжает членство СССР в этой международной организации и является местом пребывания Института.

Российская Федерация, говорится в заявлении, исходит из того понимания, что при применении указанного Соглашения уровень защиты трудовых прав российских граждан, вступающих в трудовые отношения с Институтом и осуществляющих трудовую деятельность на территории Российской Федерации, не может быть ниже того, который установлен законодательством РФ о труде. В связи с этим понятие «правила», используемое в п. 1 ст. 6 Соглашения, будет толковаться Российской Федерацией как не относящееся к правилам, понижающим уровень защиты трудовых прав работников Института из числа российских граждан по сравнению с уровнем, установленным законодательством РФ о труде.

Согласно упомянутой статье Соглашения Институт имеет право в целях создания условий, необходимых для осуществления его официальной деятельности, издавать правила, действующие в определенных пределах, причем законодательство РФ, противоречащее какому-либо из этих правил, санкционированных данной статьей, не применяется в части, противоречащей этим правилам.

Отсылка к *lex loci laboris* (в случаях, когда выбор применимого права сторонами не осуществлен) занимает основное место в системе коллизионных привязок, принятых в области трудовых отношений.

Другими известными этой области коллизионными привязками являются:

- личный закон сторон (общее гражданство, общий домицилий);
- место предпринимательской деятельности нанимателя;
- коллизионные начала типа *the proper law of the contract* и др.

Особенности фактического состава некоторых видов трудовых отношений обуславливают закрепление в праве специальных (по отношению, например, к *lex loci laboris*) коллизионных правил (в частности для лиц, работающих на судах водного и воздушного транспорта, — *lex banderae*, в отношении лиц, выполняющих работу в зарубежной командировке, — *lex delegationis*).

В числе привязок, применимых в случаях, когда согласно трудовому договору работа выполняется на территории нескольких государств, известны привязки к личному закону работодателя (Венгрия), закону основного места деятельности, места жительства или обычного местопребывания нанимателя (Швейцария).

А.С. Довгерт предлагает следующие рамки решения проблемы *lex voluntatis* в международных трудовых отношениях:

Сходным образом решается в ст. 416 КТМ РФ вопрос об условиях труда членов экипажа судна: 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.

Статья 3 Трудового кодекса РФ запрещает дискриминацию в сфере труда. Лица, считающие, что они подверглись дискриминации в сфере труда, вправе обратиться в суд с заявлением о восстановлении нарушенных прав, возмещении материального ущерба и компенсации морального вреда. В этих случаях отказ в применении нормы иностранного права, дискриминирующей работника, будет, очевидно, основываться на сложившейся в отечественном праве концепции оговорки о публичном порядке, современным выражением которой является правило ст. 1193 ГК РФ «Оговорка о публичном порядке».

§ 4. Международные правовые документы о трудящихся-мигрантах

Основополагающие международные правовые акты о правах и свободах человека распространяются на любых физических лиц, включая трудящихся-мигрантов. В то же время ряд международно-правовых документов адресован непосредственно трудящимся-мигрантам.

Генеральной Ассамблеей ООН в 1990 г. была принята *Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей*¹. Конвенция обязывает участвующие в ней государства предоставлять трудящимся-мигрантам обращение не менее благоприятное, чем то, которое применяется к гражданам государства работы по найму при решении вопросов вознаграждения и других условий труда (сверхурочного времени, рабочего времени, еженедельного отдыха, оплачиваемых отпусков, безопасности, охраны

¹ Конвенция не ратифицирована необходимым количеством государств и не вступила в силу. См.: *Международное публичное право: сб. документов*. Т. 1. С. 492–515.

здоровья, прекращения трудовых взаимоотношений и любых иных условий труда, на которые в соответствии с национальными законами и практикой распространяется это понятие), а также условий занятости (вопросы минимального возраста занятости, ограничения надомного труда и любые иные вопросы, которые в соответствии с национальными законами и практикой считаются условиями занятости).

Трудящимся-мигрантам и членам их семей предоставляется, в частности, право создавать профсоюзы и ассоциации в государстве работы по найму с целью обеспечения и защиты своих экономических, социальных, культурных и иных интересов, переводить заработанные средства и сбережения, в том числе суммы, необходимые для содержания семей, из государства работы по найму в государство происхождения или любое другое государство.

Международная организация труда приняла, в частности:

- Конвенцию № 97 — о правах трудящихся-мигрантах 1949 г.¹;
- Конвенцию № 118 — о равноправии граждан страны и иностранцев и лиц без гражданства в области социального обеспечения 1962 г.²;
- Конвенцию № 143 — о злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения 1975 г.³;
- Рекомендация № 86 о трудящихся-мигрантах 1949 г.⁴;
- Рекомендация № 151 о трудящихся-мигрантах 1975 г.⁵

Все эти Конвенции Российской Федерацией не ратифицированы.

В рамках Совета Европы приняты Европейская конвенция об устройстве и предпринимательстве, Европейская конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов 1977 г.⁶, Европейская конвенция

¹ Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1919–1956. Т. I. Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 965–981.

² Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957–1990. Т. II. Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1330–1337.

³ Там же. С. 1779–1794.

⁴ Там же. Т. I. С. 982–999.

⁵ Там же. Т. II. С. 1787–1794.

⁶ СПС «КонсультантПлюс».

о социальном обеспечении 1972 г.¹, Европейский кодекс социального обеспечения 1964 г.², Европейская социальная хартия 1961 г.³

Странами СНГ заключены многосторонние соглашения: о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов 1994 г.⁴, о гарантиях прав граждан государств — участников СНГ в области пенсионного обеспечения 1992 г.⁵, двусторонние договоры о социальном обеспечении, о трудовой деятельности и социальной защите граждан, работающих за пределами своих государств.

Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов 1994 г. регулирует основные направления сотрудничества сторон в сфере трудовой деятельности и социальной защиты лиц (работников) и членов их семей, которые постоянно проживают на территории одной из стран-участниц и осуществляют свою трудовую деятельность на предприятиях, в учреждениях, организациях всех форм собственности на территории другой страны-участницы в соответствии с законодательством стороны трудоустройства.

Соглашение не распространяется на беженцев и вынужденных переселенцев, на въехавших в страну на короткий срок лиц свободных профессий и артистов; на лиц, приезжающих с целью получить образование.

По Соглашению трудовая деятельность работника оформляется трудовым договором (контрактом), заключаемым с работодателем на государственном языке стороны трудоустройства и русском языке, в соответствии с трудовым законодательством стороны трудоустрой-

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² Там же.

³ См.: *Сборник международных правовых документов, регулирующих вопросы миграции*. М., 1994; *Социальные права человека. Документы и материалы Совета Европы*. Ч. I и II. М., 1996.

Российская Федерация в сентябре 2000 г. подписала Европейскую социальную хартию (пересмотренную) от 3 мая 1996 г.

⁴ Бюллетень международных договоров. 1997. № 2. С. 3–7. Соглашение вступило в силу для Российской Федерации 1 сентября 1995 г.

⁵ Бюллетень международных договоров. 1993. № 4. С. 26–28.

ства; договор (контракт) вручается работнику до его выезда на работу.

В трудовом договоре (контракте) должны содержаться основные реквизиты работодателя и работника, профессиональные требования к работнику, сведения о характере работы, условиях труда и его оплаты, продолжительности рабочего дня и отдыха, условиях проживания, а также о сроке действия трудового договора (контракта), условиях его расторжения, порядке покрытия транспортных расходов. Статья 6 Соглашения определяет: работники пользуются правами и выполняют обязанности, установленные трудовым законодательством стороны трудоустройства.

В случае расторжения трудового договора (контракта) в связи с ликвидацией или реорганизацией предприятия (учреждения, организации), сокращением численности или штата работников на трудящегося-мигранта распространяются льготы и компенсации согласно законодательству стороны трудоустройства для высвобожденных по указанным основаниям работников. Возвращение трудящегося-мигранта в сторону выезда осуществляется в этом случае за счет средств работодателя.

Законодательство стороны трудоустройства регулирует вопросы пользования трудящимися-мигрантами социальным страхованием и социальным обеспечением [кроме пенсионного обеспечения, осуществляемого в соответствии с Соглашением о гарантиях прав граждан в области пенсионного обеспечения 1992 г. и (или) двусторонними соглашениями], а также порядок возмещения работнику вреда, причиненного увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением им трудовых обязанностей (если иное не предусмотрено отдельными соглашениями).

Главами правительств СНГ 9 сентября 1994 г. подписано *Соглашение о взаимном признании прав на возмещение вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей*¹. В соответствии со ст. 6 этого Соглашения государства-участники приняли на себя обязательство в первоочередном поряд-

¹ Бюллетень международных договоров. 1995. № 12. С. 3–6. Вступило в силу для Российской Федерации с 6 октября 1995 г.

ности, установленные трудовым законодательством стороны трудоустройства (включая вопросы трудовых отношений, коллективных договоров, оплаты труда, режима рабочего времени и времени отдыха, охраны и условий труда и др.);

- 2) трудовой стаж, включая стаж, исчисляемый в льготном порядке, и стаж работы по специальности, приобретенный в связи с трудовой деятельностью на территориях обеих сторон, взаимно признается сторонами;
- 3) исчисление стажа производится по законодательству той стороны, на территории которой осуществлялась трудовая деятельность;
- 4) сторонами признаются дипломы, свидетельства и другие документы государственного образца об уровне образования и квалификации, выданные соответствующими компетентными органами сторон, без легализации.

Правительством РФ заключены также соглашения:

- с Правительством Республики Беларусь о трудовой деятельности и социальной защите граждан Российской Федерации, работающих на территории Республики Беларусь¹ и граждан Республики Беларусь, работающих на территории Российской Федерации, 1993 г.;
- Правительством Республики Молдова о трудовой деятельности и социальной защите граждан Российской Федерации и Республики Молдова, работающих за пределами своих государств, 1993 г.²;
- Правительством Республики Армения о трудовой деятельности и социальной защите граждан Российской Федерации, работающих на территории Республики Армения, и граждан Республики Армения, работающих на территории Российской Федерации, 1994 г.³;
- Правительством Киргизской Республики о трудовой деятельности и социальной защите трудящихся-мигрантов 1996 г.⁴

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² Бюллетень международных договоров. 2005. № 10. С. 6–9.

³ Бюллетень международных договоров. 1995. № 5.

⁴ СЗ РФ. 1998. № 48. Ст. 5858.

В соответствии с Договором между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о равных правах граждан стороны обеспечивают гражданам Российской Федерации и Беларуси равные права на трудоустройство, оплату труда и предоставление других социально-правовых гарантий на территориях Российской Федерации и Беларуси.

Соглашение между Правительством РФ и Правительством Словацкой Республики об организации занятости в рамках выполнения договоров подряда и взаимном трудоустройстве граждан 1995 г.¹ распространило на трудовые отношения граждан государства одной стороны, постоянно проживающих на его территории и осуществляющих временную трудовую деятельность на основе трудового договора (контракта) на территории государства другой стороны, законодательство принимающего государства в области труда и его оплаты, занятости, медицинского страхования и возмещения вреда, причиненного здоровью работника.

Трудовая деятельность, осуществляемая в рамках договоров подряда, заключенных между работодателем государства постоянного проживания работника и юридическим (физическим) лицом принимающего государства, регулируется законодательством государства, на территории которого находится работодатель.

Контрольные вопросы

1. Каковы особенности применения национального режима в области трудовых отношений с участием иностранных граждан и лиц без гражданства?
2. Каков порядок привлечения и использования в России иностранной рабочей силы?
3. Какие требования предъявляются российским законом к деятельности, связанной с трудоустройством российских граждан за рубежом?
4. Каковы основные коллизионные нормы, применяемые для решения коллизионных вопросов в области трудовых отношений, осложненных иностранным элементом?
5. Каков предмет регулирования в международных многосторонних и двусторонних договорах о трудящихся-мигрантах?

¹ Бюллетень международных договоров. 2004. № 10. С. 44–48.

Рекомендуемая литература

1. Аметистов Э.М. Международное право и труд. М., 1982.
2. 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.
3. Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. 6-е изд. М., 2009. Гл. 17.
4. Глазырин В.В. Труд иностранцев в России. М., 1997.
5. Довгерт А.С. Правовое регулирование международных трудовых отношений. Киев, 1992.
6. Жильцова Ю.В. Международно-правовой статус трудящихся-мигрантов // Российский юридический журнал. 2008. № 5.
7. Киселев И.Я. Международный труд: практ. пособие. М., 1997.
8. Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002.
9. Лунц Л.А. О трудовых отношениях в рамках международных (межгосударственных) организаций и гражданско-правовых отношений этих организаций // Проблемы совершенствования советского законодательства / Труды ВНИИСЗ. 1974. № 1.
10. Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: учебник. М., 1984. Гл. 19.
11. Международное частное право. Современные проблемы: в 2 кн. Кн. 1. М., 1993. Гл. 3.
12. Международное частное право: учебник / под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2004. Гл. 17.
13. Овсяк А.М. Международная защита прав трудящихся-мигрантов // Юрист-международник. 2008. № 2.
14. Сборник международных правовых документов, регулирующих вопросы миграции. М., 1994.
15. Социальные права человека. Документы и материалы Совета Европы. Ч. I и II. М., 1996.
16. Хартия Европейского союза об основных правах: комментарий / под ред. С.Ю. Кашкина. М., 2001.

Глава 22

Международный гражданский процесс

§ 1. Общие положения. Источники

1. Особенности судопроизводства по гражданским делам (в широком смысле слова, включая и дела, возникающие в связи с осуществлением экономической деятельности), в котором участвуют иностранные граждане и организации или которое иным образом связано с иностранным государством, регулируются нормами международного гражданского процесса (международного гражданского процессуального права). Термин «международный» в данном случае условен, поскольку речь идет не о международных, наднациональных, судах, а о рассмотрении гражданских дел судами того или иного государства, в России — российскими судами.

Связь с иностранным государством обычно выражается в осложнении гражданского правоотношения, являющегося предметом судебного разбирательства, тем или иным иностранным элементом (понятие иностранного элемента в гражданском правоотношении раскрывается в ст. 1186 ГК РФ — см. гл. 1 учебника). Однако международный характер судопроизводства может проявляться и иначе, когда оказывается необходимым (в том числе и по делам без участия иностранных лиц) допросить свидетеля, проживающего за границей, или истребовать из-за границы документы, выданные иностранными властями. Российский суд вообще может не вести основное производство по гражданскому делу, а лишь выполнять поручение ведущего такое производство иностранного суда о совершении отдельных процессуальных действий или по просьбе взыскателя осуществлять

действия, связанные с признанием и исполнением в Российской Федерации решений иностранных судов.

В современных условиях число гражданских дел, рассмотрение которых имеет международную специфику, увеличивается, что связано с укреплением внешнеэкономических связей, расширением контактов между гражданами разных стран, а также распадом СССР и ростом миграции населения в пределах бывшей его территории.

Место норм международного гражданского процессуального права в системе отраслей права оценивается неоднозначно, поскольку эти процессуальные нормы, определяющие деятельность судов по разрешению гражданских дел с иностранным элементом и носящие поэтому в принципе публично-правовой характер, в ряде случаев (соглашения сторон о подсудности, предписания о доказательствах и др.) затрагивают и частноправовую сферу.

Господствующая в доктрине позиция сводится к тому, что **международный гражданский процесс относится к гражданскому процессуальному праву как отрасли права** (Л.А. Лунц, Г.К. Дмитриева, В.П. Звеков, А.Г. Светланов, Г.Ю. Федосеева и др.). Есть, однако, и другие точки зрения. Так, предлагается относить международный гражданский процесс к международному частному праву, включать процессуальные отношения «в качестве составляющей» объекта регулирования «такой специфической отрасли права, как международное частное право»¹.

Предлагается также рассматривать международный гражданский процесс в качестве составной части комплексной отрасли права,

¹ См.: *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: в 2 т.: учебник. Т. 1: Общая часть. С. 86, 87. Позднее эта позиция была несколько изменена — МЧП стало рассматриваться как «специфическая подсистема национального права каждого из государств, обладающая иными системными характеристиками, нежели отрасль права» (*Ануфриева Л.П.* Виды взаимодействия международного публичного и международного частного права. Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. СПб., 2007. С. 376). Но автор, по-видимому, по-прежнему исходит из включения международного гражданского процесса в международное частное право. Включает международный гражданский процесс в состав международного частного права и Т.Н. Нешатаева (*Нешатаева Т.Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004. С. 19). Н.Ю. Ерпылева утверждает, что «международный гражданский процесс является отраслью МЧП как комплексного образования» (*Ерпылева Н.Ю.* Системная принадлежность международного частного права // Журнал международного частного права. 2009. № 2. С. 15).

именуемой «международное частное право и международный гражданский процесс», включающей в себя правовые образования публичного и частного права¹.

Некоторые авторы считают, что вряд ли стоит относить международный гражданский процесс к той или другой отрасли, он должен акцептироваться как самостоятельная правовая материя². При этом иногда международное гражданское процессуальное право рассматривается как самостоятельная отрасль международного права³.

Что касается *места международного гражданского процессуального права в системе правоведения*, то здесь в отечественной доктрине первостепенную роль играет тяготение данной области права скорее к международному частному праву. С международным частным правом его сближает иностранная характеристика рассматриваемых судами правоотношений, значительная роль международных договоров, влияние общих категорий международного права. Например, тесно связаны между собой проблемы международной подсудности (область международного гражданского процесса) и проблемы подлежащего применению гражданского (семейного) права (область международного частного права).

В международных договорах РФ соответствующие правила неразрывны. Переплетаются аспекты международного гражданского процессуального права и международного частного права и в других вопросах, например, при установлении содержания подлежащего применению иностранного права. Все это дает основания для **изучения и преподавания международного гражданского процесса в рамках международного частного права как отрасли правоведения**.

В России такой подход можно считать традиционным (Л.А. Лунц, М.М. Богуславский, Г.К. Дмитриева, Л.П. Ануфриева, В.П. Звеков, А.Г. Светланов и др.). В то же время следует отметить, что расширение регулирования международного гражданского процесса в основополагающих отраслевых законодательных актах — ГПК РФ и

¹ См.: Сулейменов М.К. Международное частное право в системе права. Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы / под ред. С.В. Бахина. СПб., 2007. С. 364.

² См.: Шак Х. Международное гражданское процессуальное право: учебник / пер. с нем. М., 2001. С. 5.

³ См., в частности: Юрова Н.М. Международное гражданское процессуальное право. М., 2008. С. 34.

установления содержания иностранного права, общие основания признания и исполнения иностранных судебных решений, определение соотношения действия источников.

2. Источники международного гражданского процессуального права, как и источники международного частного права, имеют двойственный характер. Это в основном **внутреннее законодательство и международные договоры**. В последнее время, особенно в Европе, возросла роль норм «наднационального» права.

Внутреннее законодательство государств в данной области различно, что во многом обусловлено различиями в самом гражданском процессе: разными подходами к принципу состязательности, средствам доказывания и т.п. Широкая унификация поэтому затруднительна. Однако это не умаляет значения международных договоренностей по ключевым вопросам международного гражданского процесса. Из международных договоров можно указать, в частности, на разработанную Гаагской конференцией по международному частному праву *Конвенцию по вопросам гражданского процесса*, первая редакция которой была принята еще в XIX в., а впоследствии неоднократно обновлялась вплоть до последней редакции 1954 г.¹ (для ряда стран она, однако, в настоящее время утратила силу в связи с заключением новых заменяющих ее конвенций 1965, 1970 и 1980 гг.), *Европейскую конвенцию об иммунитете государств* 1972 г., *Конвенцию ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности* 2004 г. По вопросам гражданского процесса действуют международные договоры американских государств (*Кодекс Бустаманте* 1928 г. и др.). Заключено большое число двусторонних договоров.

Для Европы особое значение имела Брюссельская конвенция о судебной компетенции и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам 1968 г.², способствовавшая формированию единого европейского правового пространства. Почти для всех членов ЕС она, однако, сейчас утратила значение в связи с принятием Советом ЕС 22 декабря 2000 г. *Регламента*

¹ *Сборник действующих договоров СССР*. Вып. XXV. М., 1972. С. 136–144.

² *О признании и исполнении иностранных судебных решений по экономическим спорам* (Документы и комментарии) // Библиотечка Вестника ВАС РФ. М., 1999. С. 196–208.

«О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей»¹).

Арбитражные (хозяйственные) суды применяют правила гл. 31–33 АПК РФ, где детально регулируются особенности рассмотрения дел с участием иностранных лиц, компетенция арбитражных судов (международная подсудность), приведение в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений.

Регулирование международного гражданского процесса в кодексах не исключает действия *специальных норм, содержащихся в иных федеральных законах*, например, в Федеральном законе «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», в Положении о дипломатических и консульских представительствах иностранных государств на территории СССР, утвержденном Указом Президиума Верховного Совета СССР от 23 мая 1966 г. № 4961-VI² в действующем в России Консульском уставе СССР и некоторых других актах.

Для тех и других судов важны также правила Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»³, Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 22-ФЗ «Об исполнительном производстве»⁴. Действует также Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»⁵.

Следует отметить, что некоторые вопросы международного гражданского процесса, имеющие общее для всей судебной системы Российской Федерации значение, например вопрос о юрисдикционном иммунитете иностранного государства, решаются в ГПК РФ и АПК РФ неодинаково, причем различия носят иногда принципиальный характер и не могут быть объяснены особенностями производ-

¹ Ведомости ВС СССР. 1988. № 26. Ст. 427. Согласно ст. 3 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 96-ФЗ «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» (СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3013) Указ от 21 июня 1988 г. впредь до приведения федеральных законов в соответствие с АПК РФ применяется в части, не противоречащей АПК РФ.

² Ведомости ВС СССР. 1966. № 22. Ст. 387.

³ СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1.

⁴ СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849.

⁵ СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3019.

объему специального закона о международном частном праве и международном гражданском процессе, где были бы сосредоточены те нормы обеих областей права, которые носят общий характер. Многими авторами поддерживается такая идея. При этом указывается на то, что это позволило бы избежать различий в регулировании (иногда принципиальных), существующих сейчас в ГПК РФ и АПК РФ, восполнить пробелы, устранить дублирование, позволило бы сосредоточить в одном акте тесно взаимосвязанные нормы частного и процессуального права.

Как уже отмечалось (см. гл. 2 учебника), в последние годы значительное число иностранных государств идет по пути создания таких специальных законов, объединяющих нормы международного частного права и международного гражданского процесса [законы о международном частном праве Швейцарии (1987 г.), Турции (1982 г.), Италии (1995 г.), Бельгии (2004 г.), Болгарии (2005 г.), Украины (2005 г.) и др.]. Однако в последнее время в российской доктрине высказано и отрицательное отношение к объединению норм частного и процессуального права в специальном законе, обосновываемое тем, что «юридически значимых связей коллизионных норм с нормами международного гражданского процесса практически не существует»¹.

К источникам международного гражданского процесса относятся и договоры России с иностранными государствами, а также действующие в нашей стране как правопреемнице СССР международные договоры СССР. Среди двусторонних договоров в первую очередь следует назвать *договоры о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам*, заключенные, в частности, с Албанией, Алжиром, Аргентиной, Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Грецией, Египтом, Индией, Ираком, Ираном, Испанией, Италией, Йеменом (НДРЙ), Кипром, Китаем, КНДР, Кубой, Монголией, Польшей, Румынией, Тунисом, Финляндией, Чехословакией (ныне — Чехия и Словакия), а также с рядом стран СНГ и Балтии. Есть и другие двусторонние договоры, где затрагиваются отдельные вопросы международного гражданского процесса.

¹ См.: *Маковский А.Л.* Кодификация гражданского права и развитие отечественного международного частного права // *Кодификация российского частного права* / под ред. Д.А. Медведева. М., 2008. С. 70.

В отношениях стран СНГ особенно велика роль Минской конвенции 1993 г.¹ (некоторые изменения в Конвенцию внесены Протоколом от 28 марта 1997 г.). Конвенция обеспечивает, с одной стороны, защиту в судах этих стран граждан стран-участниц и других лиц (т.е. лиц, не являющихся их гражданами), если они проживают в стране-участнице, а также юридических лиц; с другой — четкое и надежное правовое сотрудничество судов и других учреждений юстиции.

Конвенцией охватывается широкий круг вопросов сотрудничества в сфере гражданского процесса:

- правовая защита граждан и юридических лиц;
- порядок сношений при оказании правовой помощи;
- исполнение поручений учреждений юстиции;
- действительность документов;
- предоставление информации о праве;
- разграничение компетенции судов;
- вопросы применения права (коллиззионные нормы), признания и исполнения иностранных судебных решений;
- вопросы уголовного процесса.

7 октября 2002 г. большинство стран СНГ, участвующих в данной Конвенции, подписали в г. Кишиневе новую конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Конвенция вступила в силу 27 апреля 2004 г.², но Россия ее пока не ратифицировала), правила которой в области гражданского процесса в основном воспроизводят положения Минской конвенции 1993 г. Новая Кишиневская конвенция после вступления ее в силу заменяет собой в отношениях стран-участниц Минскую конвенцию 1993 г.

Для арбитражных (хозяйственных) судов стран СНГ велика роль Киевского соглашения 1992 г.³ В этом международном договоре:

- ¹ Участники Минской конвенции 1993 г.: Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан, Туркмения, Узбекистан, Украина.
- ² Участники Кишиневской конвенции 2002 г.: Азербайджан, Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Таджикистан.
- ³ Участники Киевского соглашения 1992 г.: Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Россия, Таджикистан, Туркмения, Узбекистан, Украина.

родной подсудности. Слово «международная» имеет здесь такое же значение, как и в терминах «международное частное право», «международный гражданский процесс»: имеются в виду отношения не межгосударственные, а возникающие в условиях международного гражданского оборота.

Каждое из государств обычно само определяет пределы компетенции (юрисдикции) своих судов и в принципе не обязано принимать во внимание соответствующие правила, действующие в других государствах. На вопрос о том, компетентен ли российский суд разрешать спор по определенному гражданскому делу, ответ, следовательно, надо искать в российском законодательстве или в соответствующем международном договоре РФ.

Т.М. Яблочков еще в 1909 г. писал: «Суды применяют, поскольку налицо нет государственных договоров, туземные положительные законы о подсудности. Судья не вправе и не обязан принимать в соображение чужеземные нормы о подсудности. Он не должен смущаться тем, что, быть может, его решение не будет признано в иностранном государстве»¹. Однако такая «независимость» имеет свои отрицательные стороны.

Различия в регулировании международной подсудности в законах отдельных государств (а такие различия связаны с применением разных критериев при определении подсудности) порождают так называемые **конфликты юрисдикции**:

- положительные, когда суды двух или более государств считают дело себе подсудным;
- отрицательные, когда и те, и другие отказываются от рассмотрения дела.

Наилучший выход из такого положения — заключить международные договоры, содержащие нормы о разграничении компетенции судов договаривающихся государств.

Такие договоры стали чаще заключаться в последнее время. В упоминавшихся выше Брюссельской конвенции о судебной компетенции и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам 1968 г. и Луганской (параллельной) конвенции 1988 г. вопросы компетенции (подсудности) решены как общее прави-

¹ Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процессуального права. Ярославль, 1909. С. 509.

ло на базе применения территориального признака (места жительства ответчика); разграничивается компетенция и с использованием правил специальной и исключительной подсудности. Несоблюдение при вынесении решения установленных правил компетенции может, согласно Конвенциям, явиться в дальнейшем основанием для отказа в признании и исполнении решения в других странах-участниках.

С принятием упомянутого выше (см. § 1 настоящей главы) Регламента № 44/2001 унифицированы правила о международной подсудности на наднациональном уровне. Юрисдикция определяется здесь как общее правило тоже на основании территориального критерия: иски должны предъявляться в судах государства, где ответчик имеет постоянное место жительства, независимо от его гражданства (ст. 2).

Допускается предъявление иска и в другом государстве в случаях, определенных в Регламенте (разд. 2 «Специальная юрисдикция»), например, по договорному обязательству — в судах по месту исполнения обязательства, по делам о предоставлении содержания — в судах по месту жительства или обычного местопребывания, имеющего право на получение содержания, по спорам из деликтов или квазиделиктов — в судах по месту, где произошло или может произойти вредоносное событие, и т.д.

Специально определяется юрисдикция по делам, связанным со страховой деятельностью (разд. 3), по потребительским договорам (разд. 4), по индивидуальным трудовым договорам (разд. 5). В разд. 6 установлена исключительная юрисдикция независимо от критерия постоянного места нахождения: в отношении исков, предмет которых являются вещные права на недвижимость, исков о действительности учреждения или прекращения компаний, юридических лиц и др. Допускаются пророгационные соглашения (разд. 7).

Унифицированы правила о международной подсудности (юрисдикции) и в некоторых других подобных документах, в частности в *Регламенте совета ЕС от 18 декабря 2008 г. № 4/2009 «О юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений и о сотрудничестве по вопросам, касающимся алиментных обязательств»*. Как правило, юрисдикцию имеет суд места постоянного проживания ответчика или суд места постоянного проживания кредитора (ст. 3). Допускаются соглашения сторон о выборе суда (ст. 4).

определение места регистрации, установлен Федеральным законом «О государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных предпринимателей».

Наряду с общим правилом международной подсудности применяется и **альтернативная подсудность**. В перечисленных в ст. 402 ГПК РФ случаях (перечень исчерпывающий) допускается рассмотрение дел судами РФ и при проживании (нахождении) ответчика за границей.

Существенными обстоятельствами, влияющими на подсудность, признаются:

- нахождение на территории Российской Федерации органа управления, филиала или представительства организации, наличие в Российской Федерации имущества;
- по определенным видам дел место жительства в Российской Федерации истца или российское гражданство одной из сторон, совершение действия или наступление иного обстоятельства в Российской Федерации.

Право выбора в этих случаях суда [иностранного по месту жительства (нахождения) ответчика или российского] принадлежит истцу.

Не исключается и действие специальных правил, определяющих **подсудность по отдельным видам дел**. Таковы, в частности, нормы о подсудности по делам о расторжении брака проживающих за границей российских граждан с проживающими там же лицами (независимо от их гражданства): подобные дела российским судам подсудны (ст. 160 СК РФ).

По некоторым делам законом устанавливается **исключительная подсудность** российским судам. Это, прежде всего, дела о вещных правах на находящиеся на территории Российской Федерации недвижимое имущество, в частности, земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты, леса, другие объекты, прочно связанные с землей (см. ст. 130 ГК РФ). Это также дела по спорам, возникающим из договора перевозки, если перевозчики находятся в Российской Федерации; о расторжении брака российского гражданина с иностранным лицом, если оба супруга имеют место жительства в Российской Федерации; по делам, возникающим из публичных правоотношений.

В ГПК РФ урегулирована **международная подсудность по делам особого производства**. При этом она тоже рассматривается как ис-

в виду, что п. 10 ч. 1 ст. 247 АПК РФ, в отличие от ГПК РФ, допускает рассмотрение дел арбитражными судами и в иных, кроме перечисленных в данной статье, случаях — **при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией Российской Федерации**. Эта новелла значительно расширяет сферу международной подсудности арбитражных судов Российской Федерации, предоставляя им, как следует из текста закона, право самим определять наличие связи правоотношения с территорией Российской Федерации и не связывая их при этом никакими ограничениями.

По некоторым делам с иностранным элементом российские арбитражные суды имеют *исключительную компетенцию* (дела, связанные с недвижимостью, находящейся в Российской Федерации, дела по спорам в отношении имущества, находящегося в государственной собственности Российской Федерации, дела, возникающие из публичных отношений, и др.). Сфера исключительной компетенции арбитражных судов тоже значительно расширена, что, как отмечается в литературе, не всегда соответствует давно сложившейся практике и современным экономическим реалиям¹.

Таким образом, приходится констатировать наличие определенных *различий в подходе* ГПК РФ и АПК РФ к определению международной подсудности: в отличие от судов общей юрисдикции арбитражные суды не ограничены в праве принять к своему рассмотрению любое подведомственное ему дело с иностранным элементом (в том числе и в случаях, не перечисленных в п. 1–9 ч. 1 ст. 247 АПК РФ), если они установят тесную, с его точки зрения, связь правоотношения с территорией Российской Федерации.

В доктрине столь широкое определение компетенции арбитражных судов оценивается по-разному. Ряд авторов поддерживает позицию АПК РФ, ссылаясь, в частности, на необходимость обеспечения права на судебную защиту и ограниченность условий, при которых допускается отказ в осуществлении правосудия, и считая принятый в АПК РФ «комбинированный подход» своеобразием российского права². Хотя многие страны сейчас действительно стремятся к рас-

¹ См.: *Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации* / под ред. М.С. Шакарян. М., 2003. С. 578.

² См.: Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арби-

ширению компетенции своих судов, все же отнесение к компетенции судов своей страны столь широкого круга споров едва ли можно считать достоинством закона, если учитывать дальнейшее движение судебного процесса (возможность исполнения в последующем решения российского суда за границей), перспективы развития международного сотрудничества и, в конечном счете, интересы сторон по делу.

Различия в регулировании подсудности применительно к судам общей юрисдикции и арбитражным судам (в ГПК РФ — наличие основного правила подсудности и исчерпывающий перечень случаев альтернативной подсудности, в АПК РФ — отсутствие основного правила и практически не ограниченная возможность принять дело к своему рассмотрению) едва ли могут быть объяснены спецификой экономических споров. Очевидно, необходима выработка единого подхода для обеих ветвей судебной власти в принципиальных вопросах международной подсудности, имеющих общее значение для российских судов в целом.

3. Международная подсудность может быть изменена соглашением сторон по делу. В соглашении может быть предусмотрено, что компетентным рассматривать данный спор будет суд определенного государства и что суд другого государства утратит право его рассматривать. Указание в соглашении на компетентность суда определенного государства является позитивным вариантом соглашения и именуется пророгационным соглашением, а исключение спора из компетенции суда определенного государства — негативным его вариантом и именуется дерогационным соглашением.

Право сторон на выбор приемлемого для них обеих места рассмотрения спора — важный правовой принцип. Это право ограничивается обычно лишь в целях защиты слабой стороны или публичных интересов.

Изменение установленной российским законодательством международной подсудности соглашением сторон по делу до принятия нового ГПК РФ допускалось практически лишь тогда, когда речь

тражное (третейское) и мировое соглашения. М., 2008. С. 59, 61 (автор гл. II — Н.Г. Елисеев). См. также: *Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации* / под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М., 2003. С. 652 (автор коммент. к ст. 247 — Т.Н. Нешатаева).

шла о внешнеэкономических сделках и о сфере торгового мореплавания. Теперь ст. 404 ГПК РФ договорную подсудность (по делам с участием иностранных лиц) допускает, причем *безотносительно к характеру спора*, т.е. не только в отношении внешнеэкономических споров; из закона следует, что она может затрагивать любые категории дел, в отношении которых суд общей юрисдикции обладает компетенцией, кроме случаев исключительной подсудности (нельзя, в частности, передавать на рассмотрение иностранного суда дела, перечисленные в ст. 403 ГПК РФ).

В своем соглашении стороны могут договориться (во изменение установленной в законе международной подсудности):

- во-первых, о рассмотрении своего спора в российских судах;
- во-вторых, о передаче спора, по которому компетентны российские суды, на рассмотрение иностранного суда.

В первом случае возникает вопрос о том, должен ли российский суд учитывать тот факт, что по иностранному законодательству рассмотрение данного спора отнесено к исключительной подсудности судов этого государства.

Статья 249 АПК РФ предписывает учитывать этот факт: соглашение сторон о подсудности допускается, лишь если оно не изменяет исключительную компетенцию иностранного суда.

В ГПК РФ же, где речь идет в общей форме об «изменении подсудности дела» (а это позволяет считать, что здесь имеются в виду и первый, и второй случаи), не требуется учитывать исключительную подсудность иностранного суда (ст. 404). Едва ли поэтому можно применительно к спорам в судах общей юрисдикции отсутствие исключительной подсудности иностранного суда рассматривать как обязательное условие действия соглашения сторон.

Говоря о передаче сторонами спора на рассмотрение российских судов, следует обратить внимание на то, что в их соглашениях может быть указан и конкретный российский суд, которому они хотят передать свое дело. Определение того, насколько именно этот суд компетентен рассматривать данный спор (территориальная и родовая, или предметная, подсудность), является уже не вопросом международной подсудности. В этой части соглашение должно соответствовать правилам ст. 26, 27 и 30 ГПК РФ.

В судах общей юрисдикции, как вытекает из закона (ст. 404 ГПК РФ), возможна и ситуация, когда стороны своим соглашением изменили международную подсудность, передав свой спор на рассмо-

трение иностранного суда (второй рассматриваемый нами случай). Здесь не должны оказаться нарушенными правила российского законодательства об исключительной подсудности (ст. 403 ГПК РФ).

Соглашение о подсудности *обязательно для сторон*. Поэтому если истец, пренебрегая договоренностью, предъявит иск в суде государства иного, чем было обусловлено в соглашении, ответчик вправе заявить возражения о неподсудности. Наличие соглашения о передаче спора в иностранный суд, если оно соответствует требованиям российского законодательства, в частности не нарушает норм об исключительной подсудности, является основанием для возвращения искового заявления. Договоренность об изменении подсудности допускается только до принятия судом дела к своему производству.

Соглашения о подсудности (пророгационные соглашения) следует отличать от имеющих иную правовую природу арбитражных соглашений, где речь идет не о передаче дела в государственный суд другого государства, а о передаче его из государственного суда в арбитражный, т.е. третейский, суд (хотя этот третейский суд может находиться как на территории Российской Федерации, так и за ее пределами).

Соглашения о подсудности являются предметом и международных договоров. Представляет особый интерес специально посвященная этим вопросам *Конвенция о соглашениях о выборе суда*¹, принятая 30 июня 2005 г. на XX сессии Гаагской конференции по международному частному праву (Конвенция в силу не вступила). Как документ, направленный на обеспечение эффективности соглашений сторон коммерческих сделок о выборе суда, Конвенция призвана содействовать развитию международных экономических связей, сотрудничеству судов стран-участниц. Конвенция содержит регламентацию требований, предъявляемых к упомянутым соглашениям, последствий их заключения для судов, ведущих производство по делу, а также правила, определяющие порядок признания и исполнения решений, вынесенных судом, компетенция которого основывалась на соглашении сторон².

¹ <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98>.

² Детальный анализ Гаагской конвенции о соглашениях о выборе суда 2005 г., как и других международных договоров, затрагивающих такие соглашения, см.: Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. Указ. соч. С. 81–105. Н.Г. Елисеев в этой

4. В процессе рассмотрения дела обстоятельства, на основании которых решаются вопросы подсудности российских судов, могут измениться. Например, может измениться гражданство сторон. В соответствии со сложившейся практикой считается, что *международная подсудность остается при этом неизменной (принцип perpetuatio jurisdictionis)*. Эта практика закреплена в ст. 405 ГПК РФ, согласно которой дело, принятое судом Российской Федерации к производству с соблюдением правил международной подсудности, разрешается им по существу, если даже в связи с изменением гражданства, места жительства или места нахождения сторон либо другими обстоятельствами оно стало подсудно суду другого государства.

5. Дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям может оказаться одновременно в производстве судов двух государств. Например, для расторжения брака один из супругов, проживающий в России, обращается в российский суд, а другой, проживающий за границей, — в иностранный суд. Каждое из государств при решении вопросов международной подсудности (компетенции) следует своему законодательству и в принципе не обязано учитывать тот факт, что дело уже рассмотрено или возбуждено в другом государстве. Одновременное возбуждение дела в судах различных государств может иметь место и при наличии международного договора, если этот договор допускает альтернативную подсудность.

Каковы процессуальные последствия рассмотрения дела в иностранном суде? Должен ли суд отказаться от рассмотрения дела на том основании, что иностранным судом:

- 1) уже вынесено решение по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям или
- 2) в его производстве находится аналогичный спор.

Решение об отказе от рассмотрения дела в обоих случаях основывается, по существу, на признании за иностранным судебным решением свойств преюдициальности, а также неопровержимости и исключительности (о признании иностранных судебных решений см. § 6 настоящей главы). Но в первом случае (доктрина *res judicata*) речь идет о судебных разбирательствах, проводимых в разных госу-

работе всесторонне рассматривает и другие вопросы действия соглашений о международной подсудности.

Проанализировав действующие в России нормы ст. 402 ГПК РФ о международной подсудности, Пленум ВС РФ в постановлении от 20 ноября 2003 г. № 18¹ пришел к выводу: суды Российской Федерации вправе разрешать по существу дела по спорам, вытекающим из морских требований (о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина на суше либо на воде в прямой связи с эксплуатацией судна, о выплате заработной платы и др.), по месту нахождения на территории Российской Федерации судна, зарегистрированного в реестре судов иностранного государства и плавающего под Государственным флагом Российской Федерации; судна, зарегистрированного в Государственном судовом реестре или судовой книге и временно переведенного под государственный флаг иностранного государства с правом пользования и владения иностранным фрахтователем; судна, имеющего национальность иностранного государства и плавающего под государственным флагом данного государства. Под местом нахождения судна в указанном случае, разъяснил Пленум, следует понимать его нахождение в морском торговом, рыбном и специализированном портах, расположенных в Российской Федерации.

§ 3. Правовое положение иностранных лиц и иностранного государства в гражданском процессе

1. В современной доктрине провозглашается приравнивание иностранцев к собственным гражданам в отношении свободного доступа к судам и предоставления процессуальных прав при рассмотрении судебных дел, независимо от наличия с соответствующим государством международного договора и взаимности. В некоторых странах принцип приравнивания получил закрепление в законодательстве (Венгрия, Вьетнам, Португалия и др.). К собственным гражданам приравниваются обычно и лица без гражданства, т.е. лица, не являющиеся гражданами страны пребывания и не имеющие доказательств наличия гражданства иностранного государства.

Вместе с тем в отдельных вопросах для иностранных граждан могут устанавливаться специальные правила. Так, в некоторых странах

¹ Бюллетень ВС РФ. 2004. № 1. С. 2.

специально регулируется их процессуальная дееспособность, а также порядок обеспечения судебных расходов. Институт обеспечения иностранцами судебных расходов (*cautio judicatum solvi*) заключается в том, что от иностранца требуется при подаче им иска внесение залога в обеспечение судебных расходов, которые может понести ответчик в случае, если истцу будет отказано в иске. Договоренность об освобождении истцов-иностранцев от внесения залога в обеспечение судебных расходов была достигнута странами — участницами Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г.

Позднее вопросы процессуального положения лиц, обращающихся в суды другого государства по гражданским делам, получили разрешение в *Гаагской конвенции о международном доступе к правосудию* 1980 г.¹, которая в отношениях между странами, участвующими в ней и в Гаагской конвенции 1954 г., заменила собой соответствующие положения последней. Участники Конвенции 1980 г. — Германия, Греция, Италия, Испания, Нидерланды, Турция, Финляндия, Франция, Чехия, Швеция, Швейцария и другие (в основном европейские) страны (Россия в ней не участвует).

Созданная на базе норм Гаагской Конвенции 1954 г., Конвенция 1980 г. включает в себя нормы, значительно облегчающие процессуальное положение граждан одних стран-участниц (и некоторых других лиц), выступающих в судах других. Так, она решает вопросы юридической (правовой) помощи, оказываемой гражданам стран-участниц, а также лицам, обычно проживающим на их территориях, по гражданским и торговым делам. Помощь предоставляется на тех же условиях, что и собственным гражданам и лицам, имеющим обычное местопребывание в данном государстве.

Конвенция 1980 г. предусматривает освобождение от внесения каких-либо обеспечений и залогов только на основании иностранного гражданства и постоянного места жительства лица за границей и принудительное исполнение в странах-участницах решений об оплате судебных расходов, вынесенных в одной из таких стран в отношении лица, освобожденного от обязанности вносить обеспечение или залог; облегчает порядок получения документов в другой стране, а также предусматривает предоставление там гарантий неприкосновенности.

¹ СПС «КонсультантПлюс».

2. В России приравнивание иностранных граждан и лиц без гражданства к собственным гражданам (предоставление так называемого национального режима) — основной правовой режим, определяющий положение иностранцев и лиц без гражданства. В общей форме он выражен в ч. 3 ст. 62 Конституции РФ: «Иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации». Норму, аналогичную приведенному правилу Конституции РФ, содержит и ст. 4 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации».

Право иностранцев на доступ в российские суды закреплено в ст. 398 ГПК РФ. Согласно этой статье они имеют *право обращаться в российские суды* для защиты своих нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов, пользуются процессуальными правами и выполняют процессуальные обязанности наравне с российскими гражданами. При этом наш закон не упоминает о взаимности и не требует от обращающегося в суд иностранца внесения, как в ряде зарубежных стран, залога в обеспечение уплаты судебных расходов, к которым он может быть присужден в случае отказа ему в иске.

Что касается арбитражных (хозяйственных) судов, то к ним вправе обращаться иностранные, международные организации и осуществляющие предпринимательскую деятельность иностранные граждане, а также лица без гражданства (при этом важно подтверждение того, что организация действительно является иностранной и обладает правосубъектностью по своему национальному закону, а для гражданина — подтверждение того, что он осуществляет предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеет статус предпринимателя, приобретенный в установленном порядке). Данным иностранным лицам процессуальные права предоставляются наравне с организациями и гражданами Российской Федерации.

Из приведенной выше нормы Конституции РФ и других законодательных актов вытекает, что *право иностранцев на равный с российскими гражданами доступ в российские суды может быть ограничено только международным договором или федеральным законом*, прямо и

кования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагается нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации.

Европейский суд может принимать дело к рассмотрению только после того, как исчерпаны все внутренние средства правовой защиты согласно общепризнанным нормам международного права, в течение шести месяцев с даты вынесения национальными органами окончательного решения по делу. Постановления Европейского суда по правам человека в отношении России, принятые окончательно, обязательны для всех органов государственной власти Российской Федерации, в том числе для судов.

При рассмотрении дел с участием иностранных лиц, как и по делам без их участия, должно учитываться толкование Европейским судом понятий, в частности *толкование понятия «право доступа к суду»*. В числе недопустимых ограничений доступа к правосудию Европейский суд называет, в частности, отказ применять отсрочку уплаты госпошлины, запрет представлять свои интересы в гражданском процессе лично, без адвоката, невыполнение позитивной обязанности государства по созданию условий доступа к правосудию.

Нормы о свободном доступе иностранцев в суды есть и в *международных договорах РФ*. Так, согласно п. 2 ст. 1 Минской конвенции 1993 г. граждане каждой из договаривающихся сторон, а также другие лица, проживающие на ее территории, имеют право свободно и беспрепятственно обращаться в суды, прокуратуру и иные учреждения других договаривающихся сторон, к компетенции которых относятся гражданские, семейные и уголовные дела, могут выступать в них, подавать ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия на тех же условиях, что и граждане данной договаривающейся стороны (такое же правило есть в Кишиневской конвенции 2002 г.).

Аналогичную норму содержат все заключенные Россией двусторонние договоры о правовой помощи. Киевское соглашение 1992 г. исходит из того, что хозяйствующие субъекты в других странах-участницах пользуются судебной защитой своих имущественных прав и законных интересов наравне с хозяйствующими субъектами собственного государства, а также закрепляет их право беспрепятственно обращаться в суды (ст. 3).

Вопросы предоставления в области процесса национального режима разрешены также в *Договоре между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о равных правах граждан* 1998 г.¹, затронуты в *Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека* 1995 г.², которая вступила в силу для России 11 августа 1998 г., и в ряде других международных договоров.

Упомянутая Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г. обеспечивает российским гражданам, выступающим в судах стран-участниц, освобождение от внесения залога (*cautio judicatum solvi*), оказание бесплатной правовой помощи наравне с гражданами страны суда, освобождение в установленных случаях от судебных расходов и др.

3. Иностранным лицам предоставляются одинаковые с российскими гражданами и организациями гражданские процессуальные права (ст. 398 ГПК РФ, ст. 254 АПК РФ). Они могут на общих основаниях выступать в процессе в качестве стороны или третьего лица, им предоставляются и другие процессуальные права, предусмотренные ГПК РФ (ст. 35 и др.). Как и российские граждане, они могут быть освобождены от уплаты судебных расходов.

Иностранцы вправе вести дело в суде лично или через *представителей*. Поскольку в российском праве не предусмотрено обязательного судебного представительства, представлять иностранных граждан в судах могут любые российские или иностранные граждане, надлежащим образом уполномоченные. Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»³ допускает участие в качестве представителей и иностранных адвокатов (необходимо, однако, соблюдение при этом определенных условий, в частности регистрация адвоката в специальном реестре).

Иностранные граждане могут быть представлены в судах и консулами соответствующих государств. Согласно консульским конвенциям консул может представлять граждан своего государства без специальных полномочий (без доверенности). Процессуальные

¹ СЗ РФ. 1999. № 47. Ст. 5625.

² СЗ РФ. 1999. № 13. Ст. 1489.

³ СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

процесса коллизионной проблемы российской доктриной, как правило, отвергается (см. § 4 настоящей главы).

Статья 399 ГПК РФ содержит еще одно правило: лицо, не являющееся согласно личному закону процессуально дееспособным, может быть на территории Российской Федерации признано все же имеющим процессуальную дееспособность, если оно в соответствии с российским правом обладает таковой. Эта норма может иметь значение, например, в случае различия в возрасте, с которым связывается наступление совершеннолетия: если, например, по личному закону 18-летнего иностранца возраст совершеннолетия превышает 18 лет (например, в Аргентине, Бразилии, Индонезии, Кипре, Сенегале и некоторых других странах совершеннолетие наступает в 21 год), он все же может быть признан в России процессуально дееспособным.

Процессуальная правоспособность иностранных организаций (т.е. учрежденных за пределами Российской Федерации юридических лиц, а также организаций, не являющихся юридическими лицами по иностранному праву), определяется согласно ст. 400 ГПК РФ по праву страны, *где организация учреждена* (это право именуется личным законом соответствующей организации).

Процессуальная правоспособность международной организации определяется на основе международного договора, в соответствии с которым она создана, ее учредительных документов или соглашения с компетентным органом Российской Федерации.

5. Субъектом гражданско-правовых отношений может быть и государство (ст. 124 ГК РФ). Участие в таких отношениях *иностранного государства* имеет свою специфику.

Из международно-правового принципа суверенного равенства государств (*par in parem non habet imperium*) вытекает неподчинение государства юрисдикции другого государства. Различаются три вида **юрисдикционного иммунитета государства**:

- 1) судебный иммунитет, означающий, что иски к иностранному государству не могут рассматриваться без его согласия в судах другого государства;
- 2) иммунитет от предварительных мер, предполагающий, что в порядке обеспечения иска имущество иностранного государства не может быть подвергнуто обеспечительным мерам со стороны другого государства;

- 3) иммунитет от исполнительных действий, означающий, что недопустимо обращение мер принудительного исполнения на имущество иностранного государства.

Статья 401 ГПК РФ закрепляет предоставление иностранному государству всех трех видов иммунитета, предусматривая, что предъявление иска к иностранному государству, обеспечение иска и обращение взыскания на его имущество, находящееся в Российской Федерации, могут быть допущены лишь с согласия компетентных органов иностранного государства, если иное не предусмотрено международным договором РФ или федеральным законом. Таким образом, закон, как и ранее действовавшее законодательство, исходит из концепции так называемого *абсолютного иммунитета*, допуская, правда, иное регулирование в законе или договоре.

Отказ от иммунитета может получить выражение в международном договоре. Например, согласно ст. 95 и 96 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., в которой с 1997 г. участвует и Россия, полным иммунитетом от юрисдикции какого бы то ни было государства, кроме государства флага, пользуются в открытом море лишь военные корабли, а также суда, принадлежащие государству или эксплуатируемые им и состоящие только на некоммерческой государственной службе.

Наряду с концепцией абсолютного иммунитета в мировой практике используется и концепция *ограниченного иммунитета* государства. Согласно этой концепции иностранное государство пользуется иммунитетом только тогда, когда оно совершает действия в качестве суверена. Если же оно совершает действия коммерческого характера (заключает внешнеторговые сделки, эксплуатирует торговый флот и т.п.), т.е. ставит себя в положение торговца, частного лица, оно не пользуется иммунитетом: к нему могут предъявляться иски, а на его собственность распространяются принудительные меры.

Концепция ограниченного иммунитета широко распространена в иностранных государствах. Она отражена в посвященных иммунитету законах Австралии, США, Великобритании, Канады, Пакистана, Сингапура, ЮАР и принята в судебной практике Австрии, Бельгии, Греции, Дании, Норвегии, Финляндии, Франции, ФРГ, Швейцарии, а также выражена в заключенной европейскими странами *Конвенции об иммунитете государства* 1972 г. (Россия в ней не участвует).

Многолетняя работа в рамках Комиссии международного права ООН над проектом статей, касающихся юрисдикционных иммунитетов государств, привела к принятию 2 декабря 2004 г. *Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности*. В Конвенции подчеркивается, что юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности получили общее признание в качестве одного из принципов обычного международного права. Согласно Конвенции государство в принципе пользуется в отношении себя и своей собственности иммунитетом от юрисдикции судов другого государства. Однако оно не может ссылаться на иммунитет в случае, когда оно явно выразило согласие на осуществление такой юрисдикции (в международном соглашении, письменном контракте или путем заявления в суде в рамках конкретного разбирательства). Наряду с этим в Конвенции предусмотрены случаи, когда государство, как общее правило, не пользуется иммунитетом в силу характера судебного разбирательства: если спор вытекает из заключенной государством коммерческой сделки (кроме коммерческих сделок между государствами), из трудового договора между государством и физическим лицом, касается недвижимого имущества, находящегося в государстве суда, и др. Как видно, и эта Конвенция отражает позицию функционального иммунитета (подробнее о положениях конвенций относительно иммунитета государства см. § 3 гл. 7 учебника).

Позиция России, основанная на концепции абсолютного иммунитета, претерпевает определенные изменения. Так, в отличие от нового ГПК РФ, оставшегося в общем на прежних позициях, АПК РФ сделал серьезный шаг в направлении признания принципа ограниченного иммунитета: в ст. 251 АПК РФ установлено, что судебным иммунитетом в отношении предъявленного иска, привлечения к участию в деле в качестве третьего лица, наложения ареста на имущество государства, находящегося в Российской Федерации, и принятия мер по обеспечению иска пользуется иностранное государство, выступающее *в качестве носителя власти*.

Можно сделать вывод, что иностранное государство, выступающее в ином качестве (торговца, коммерсанта), такими иммунитетами не будет пользоваться. В то же время применительно к иммунитету от принудительного исполнения судебного акта такой оговорки в ст. 251 АПК РФ не делается. Повелла АПК РФ в отношении иммунитета государства лежит в русле современных тенденций, однако

§ 4. Вопросы судопроизводства по делам с участием иностранных лиц

1. Рассматривая дела с иностранным элементом, суд в гражданских процессуальных вопросах применяет как общее правило право своей страны. Это общепризнанное положение находит отражение в законодательстве ряда стран (ст. 12 Закона Италии о реформе итальянской системы международного частного права 1995 г., ст. 3132 Гражданского кодекса Квебека, ст. 8 Гражданского кодекса Испании и т.д.). Однако при обосновании применения в вопросах судопроизводства законов страны суда, рассматривающего дело, позиции доктрины расходятся.

Чаще всего ссылаются на природу процессуального права как публичного права, регулирующего деятельность государственных органов и устанавливающего нормы поведения для суда и участников процесса. Другие видят основания для действия собственных процессуальных норм в применении коллизионной отсылки к закону страны суда.

Такую позицию занимал в свое время венгерский правовед И. Саси. Ссылаясь на тесную связь материального и процессуального права, он утверждал, что в международном гражданском процессуальном праве основным принципом является — по крайней мере теоретически — не принцип применения закона суда, а принцип применения норм того процессуального законодательства, которое находится в наиболее тесной связи с данным процессом, с отдельными процессуальными правоотношениями.

Позиция И. Саси в западной доктрине в общем виде не была поддержана. Однако некоторые современные исследователи тоже приходят к выводу о том, что *lex fori* в качестве исходного пункта «является ошибочным», а в качестве такового надо, как и в международном частном праве, искать «центр тяжести правоотношения» таким образом, чтобы процессуальные нормы предшествовали *lex fori* также, как международное частное право — материальному праву. Общее правило международного гражданского процессуального права не может быть сформулировано, так как о правильной привязке можно говорить лишь в рамках отдельных конкретных вопросов

к проблеме судебных доказательств. Всегда ли порядок доказывания фактов по таким делам подчиняется закону суда? Может ли суд применить правила иностранного закона относительно доказательств на том основании, что существо отношения или форма сделки определяется по иностранному праву?

Дело в том, что нормы, регулирующие процесс доказывания, имеют многообразные связи с материальным правом. Например, правила относительно формы сделки связаны с допустимостью определенных средств доказывания, доказательственные презумпции и распределение обязанности доказывания между сторонами (бремя доказывания) — с предметом доказывания, т.е. кругом обстоятельств, имеющих значение для разрешения дела. Задача отделения процессуального права от материального иногда оказывается сложной.

Позиции доктрины и законодательства отдельных стран здесь далеко не единообразны. Например, в германском международном гражданском процессе с позиций материального права квалифицируются, в частности, исковая давность, зачет взаимных требований, бремя доказывания, право требовать предоставления информации (сведений) и представления отчетов¹.

В отечественной доктрине вопросы доказательств рассматривались исходя из того, что в процессуальных вопросах суд применяет собственное право и что проблема, следовательно, сводится к вопросу о том, когда оценка доказательств является процессуальной, а когда — материальной юридической категорией. Таким образом, речь идет о квалификации, которая может быть различной для разных правовых систем: некоторые институты доказательственного права могут относиться к области процессуального, а другие — к области материального права². Так, по-разному могут трактоваться нормы о распределении бремени доказывания, о допустимости доказательств и т.п.

¹ См.: Шак Х. Указ. соч. С. 21.

² См.: Полумордвинов Д.И. Исследование и оценка доказательств в международном гражданском процессе // Советский ежегодник международного права 1963 г. М., 1965. С. 462; Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процессуального права. С. 142, 143.

Современное российское законодательство, как и действовавшее ранее, не рассматривает специально вопросы доказывания в аспекте международного гражданского процесса. Следует поэтому, исходя из общего правила, закрепленного ч. 3 ст. 398 ГПК РФ, признать, что нормы гл. 6 ГПК РФ, посвященные доказательствам и доказыванию и носящие процессуальный характер, *в принципе подлежат применению и при наличии в рассматриваемом отношении иностранного элемента*. Это относится к понятию доказательства, принципу, согласно которому сторона обязана доказывать обстоятельства, на которые она ссылается, к праву суда определять, какие обстоятельства имеют значение для дела, к порядку представления и истребования доказательств, их оценке и т.п.

Возможны, однако, исключения из общего правила применения закона страны суда, когда соответствующее правило по связи с определенным материальным правом приобретает материально-правовой характер¹. Так, согласно российскому гражданскому законодательству (относящемуся к материальному праву), если истец докажет, что ответчик распространил о нем порочащие сведения, то предполагается, что эти сведения недостоверны и потому подлежат опровержению, если только лицо, распространившее сведения, не докажет их соответствие действительности (ст. 152 ГК РФ).

Гражданский кодекс РФ устанавливает также презумпцию вины должника, нарушившего обязательство (п. 2 ст. 401), вины причинителя внедоговорного вреда (п. 2 ст. 1064), предусматривает и некоторые другие случаи распределения обязанностей доказывания между сторонами.

В ГК РФ есть нормы и о допустимости доказательств — так, по ст. 162 несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания.

В СК РФ можно указать на норму п. 2 ст. 35, согласно которой при совершении одним из супругов сделки по распоряжению общим супружеским имуществом предполагается, что он действует с согласия другого супруга.

Подобные правила могут содержаться и в материальном праве иностранного государства, к которому отсылает коллизийная нор-

¹ См.: Луц Л.А. Курс международного права. С. 876.

ма. Надо думать, именно по этому праву следует решать, в частности, вопрос о допущении свидетельских показаний. Но, конечно, такие процессуальные вопросы, как способность быть свидетелем, обязанность давать свидетельские показания и т.п., остаются в сфере действия российского процессуального права, если только иное не установлено в международном договоре. Так, в ст. 9 Договора СССР с Финляндией о правовой защите и правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам 1978 г.¹ закреплено право лица отказаться от дачи свидетельских показаний, «если право или обязанность отказаться предусмотрены законодательством запрашивающей или запрашиваемой Договаривающейся Стороны». Этот Договор, следовательно, допускает применение в данном случае не только ст. 69 ГПК РФ, но и иностранного процессуального права.

Попытка решить в законодательстве сложные вопросы доказывания по делам с иностранным элементом предпринята в Гражданском процессуальном кодексе Молдавии 2003 г., ст. 458 которого закрепила возможность применения в отношении средств доказывания и ряда других отношений иностранного закона.

2. При рассмотрении дел с участием иностранцев в суды часто представляются *документы, полученные в иностранном государстве*. Если такие документы составлены на иностранном языке, они представляются в суд с надлежащим образом заверенным переводом их на русский язык (ч. 2 ст. 408 ГПК РФ).

Документ, полученный в иностранном государстве, признается письменным доказательством в суде, если не опровергается его подлинность и он легализован в установленном порядке. Иностранные официальные документы признаются в суде письменными доказательствами без их легализации в случаях, предусмотренных международным договором РФ (ч. 4 и 5 ст. 71 ГПК РФ).

Легализация, по существу, служит подтверждением подлинности документа. В России требуется *консульская легализация*, заключающаяся в установлении и засвидетельствовании консулом подлинности подписей на документах и актах и соответствия их законам государства пребывания. Надо сказать, что в иностранных государствах для действия документов, полученных за их пределами, тоже требуется совершение определенных действий должностных лиц, под-

¹ Ведомости ВС СССР. 1980. № 34. Ст. 690.

в надлежащем случае, подлинность печати или штампа, которыми скреплен этот документ.

Каждое государство-участник назначает у себя органы, компетентные проставлять апостиль. В России это, в частности, органы загса администраций субъектов РФ, отдел документально-справочной работы Комитета по делам архивов Российской Федерации; архивные органы субъектов РФ; Управление делами Генеральной прокуратуры РФ, Министерство образования и науки РФ (каждый орган — в пределах своей компетенции).

Полностью освобождаются в Российской Федерации от легализации документы, которые изготовлены или засвидетельствованы учреждением или специально на то уполномоченным лицом в пределах их компетенции и по установленной форме и скреплены гербовой печатью на территории государств — участников Минской конвенции 1993 г. Соответственно, и выданные в России документы принимаются в этих государствах без легализации. При этом документы, которые на территории одного из договаривающихся государств рассматриваются как официальные, пользуются и в других государствах доказательной силой официальных документов. При толковании в целях Конвенции понятия «официальный документ» (Минская конвенция 1993 г. не уточняет это понятие) следует исходить из соответствующих правил российского законодательства (ч. 1 ст. 71 ГПК РФ).

Освобождение документов от легализации предусматривают и заключенные Россией двусторонние договоры о правовой помощи.

3. Если коллизионная норма «отсылает» к иностранному материальному праву, перед судом встают процессуальные вопросы, связанные с *порядком установления существования и содержания подлежащего применению иностранного права*. В ГПК РФ эти вопросы не решаются, в отличие от АПК РФ, где соответствующее правило имеется (ст. 14).

При отсутствии в ГПК РФ такой нормы суды общей юрисдикции, применяющие иностранное право, обращаются к правилам, соответственно, ст. 1191 ГК РФ и ст. 166 СК РФ, включающим в себя и процессуальные аспекты установления существования и содержания иностранного права. Правила эти уже рассмотрены в § 6 гл. 4 учебника.

Здесь следует еще раз отметить, что в России применение иностранного права в принципе осуществляется судом *ex officio*: суд обязан

правилам ГПК РФ (ст. 79–87). Заключение дается *в письменной форме*. Допустимо проведение экспертизы конкретным экспертом или несколькими экспертами.

Для установления содержания иностранного права возможно обращение *к лицам, связанным с адвокатской деятельностью*: Федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» допускается оказание адвокатами иностранного государства юридической помощи на территории Российской Федерации по вопросам права данного иностранного государства.

Сведения об иностранном праве суд может получать и *от сторон по делу*. Заинтересованным лицам закон дает право представлять (как по просьбе суда, так и по собственной инициативе) документы, подтверждающие содержание норм иностранного права, на которые они ссылаются в обоснование своих требований или возражений, и иным образом содействовать суду в установлении содержания норм иностранного права. Представляемые сторонами документы должны сопровождаться переводом на русский язык и быть надлежаще удостоверенными.

Право «иным образом» содействовать суду, подчеркивающее состязательность процесса, может реализоваться и в представлении стороной заключения компетентного лица о содержании норм иностранного права. Но надо иметь в виду, что если по требованиям, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности, суд может возложить на стороны бремя доказывания содержания норм иностранного права (ст. 1191 ГК РФ), то по всем другим, кроме предпринимательских, гражданско-правовым требованиям, как и по семейным делам, суду такого права не предоставлено.

Если содержание норм иностранного права, несмотря на принятые меры, в разумные сроки не установлено, применяется российское право.

Каковы последствия нарушения или неправильного применения судом иностранного закона? Поскольку урегулировать данное отношение призван иностранный закон вместе с отсылающей к нему коллизионной нормой, следует признать, что нарушение или неправильное применение надлежащего иностранного закона, как и нарушение или неправильное применение коллизионной нормы, является основанием для отмены или изменения решения в кассационном, апелляционном порядке, а также в определенных случаях в порядке надзора.

На возможность затруднений при применении и толковании судами *общепризнанных принципов и норм международного права, международных договоров РФ* обращается внимание в постановлении Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции *общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации*». Судам рекомендовано использовать акты и решения международных организаций, в том числе органов ООН и ее специализированных учреждений, а также обращаться в Правовой департамент Министерства иностранных дел РФ, в Министерство юстиции РФ (например, для уяснения вопросов, связанных с продолжительностью действия международного договора, составом государств, участвующих в договоре, международной практикой его применения) (п. 16).

В этом постановлении разъяснено, что основанием к отмене или изменению судебного акта может являться и неправильное применение судом *общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ*. Неправильное применение нормы международного права может иметь место в случаях, когда судом не была применена норма международного права, подлежащая применению, или, напротив, суд применил норму международного права, которая не подлежала применению, либо когда судом было дано неправильное толкование нормы международного права (п. 9).

Предоставление информации предусмотрено в ряде международных договоров с участием России:

- в договорах о правовой помощи;
- в Минской конвенции 1993 г.;
- в Европейской конвенции об информации относительно иностранного законодательства 1968 г.¹ с Дополнительным протоколом к ней от 15 марта 1978 г.² (вступила в силу для России 13 мая 1991 г.; другими ее участниками являются Австрия, Бельгия, Болгария, Великобритания, Дания, Испания, Италия, Норвегия и ряд других стран). Указанная Европейская конвенция предусматривает предоставление сведений о законодательстве в сфере гражданского и коммерче-

¹ Бюллетень международных договоров. 2000. № 1. С. 22–32.

² Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. М., 1998. С. 305–308.

триваются как уже «четвертое поколение», если учесть предыдущие редакции Конвенции 1954 г. В них, в отличие от Конвенции 1954 г., участвуют США и Великобритания. Для отношений со странами на постсоветском пространстве трудно переоценить роль Минской конвенции 1993 г.

Правила об исполнении судебных поручений содержат и все связывающие Россию *двусторонние договоры о правовой помощи* по гражданским, семейным и уголовным делам, первые из которых были заключены еще в 1957–1962 гг. С Австрией в 1970 г., с ФРГ в 1956 г., США в 1935–1936 гг., Францией в 1936 г. были заключены (как правило, путем обмена нотами) соглашения, предусматривающие исполнение судебных поручений. Сейчас эти страны, как и Россия, участвуют в названных Гаагских конвенциях 1965 и 1970 гг.

6.1. В Гаагской конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г. (далее — Конвенция 1965 г.) участвует 51 государство, в числе которых европейские страны, США, Китай, Япония, Республика Корея, Пакистан, Израиль, Венесуэла, ряд стран Африки, Австралия и др. В отношениях между государствами, ратифицировавшими Конвенцию, последняя заменяет собой ст. 1–7 Конвенции 1954 г., поскольку эти государства являются одновременно участниками обеих Конвенций. Следовательно, и для России ст. 1–7 Конвенции 1954 г. в отношениях со странами — участницами обеих Конвенций перестали действовать.

Положения Конвенции 1965 г. направлены на упрощение и ускорение процедуры исполнения поручений. Имелось в виду выработать правила, которые устраивали бы не только страны континентальной Европы, но и страны общего права, в частности США, внутреннее законодательство которых в отношении вручения документов существенно отличается от европейской практики (в Конвенции 1954 г. ни США, ни Великобритания не участвуют).

Главным новшеством в отношении порядка вручения документов (по сравнению с порядком, предусмотренным Конвенцией 1954 г.) является *назначение каждой страной-участницей (в соответствии со своим правом) Центрального органа*, призванного принимать просьбы о вручении, поступающие из других стран-участниц, и распоряжаться об их исполнении. Подлежащие вручению судебные документы направляются этому органу компетентным (в соответствии

Вручение документов не может согласно Конвенции 1965 г. служить поводом для взимания или возмещения сборов или издержек в связи с услугами, предоставленными запрашиваемым государством. Россия сделала заявление о том, что взыскание любым государством — участником Конвенции 1965 г. подобных сборов (за исключением оговоренных в ст. 12 Конвенции 1965 г. случаев, в частности при применении особого порядка вручения) будет рассматриваться в нашей стране как отказ от применения Конвенции в отношении Российской Федерации и, соответственно, Российская Федерация не будет применять Конвенцию 1965 г. в отношении такого государства-участника.

К сожалению, имеется основание для практического применения данного подхода: в США несколько лет назад был введен платный порядок исполнения поручений в рамках Конвенции 1965 г., что, очевидно, не соответствует положениям ст. 12 Конвенции 1965 г., если только речь не идет о случаях особого порядка вручения, которые в Российской Федерации согласно ее заявлению не применяются. Поскольку *бесплатность исполнения поручений* является важным преимуществом Конвенции 1965 г., облегчающим оказание правовой помощи и служащим интересам граждан, наше государство рассматривает введение в США платы за вручение документов, так же как и передачу функций своего центрального органа частной компании *Process Forwarding International*, как нарушение положений Конвенции 1965 г. В связи с этим оказание правовой помощи между Россией и США в данной области фактически приостановлено.

Отказать во вручении документа согласно ст. 13 Конвенции 1965 г. можно лишь в том случае, если запрашиваемое государство считает, что исполнение запроса может нанести ущерб его суверенитету или безопасности. Нельзя отказать во вручении только на том основании, что запрашиваемое государство обладает согласно его законодательству исключительной компетенцией по рассмотрению данного дела. Если, например, российский суд по просьбе суда одной из стран — участниц Конвенции 1965 г., рассматривающего дело о расторжении брака, должен вручить извещение о дне слушания дела проживающему в России ответчику, он не может отказать во вручении только потому, что данное дело, например, в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 403 ГПК РФ, относится к исключительной подсудности российского суда. Если документы предназначены для вручения на территории Российской Федерации, они принимаются,

только если составлены на русском языке или сопровождаются переводом на русский язык.

При необходимости вручения за границей документов по делу, находящемуся в производстве российского суда, поручения могут направляться, минуя Министерство юстиции РФ. В качестве органов, компетентных обращаться в рамках своих полномочий с запросом о правовой помощи в Центральные органы стран — участниц Конвенции 1965 г., в *Заявлении Российской Федерации по Конвенции*¹ указываются федеральные суды (Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, верховные суды республик, краевые и областные суды, суды городов федерального значения, автономной области и автономных округов, районные суды, военные и специализированные суды, составляющие систему федеральных судов общей юрисдикции), конституционные (уставные) суды и мировые судьи субъектов РФ. Кроме того, согласно Заявлению допускается обращение на основании Конвенции 1965 г. с запросом о вручении документов и других органов, в частности загсов, нотариусов и других должностных лиц, уполномоченных на осуществление нотариальных действий, органов опеки и попечительства, а также адвокатов. Указание в поручении адреса получателя обязательно.

6.2. Участниками Гаагской Конвенции о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам 1970 г. (далее — Конвенция 1970 г.) являются 39 государств — Австралия, Аргентина, Болгария, Венесуэла, Израиль, Кипр, Китай, Мексика, Польша, США, ЮАР и др. Однако немалая часть этих стран пока не заявила о согласии на присоединение к Конвенции 1970 г. России. В отношениях между государствами-участниками Конвенция 1970 г. заменяет собой ст. 8–16 Конвенции 1954 г., поскольку эти государства являются участниками обеих Конвенций.

Конвенция 1970 г. охватывает вопросы исполнения судебных поручений о получении за границей доказательств, которые могут исходить *только от судов* (имеются в виду государственные суды). Речь идет о допросе свидетелей, производстве судебного осмотра, получении заключений экспертов и т.п. Могут выполняться и другие процессуальные действия, например, такие как получение копии сви-

¹ СЗ РФ. 2004. № 50. Ст. 4951.

чается во вручении документа, необходимо указание точного адреса получателя. Если точный адрес неизвестен, запрашиваемое учреждение принимает в соответствии со своим законодательством меры для установления адреса.

Конвенция содержит и специальное правило об оказании Сторонами друг другу помощи в *установлении адресов* лиц, проживающих на их территориях, если это требуется для осуществления прав их граждан. Помощь оказывается и в отношении установления места работы и доходов проживающих на территории запрашиваемого государства лиц, к которым в другом государстве предъявлены имущественные требования.

Порядок исполнения поручения определяется законодательством запрашиваемого государства. Но по просьбе могут быть применены и процессуальные нормы запрашивающего государства, если только они не противоречат законодательству запрашиваемого государства.

Правило о возможном применении при исполнении поручения иностранных процессуальных норм является одним из немногочисленных случаев отступления от основного принципа применения в вопросах процесса закона страны суда. Целесообразность данного правила основывается на том, что запрашивающий правовую помощь иностранный суд получает возможность оценить и наилучшим образом использовать результаты совершенных другим судом действий с позиций своего законодательства. Противоречие процессуальных правил, о применении которых просит иностранный суд, российскому законодательству можно было бы усмотреть, например, в случае когда российское законодательство содержит безусловные требования предоставления каких-либо гарантий для стороны или свидетеля, которые при применении иностранных норм могут оказаться нарушенными.

Отказ в правовой помощи (полный или частичный) согласно ст. 19 Минской конвенции 1993 г. возможен, если оказание помощи может нанести ущерб суверенитету или безопасности либо противоречит законодательству запрашиваемого государства.

Для свидетелей, потерпевших, гражданских истцов, гражданских ответчиков, их представителей и экспертов, которые по врученному им вызову являются в учреждение запрашивающей стороны, предусмотрены определенные *гарантии от привлечения к ответственности*, в частности, в связи с их показаниями в суде.

При оказании помощи используются государственные языки стран-участниц или русский язык. Специальное правило о языке действует применительно к вручению документов: вручение осуществляется в соответствии с порядком, действующим в запрашиваемом государстве, если вручаемый документ написан на языке этого государства или на русском языке либо снабжен переводом на эти языки. В противном случае документ передается получателю, если он согласен добровольно его принять. Правовая помощь оказывается бесплатно.

Подписанная 7 октября 2002 г. странами — участницами Минской конвенции 1993 г. в г. Кишиневе новая Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Россия ее пока не ратифицировала) регулирование правовой помощи путем исполнения судебных поручений по гражданским делам сохранила в общем в том же объеме и на тех же условиях, что и Минская конвенция 1993 г. Внесенные изменения являются, как правило, лишь уточнением прежнего текста.

6.4. Двусторонние договоры о правовой помощи. Все двусторонние договоры России о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам содержат правила об оказании учреждениями юстиции правовой помощи путем вручения документов и выполнения поручений о совершении отдельных процессуальных действий, близкие друг другу по своему содержанию. Но сношения осуществляются в одних договорах (например, с Грецией, Италией, Финляндией) в дипломатическом порядке, в других (со странами Восточной Европы и Балтии, Китаем, Вьетнамом, Монголией, Кубой, Индией, Ираном, Испанией, Египтом, Аргентиной и др.) — через Центральные органы, в качестве которых обычно выступают министерства юстиции. Договор с Монголией, как отмечалось, допускает и непосредственные сношения учреждений юстиции на приграничных территориях.

Обычно в договор включаются:

- нормы об объеме оказываемой правовой помощи;
- о порядке сношений;
- о реквизитах поручения (как правило, используются специальные формуляры);
- о порядке его исполнения (общее правило — применение законов запрашиваемого государства);
- специальные правила относительно вручения документов;

- правила о расходах (обычно помощь оказывается бесплатно) и применяемых языках.

Большинство договоров содержит статью, допускающую отказ в оказании правовой помощи по мотивам публичного порядка (формулировки различны), а также правила о неприкосновенности свидетелей и экспертов, явившихся по вызову в суд другого государства.

§ 6. Признание и исполнение иностранных судебных решений

1. Как правило, судебные решения имеют правовые последствия за пределами того государства, где они вынесены, лишь если это допускается государством, на территории которого решение должно быть признано и исполнено.

Признание решений судов иностранного государства означает придание этим решениям такой же юридической силы, какую имеют вступившие в законную силу решения собственных судов: они приобретают свойства неопровержимости, исключительности, а решения о присуждении — также исполнимости; они обязательны для должностных лиц и органов государственной власти данного государства. Признание решения — необходимое условие его принудительного исполнения, которое особенно важно в условиях интернационализации хозяйственных связей и роста числа разнообразных гражданских и семейных дел с иностранным элементом.

В мировом сообществе государств признание и исполнение иностранных судебных решений не рассматривается как общепринятое и юридически обязательное. Доктрина исходит из того, что **обязанности признавать иностранные решения в силу общих норм международного права не существует**. Допуская признание и исполнение решений, государство идет на определенное «самоограничение», исходя из необходимости развития своих международных связей и обеспечения в этих целях иностранцам льготных правовых условий. На решение вопросов признания и исполнения иностранных судебных решений все большее влияние оказывает растущая интернационализация частноправовых отношений, необходимость обеспечения прав личности, соблюдения общепризнанных стандартов прав человека.

Законодательство иностранных государств по-разному относится к признанию и исполнению иностранных судебных решений.

В некоторых государствах (Швеции, Норвегии, Финляндии, Нидерландах) решения признаются только в случае, если это установлено в международном договоре. В других странах для признания и исполнения решения наличие международного договора не обязательно, но требуется обеспечение взаимности (например, согласно ст. 38 Закона Турции о международном частном праве для исполнения требуется наличие между Турцией и государством, где вынесено решение, договора, основанного на принципе взаимности, или наличие в иностранном государстве правовых положений или фактической практики, обеспечивающих исполнение в нем решений, принятых турецкими судами).

Во многих государствах признание и исполнение иностранных судебных решений связывается лишь с соблюдением обязательных условий признания. Так, в Швейцарии, как и в некоторых других странах, требуется соблюдение условий признания, которые предусмотрены в Законе о международном частном праве 1987 г. (ст. 25). Закон Бельгии 2004 г. тоже закрепил (в ст. 25) действие в этой стране иностранных решений (в том числе по делам личного статуса, ранее сохранявшим особое положение) при соблюдении указанных в этой статье условий. В Англии в силу общего права признание осуществляется путем разрешения исполнения иностранного судебного решения на основании заявленного иска. В США признание иностранных решений зависит от права конкретного штата.

В отношениях между иностранными государствами действуют многочисленные двусторонние договоры и ряд многосторонних конвенций, предусматривающих признание и исполнение иностранных судебных решений. Среди многосторонних договоров можно назвать, например, уже упоминавшуюся Гаагскую конвенцию по вопросам гражданского процесса 1954 г. и заменившую ряд ее положений Конвенцию о международном доступе к правосудию 1980 г. (в обеих Конвенциях предусмотрено исполнение иностранных судебных решений, но только по делам о взыскании судебных расходов). Исполнение иностранных судебных решений предусмотрено в Кодексе Бустаманте 1928 г., в Межамериканской конвенции об экстерриториальном действии иностранных судебных и арбитражных решений (г. Монтевидео, 1979 г.) и др. В рамках Европейского союза в настоящее время сложилось правовое и судебное пространство, обеспечивающее взаимное признание и исполнение судебных

Поскольку закон требует наличия международного договора о признании и исполнении решений, суды не вправе приводить в исполнение решения судов государств, с которыми Российская Федерация соответствующего договора не имеет. Такова многолетняя судебная практика¹.

Решения иностранных судов *по экономическим спорам* и другим делам, связанным с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, после принятия новых процессуальных кодексов должны признаваться и исполняться в Российской Федерации не судами общей юрисдикции, а *арбитражными судами*; при определении круга подлежащих исполнению иностранных решений по таким делам должны, следовательно, приниматься во внимание правила АПК РФ. Статья 241 этого Кодекса указывает на исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений, если исполнение таких решений предусмотрено международным договором и федеральным законом.

Федеральных законов, допускающих исполнение иностранных судебных решений по экономическим спорам при отсутствии соответствующего международного договора, практически не имеется. Едва ли они могут быть приняты при наличии нормы ч. 3 ст. 6 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», предусматривающей, что обязательность на территории Российской Федерации постановлений судов иностранных государств определяется международными договорами РФ. Ссылка АПК РФ на федеральный закон может, однако, иметь значение для иностранных арбитражных решений, исполнение которых предусмотрено в Федеральном законе «О международном коммерческом арбитраже» (см. гл. 23 учебника).

При разработке новых ГПК РФ и АПК РФ обсуждался вопрос о закреплении в законодательстве более широкого подхода — допущения исполнения решений иностранных судов и при отсутствии международного договора, если соблюдена взаимность, т.е. если в стране, суд которой вынес решение, акты российских судов исполняются. Такое расширение возможностей исполнения способствовало бы развитию международного сотрудничества. Однако законодатель от-

¹ См., напр.: Бюллетень ВС РФ. 1999. № 7. С. 4, 5.

верг эту позицию, не сочтя в современных условиях возможным менять традиционный подход¹.

Вопрос о целесообразности расширения круга признаваемых и исполняемых решений иностранных судов за счет допущения исполнения при наличии взаимности мог бы быть поставлен *de lege ferenda*.

Среди международных договоров РФ, предусматривающих взаимное признание и исполнение судебных решений, прежде всего должна быть названа Минская конвенция 1993 г. (Кишиневская конвенция 2002 г. решает вопросы признания и исполнения решений аналогично Минской конвенции 1993 г.), а также большая часть двусторонних договоров о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам². Исполнение иностранных судебных решений по некоторым категориям гражданских дел вытекает и из других многосторонних конвенций с участием России: Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г., Протокола к Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 г., подписанного в Лондоне 27 ноября 1992 г.³, Римской конвенции об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности 1952 г. и др. Взаимное признание и исполнение определенного круга судебных решений предусмотрено и Киевским соглашением 1992 г.

Согласно ст. 51 Минской конвенции 1993 г. и ряду договоров о правовой помощи признаются и исполняются в принципе все судебные решения по гражданским и семейным делам, т.е. решения по любым категориям таких дел (имеются в виду решения, принятые по

¹ Не вытекает поэтому из закона позиция А.И. Муранова, утверждающего, что отсутствие законодательного закрепления взаимности «не должно влиять на право федеральных судов использовать его на практике» и при отсутствии международного договора (см.: *Муранов А.И.* Международный договор и взаимность как основания приведения в исполнение в России иностранных судебных решений. С. 87).

² В некоторых из этих двусторонних договоров предусмотрено признание и более широкого круга решений. Так, в договоре между Россией и Аргентиной от 20 ноября 2000 г. «О сотрудничестве и правовой помощи по гражданским, торговым, трудовым и административным делам» (СЗ РФ. 2003. № 30. Ст. 3040) предусмотрено взаимное признание и исполнение судебных и арбитражных решений по гражданским, торговым, трудовым и административным делам (ст. 18).

³ СЗ РФ. 2004. № 15. Ст. 1345.

существо дела или о взыскании судебных расходов) и судебные решения по уголовным делам о возмещении ущерба потерпевшему, а также мировые сделки, заключенные в судах. Так же решен вопрос и в ст. 54 Кишиневской конвенции 2002 г. Здесь, однако, кроме того, предусмотрено признание и исполнение решений судов о наложении ареста на имущество, включая денежные средства на банковских счетах, в целях обеспечения иска.

Решения судов стран — участниц Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. исполняются в России только в том случае, если они касаются уплаты судебных расходов и вынесены против истцов или третьих лиц, являющихся гражданами одной из стран-участниц. Достаточно узок по сравнению с Минской конвенцией и договорами о правовой помощи и круг решений, подлежащих исполнению на основании других многосторонних конвенций: обычно это решения лишь по отдельным видам гражданских дел.

В Киевском соглашении 1992 г. речь идет о подлежащих исполнению решениях судов общей юрисдикции, арбитражных (хозяйственных) судов, третейских судов и других органов, к ведению которых относятся дела, возникающие из договорных и иных гражданско-правовых отношений между хозяйствующими субъектами, из их отношений с государственными и иными органами.

3. Некоторые судебные решения по своему характеру *не требуют исполнения*. Это решения по делам о признании лица недееспособным, об установлении фактов, расторжении брака и т.п. Они признаются в России не только если *это предусмотрено международным договором, как это установлено для исполнения решений, но и если на признание указывает российское законодательство* (федеральный закон).

Так, на признание иностранных решений указывает ст. 415 ГПК РФ, называя следующие решения:

- по делам относительно статуса иностранных граждан (о право- и дееспособности, праве на имя, опеке и попечительстве, признании безвестно отсутствующим и объявлении умершим, об усыновлении);
- о расторжении брака и признании его недействительным (если хотя бы один из супругов, имеющих разное гражданство, одно из которых российское, проживал вне пределов Российской Федерации и если оба супруга — российские

- отсутствие данных об извещении другой стороны о процессе;
- истечение трехгодичного срока давности предъявления решения к принудительному исполнению.

Надо иметь в виду, что в соответствии с Киевским соглашением 1992 г. решение об отказе в исполнении принимается «по просьбе» проигравшей стороны, т.е. по ее инициативе и только при условии, что она представит суду по месту исполнения решения доказательства того, что хотя бы одно из перечисленных оснований отказа налицо. В этой части Киевское соглашение 1992 г. отличается от российского законодательства относительно исполнения иностранных судебных решений, которое допускает возможность принятия судом отрицательного решения и по своей инициативе.

При рассмотрении ходатайств об исполнении иностранных судебных решений суды руководствуются указанными правилами договоров о правовой помощи или правилами многосторонних конвенций и соглашений относительно условий признания и исполнения (правила ряда многосторонних конвенций не столь детальные, а иногда вообще отсутствуют). При отсутствии в договоре или конвенции указаний на условия признания суды применяют российское законодательство.

В российском законодательстве случаи, когда в исполнении решения иностранного суда можно отказать, установлены в ст. 412 ГПК РФ, а применительно к арбитражным судам — в ст. 244 АПК РФ. Прежде всего надо иметь в виду, что **по существу иностранное решение не проверяется**, суд лишь устанавливает, все ли предусмотренные в этой статье (или в международном договоре) условия признания и исполнения соблюдены и нет ли формальных оснований для отказа в исполнении.

Перечень возможных случаев отказа, содержащийся в ч. 1 ст. 412 ГПК РФ, носит исчерпывающий характер. Отказ в исполнении допускается, если решение не вступило в законную силу или не подлежит исполнению, причем факты эти подтверждаются иностранным судом, вынесшим решение, в соответствии с законодательством своей страны; правила российского законодательства о вступлении решения в законную силу (ст. 209) в этом случае не применяются.

Вопрос может иметь практическое значение ввиду возможного несовпадения регулирования: например, в отличие от ГПК РФ, где 10-дневный срок подачи кассационной жалобы или представления

исчисляется со дня принятия решения судом в окончательной форме (ст. 338), а решение вступает в силу, если оно не обжаловано, по истечении этого срока, в законодательстве ряда иностранных государств срок на подачу кассационной жалобы, имеющий такое же, как и в Российской Федерации, значение для определения времени вступления решения в законную силу, исчисляется начиная с момента вручения отсутствующей стороне копии решения.

Основаниями отказа в принудительном исполнении служат также: установление судом того, что сторона, против которой принято решение, была лишена возможности защиты, что рассмотрение дела относится к исключительной подсудности российских судов, что имеется решение по тому же делу, вынесенное российским судом, что истек срок предъявления решения к принудительному исполнению (три года).

Что касается еще одного упомянутого в ст. 412 ГПК РФ (как и в ст. 244 АПК РФ) основания отказа — *противоречия исполнения иностранного решения публичному порядку Российской Федерации*, то здесь надо иметь в виду следующее.

Понятие публичного порядка — общая категория международного частного права, используемая во всем мире для ограничения действия иностранного права. Она несет в себе функцию защиты национальной правовой системы. В России она применяется в *исключительных* случаях, только тогда, когда *последствия применения* иностранной нормы *явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации* (см. § 5 гл. 4 учебника).

Эти общие принципы применения оговорки о публичном порядке в международном частном праве, закрепленные, в частности, в ГК РФ (ст. 1193), применимы и в других сферах ее действия. В международном гражданском процессе, где пределы применения иностранного права гораздо уже, чем в международном частном праве, и где как основной принцип действует принцип применения в судопроизводстве закона суда (и по делам с иностранным элементом), т.е. в Российской Федерации — российского процессуального закона, оговорка о публичном порядке имеет более узкую сферу применения¹. Так, применительно к судебным поручениям в законе ука-

¹ По свидетельству Х. Шака (см.: *Шак Х.* Указ. соч. С. 419), нарушения процессуально-правового *ordre public* встречаются крайне редко.

зывается, как уже было отмечено, лишь на возможность нанесения ущерба суверенитету Российской Федерации или угрозы ее безопасности. В доктрине эта формулировка издавна оценивается как «конкретизация оговорки о публичном порядке путем указания на наиболее важные ее случаи»¹.

Ссылка на публичный порядок Российской Федерации как на основание отказа в исполнении иностранных судебных (как и арбитражных) решений допустима, если исполнение решения приведет к созданию ситуации, не совместимой с публичным порядком, т.е. с основополагающими началами, фундаментальными основами правопорядка Российской Федерации.

Верховный Суд РФ (определение Судебной коллегии по гражданским делам от 25 сентября 1998 г. № 5-Г98-60) указал, что «под „публичным порядком Российской Федерации“ понимаются основы общественного строя российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания»². В постановлении Президиума ВС РФ от 2 июня 1999 г. № 19пв-99пр (по другому делу) было указано, что под публичным порядком следует понимать «основные принципы, закрепленные в Конституции Российской Федерации и законах Российской Федерации»³.

Суды общей юрисдикции и особенно арбитражные суды в последнее время нередко прибегают к ссылке на противоречие публичному порядку как на основание отказа в исполнении иностранного судебного решения, однако далеко не всегда такие ссылки бывают обоснованными — понятие публичного порядка толкуется подчас слишком широко.

Если основания отказа в исполнении, предусмотренные в российском законе, не совпадают с установленными соответствующим договором, действует общее правило о приоритете нормы международного договора.

Что касается *условий признания решений, не требующих по своему характеру исполнения*, то в принципе, при отсутствии в договоре спе-

¹ См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права. С. 290.

² Бюллетень ВС РФ. 1999. № 3. С. 13.

³ Бюллетень ВС РФ. 1999. № 11. С. 7, 8.

циальных правил, условия их признания те же, что и для признания других решений. Практически, однако, договоры нередко устанавливают для решений, например о расторжении брака, облегченные условия признания. Согласно российскому законодательству (ст. 414 ГПК РФ) основания для отказа в признании решений, не требующих исполнения, те же, что и для исполнения, кроме, разумеется, ссылки на истечение срока давности принудительного исполнения.

5. Важен вопрос о *порядке признания и исполнения иностранных судебных решений*, т.е. о способе введения их в действие на территории Российской Федерации. В основном он урегулирован в договорах, посвященных правовой помощи, но в ряде вопросов эти договоры отсылают к внутреннему законодательству страны места исполнения. Так, в Минской конвенции 1993 г. предусмотрено рассмотрение ходатайств судами государства, на территории которого должно быть осуществлено принудительное исполнение. Эти суды должны ограничиваться установлением того, что условия, предусмотренные Конвенцией, соблюдены. В случае если эти условия соблюдены, суд выносит решение о принудительном исполнении. Однако саму процедуру выдачи разрешения на исполнение Конвенция не определяет.

Другие многосторонние конвенции, затрагивающие исполнение решений, предусматривают обычно лишь общее регулирование, а некоторые из них вообще не касаются порядка исполнения, отсылая полностью к законодательству страны места исполнения. Киевское соглашение 1992 г. (ст. 7) устанавливает, что решения в части обращения взыскания на имущество должника подлежат исполнению на территории другого государства «органами, назначенными судом либо определенными законодательством этого государства». Более конкретных указаний на порядок исполнения Соглашение не содержит. Поэтому приведенное правило ст. 7 следует понимать как отсылку к внутреннему законодательству стран-участниц.

Внутреннее законодательство государств по-разному решает вопрос о введении в действие решений иностранных судов.

Различают несколько систем признания и исполнения иностранных судебных решений:

- 1) система экзекватуры, по которой иностранное решение признается и исполняется после придания ему судом страны, где испрашивается исполнение, принудительной силы путем вынесения соответствующего постановления (экзекватуры);

ния» (ст. 1). Как видно, Соглашение предусматривает признание и исполнение иностранных судебных решений *без какой-либо процедуры и какой-либо даже минимальной проверки их судом*, т.е. без получения экзекватуры. Правда, речь в нем идет не о всех решениях судов договаривающихся государств, а лишь о тех, которые вынесены арбитражными судами РФ и хозяйственными судами Республики Беларусь, компетентными в соответствии с правилами ст. 4 Киевского соглашения 1992 г. рассматривать споры хозяйствующих субъектов РФ и Белоруссии (в ст. 4 Киевского соглашения 1992 г. разграничивается подсудность судов стран-участниц).

В литературе отмечается, что упрощенный порядок исполнения иностранных судебных решений (как это предусмотрено в данном Соглашении России с Белоруссией и в упомянутом Соглашении стран СНГ 1998 г.), — наиболее подходящий механизм в вопросах разрешения хозяйственных споров в рамках региона со стабильными экономическими и правовыми связями¹. Вместе с тем указывается на определенные «издержки» введения упрощенного порядка и подвергаются серьезной критике оба эти соглашения². Вопрос о допущении в Российской Федерации упрощенного порядка исполнения иностранных судебных решений нуждается в дальнейшей проработке³.

Решения иностранных судов, которые по своему характеру не требуют принудительного исполнения (о признании брака недействительным, об установлении отцовства и т.п.), признаются без какого-либо специального («дальнейшего») производства, если со стороны заинтересованного лица не поступит возражений против этого. При наличии возражений вопрос рассматривается в установленном порядке теми же судами, которые компетентны выдавать разрешение на исполнение решений (ст. 413 ГПК РФ). Этот порядок применим ко всем решениям иностранных судов, не требующим принудительного

¹ См.: *Нешатаева Т.Н.* Международный гражданский процесс. М., 2001. С. 151.

² См.: *Муранов А.И.* Новый порядок взаимного исполнения актов арбитражных судов России и хозяйственных судов Белоруссии. Соглашение от 17 января 2001 г.: значение и проблемы // Московский журнал международного права. 2002. № 4.

³ См.: *Лалин Б.П.* Новое концептуальное измерение проблем унификации законодательства о гражданском судопроизводстве в рамках СНГ // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001. № 1. С. 161; Вестник ВАС РФ. 2002. Спец. приложение № 10. С. 6.

конодательством этого государства относительно исполнения иностранных судебных решений.

§ 7. Регулирование международного гражданского процесса в странах СНГ

1. В рамках проводимых в странах Содружества правовых реформ, направленных на приведение судебных систем в соответствие с международными стандартами и обеспечение беспрепятственного доступа к судам, было привлечено внимание и к проблемам международного гражданского процесса, многие из которых получили свое решение в обновленных самостоятельных разделах новых гражданских процессуальных кодексов.

Содержавшиеся в прежнем законодательстве нормы рассматриваемой области права претерпели серьезные изменения. Так, они существенно переработаны и дополнены в новых гражданских процессуальных кодексах Азербайджана 1999 г., Армении 1998 г., Белоруссии 1998 г. (Приложение 4 к данному Кодексу посвящено исполнению решений иностранных судов и арбитражей), Казахстана 1999 г., Молдавии 2003 г. В некоторых странах при принятии новых кодексов нормы международного гражданского процесса остаются неизменными (Узбекистан). В Украине кодификация пошла по пути включения большинства соответствующих норм в Закон о международном частном праве 2005 г. В Законе же о международном частном праве Азербайджана (2000 г.) процессуальные нормы отсутствуют.

В тех странах СНГ, где существуют государственные хозяйственные (арбитражные) суды, изменения, как правило, вносятся в посвященные международному гражданскому процессу разделы и главы хозяйственных (арбитражных) процессуальных кодексов (Белоруссия, Киргизия, Узбекистан). Однако новые хозяйственные процессуальные кодексы Туркмении и Азербайджана норм международного гражданского процесса не содержат.

Что касается содержания регулирования, то следует констатировать *разную степень «продвижения» стран СНГ в разработке проблем международного гражданского процесса*. Гармонизации внутреннего законодательства могла бы способствовать разработка *Модельного кодекса гражданского судопроизводства*, идея которого одобрена в Секретариате Межпарламентской Ассамблеи государств — участников

СНГ в 1999 г. Принятые 16 июня 2003 г. на 21-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи СНГ Концепция и Структура такого Модельного кодекса включают в себя и нормы международного гражданского процесса, содержащие регулирование примерно в таком же объеме, что и ГПК РФ и АПК РФ. Правила Модельного кодекса могли бы быть использованы во внутреннем законодательстве независимо от формы кодификации (в ГПК РФ или в отдельном законе о международном частном праве).

Пути развития гражданского процессуального законодательства и проект Модельного кодекса широко обсуждались на международном семинаре в Санкт-Петербурге в марте 2000 г., на международной научно-практической конференции, проходившей в октябре 2000 г. в г. Киле (Германия)¹, и на ряде других международных конференций.

Картина законодательства стран СНГ в области международного гражданского процесса сейчас существенно отличается от прежнего регулирования, когда кодексы союзных республик, ныне — независимых государств, единодушно воспроизводили правила разд. VI Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1961 г.² Но все же кардинальных различий в соответствующем законодательстве этих стран нет. При сохранении многих положений прежнего регулирования *изменения идут, как правило, в общем направлении демократизации, детализации регулирования, учета опыта иностранных (в основном европейских) государств, адекватного обеспечения развития внешнеэкономических связей*. Определенную роль играет и участие с 1993 г. стран СНГ в Минской конвенции 1993 г., достаточно подробно рассматривающей данные вопросы, а также в Киевском соглашении 1992 г. Сопоставление с новым российским законодательством (ГПК РФ, АПК РФ) выявляет много общего.

2. Во всех странах СНГ основное правило — ведение *производства с участием иностранных лиц по правилам «закона страны суда»*.

¹ Об итогах семинара и конференции см.: *Лапин Б.Н.* Указ. соч.; *Богуславский М.М.* Международное гражданское процессуальное право в государствах СНГ // *СНГ: реформа гражданского процессуального права. Материалы международной конференции.* М., 2002. С. 174.

² Ведомости ВС СССР. 1961. № 50. Ст. 526.

Иногда это прямо закреплено в законодательстве (например, ст. 243 Гражданского процессуального кодекса Армении, ч. 1 ст. 458 Гражданского процессуального кодекса Молдавии). Закреплено это общее положение и в гражданских процессуальных кодексах Белоруссии, Казахстана, Киргизии и Молдавии; в этих странах, однако, предусмотрены и определенные исключения: как и в Российской Федерации, установлено, что к процессуальной право- и дееспособности иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных и международных организаций применяется национальный закон (а не закон страны суда). Понимание национального закона в основном совпадает с тем, которое вытекает (применительно к личному закону) из ст. 399 и 400 ГПК РФ.

Гражданский процессуальный кодекс Молдавии, единственный среди рассматриваемых актов, законодательно формулирует, кроме того, исключения из общего правила применения закона страны суда в отношении «режима доказательств в гражданских делах, осложненных иностранным элементом» (ст. 458). Вопрос о праве, подлежащем применению при определении допустимых средств доказывания, предмета и основания иска, доказательной силы подтверждающих сделку письменных доказательств по делам с иностранным элементом поднимался, как отмечалось (см. § 4 настоящей главы), в советской юридической литературе. В законодательстве других стран СНГ, в том числе в Российской Федерации, соответствующих норм нет. Поэтому правила нового Гражданского процессуального кодекса Молдавии представляют большой интерес.

В изъятие из общего правила о применении в вопросах судопроизводства молдавского права ст. 458 подчиняет эти отношения закону, регулирующему существо спорных отношений (применительно к предмету и основаниям иска — ч. 1 ст. 458), или (при определении средств доказывания для подтверждения сделки и доказательной силы устанавливающего ее письменного доказательства) — закону места совершения сделки или закону, избранному сторонами, если они имеют право выбора.

Доказывание фактов, согласно ч. 4 ст. 458, должно осуществляться в соответствии с законом места, в котором они произошли. При этом возможно также применение закона Молдавии, если он допускает иные средства доказывания, чем указанные в ч. 3 данной статьи. Доказательство гражданского состояния и доказательная сила актов гражданского состояния регламентируются законом места со-

5. *Международная подсудность* во всех странах СНГ определяется, в первую очередь, исходя из территориального признака: основным правилом является отнесение дела к подсудности суда того государства, где имеет место жительства (нахождения) ответчик. При этом альтернативно используются и другие признаки (как и в России). Предусмотрена и исключительная подсудность.

Правила международной подсудности в некоторых странах выражены в прямых нормах закона. Но и отсутствие в законе прямых норм и применение по аналогии общих правил территориальной подсудности (как это было в прежнем Гражданском процессуальном кодексе РСФСР и как это предусмотрено, например, в ст. 388 Гражданского процессуального кодекса Казахстана и ст. 388 Гражданского процессуального кодекса Узбекистана) приводит практически к тем же результатам, так как и правила внутренней подсудности, к которым закон отсылает, исходят из подсудности по месту жительства (нахождения) ответчика (основное правило).

Приведем в качестве примера положения законодательства Армении и Украины.

В Армении основное правило — подсудность по месту жительства (нахождения) ответчика. Дополнительные правила подсудности дают возможность рассматривать дела в Армении:

- 1) при наличии соглашения об этом сторон (договорная подсудность);
- 2) если ответчик имеет в этой стране имущество;
- 3) по делам о расторжении брака — если хотя бы один из супругов является гражданином Армении;
- 4) по делам о возмещении вреда здоровью — если вред причинен на территории этой страны;
- 5) по делам о возмещении ущерба — если действие или другое обстоятельство, послужившее основанием требовать возмещения вреда, имело место в Армении;
- 6) если филиал или представительство иностранного юридического лица находится в Армении, и др.

Дело, принятое с соблюдением правил международной подсудности, разрешается судом по существу, даже если в процессе рассмотрения оно стало подсудным судам другого государства (ст. 243, 244 Гражданского процессуального кодекса Армении). Новая ст. 246 Гражданского процессуального кодекса Армении решает вопрос *res judicata u lis alibi pendens*: армянский суд оставляет иск без рассмо-

тения или прекращает дело, если иностранный суд ранее принял к своему рассмотрению дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию или вынес по такому делу решение. Эти последствия, однако, не наступают, если решение иностранного суда не подлежит в Армении признанию и исполнению или дело относится к исключительной компетенции армянских судов.

В Украине, наряду с основным правилом об определении международной подсудности исходя из места жительства ответчика, предусмотрены дополнительные случаи, когда дело может быть рассмотрено в этой стране, и случаи исключительной международной подсудности. Только украинские суды могут рассматривать иски, касающиеся:

- 1) недвижимого имущества, находящегося в Украине;
- 2) наследственного имущества, если наследодатель — гражданин Украины, имевший в ней место жительства;
- 3) споров, связанных с регистрацией или ликвидацией на территории Украины иностранных юридических лиц или физических лиц — предпринимателей;
- 4) дел о выпуске или уничтожении ценных бумаг, оформленных в Украине;
- 5) дел о банкротстве, если должник (организация) был создан в соответствии с законодательством Украины, и др. (перечень, содержащийся в ст. 77 Закона Украины о международном частном праве 2005 г., исчерпывающий).

Данный Закон допускает и договорную подсудность.

6. *Судебные поручения* во всех рассматриваемых странах исполняются обычно в порядке, предусмотренном законами страны суда. Основания для отказа в исполнении остались прежними (как и в ГПК РФ). Существенно, что законы стран СНГ не содержат правил об исполнении поручений только при наличии соответствующего международного договора — поручения, как и в России, могут исполняться и при отсутствии такового.

7. *Общий подход к признанию и исполнению иностранных судебных решений* (в том числе решений хозяйственных судов) во многих странах СНГ остался прежним: согласно новому законодательству решения исполняются, как, в принципе, и в России, лишь при наличии об этом соответствующего международного договора. Однако наметился и более широкий подход, который будет способствовать

развитию международного сотрудничества: в ряде стран признание и исполнение иностранных судебных решений допускается и при отсутствии международного договора. Так, согласно ст. 467 Гражданского процессуального кодекса Молдавии такие решения признаются и исполняются при наличии соответствующего международного договора «либо на основе принципа взаимности в том, что касается последствий решений иностранных судебных инстанций».

Под решением иностранной судебной инстанции понимается «решение по гражданскому делу, вынесенное судом общей юрисдикции или специализированным судом на территории иностранного государства, а также приговор по уголовному делу в части возмещения ущерба, причиненного преступлением». В Хозяйственном процессуальном кодексе Белоруссии также закреплена возможность признания и исполнения иностранных судебных решений «на началах взаимности». Закреплена она и в гражданских процессуальных кодексах Казахстана и Киргизии.

Закон Украины о международном частном праве 2005 г. определяет лишь круг решений иностранных судов, которые могут быть признаны и исполнены в Украине, — это решения по делам, возникающим из трудовых, семейных и хозяйственных отношений, приговоры по уголовным делам в части, касающейся возмещения ущерба и причиненных убытков, а также решения иностранных арбитражей и других органов иностранных государств, к компетенции которых относится рассмотрение гражданских и хозяйственных дел, вступившие в законную силу (ст. 81). В остальном Закон отсылает к «законам Украины».

Применительно к судам общей юрисдикции порядок признания и исполнения решений урегулирован в Гражданском процессуальном кодексе Украины, где установлено, что иностранные судебные решения признаются и исполняются, если это предусмотрено международными договорами Украины или «по принципу взаимности по договоренности *ad hoc* с иностранным государством, решение которого должно исполняться в Украине» (ст. 390 Гражданского процессуального кодекса).

Что касается порядка исполнения, то во всех странах СНГ для исполнения иностранных судебных решений необходимо принятие собственной судебной инстанцией (она может определяться по-разному) решения об исполнении. Таким образом, практически речь

идет о выдаче экзекватуры. При этом требуется соблюдение определенных условий.

Предусмотренные в законодательстве стран СНГ основания отказа в исполнении не всегда совпадают, но, во всяком случае, допускается отказ в исполнении, если решение еще не вступило в законную силу, если сторона, против которой вынесено решение, была лишена возможности защиты, если имеется решение собственного суда по тому же делу, если дело относится к исключительной подсудности собственных судов.

Некоторые из новых гражданских процессуальных кодексов, например Молдавии, содержат специальные правила о признании без последующей процедуры решений, не требующих по своему характеру принудительного исполнения (эти правила близки по содержанию нормам ст. 413 ГПК РФ). В Гражданском процессуальном кодексе Казахстана предусмотрено признание, в частности, не требующих исполнения решений, затрагивающих личный статус граждан государства, суд которого вынес решение, решений о расторжении и признании недействительными браков между гражданами Казахстана и иностранными гражданами, если в момент прекращения брака они проживали вне пределов Республики Казахстан (ст. 426).

8. Близость регулирования международного гражданского процесса во внутреннем законодательстве позволяет странам СНГ находить согласованные решения в этой области, заключая *международные договоры* — как двусторонние, так и многосторонние.

Первым 14 сентября 1992 г. был подписан Договор между Российской Федерацией и Республикой Кыргызстан о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам¹. Странами СНГ заключены и другие двусторонние договоры о правовой помощи.

Но особенно велика в этой области роль многосторонней Минской конвенции 1993 г. (с Протоколом 1997 г.), которая, как уже отмечалось (см. выше, § 1 настоящей главы), обеспечивает защиту в судах этих стран граждан СНГ и других проживающих в этих странах лиц, а также юридических лиц, и помогает наладить четкое и надежное правовое сотрудничество судов и других учреждений юстиции. Конвенция сыграла важную роль в период становления СНГ с

¹ Бюллетень международных договоров. 1995. № 3. С. 16—36.

рии стран-участниц, а также беспрепятственное исполнение решений компетентных (согласно ст. 4 Киевского соглашения 1992 г.) судов одной из стран-участниц на территории другой. Решения исполняются в бесспорном порядке; обращение взыскания на имущество должника производится в соответствии с законодательством государства места нахождения должника.

Упрощенная процедура взаимного исполнения судебных решений предусмотрена в двустороннем Соглашении между Россией и Белоруссией от 17 января 2001 г. (см. о нем выше, § 6 настоящей главы).

Страны СНГ участвуют и в многосторонних универсальных конвенциях. Так, помимо России, Армения, Белоруссия, Киргизия, Молдавия, Узбекистан, Украина участвуют в Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г., Белоруссия и Украина — в Гаагских конвенциях о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г. и о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам 1970 г., а Азербайджан, Армения, Белоруссия, Казахстан, Молдавия и Украина — в Конвенции, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов, 1961 г.

Во всех рассматриваемых странах нормы международных договоров имеют преимущество перед соответствующими правилами внутреннего законодательства в случае их расхождения.

Контрольные вопросы

1. Какое место занимает международный гражданский процесс в системе права и в правоведении? Каковы источники международного гражданского процесса?
2. Каковы основные принципы регулирования международной подсудности?
3. Каково положение иностранных граждан, юридических лиц и иностранного государства в гражданском процессе? В чем заключается специфика определения процессуальной право- и дееспособности?
4. Возможно ли применение судом иностранных процессуальных норм?
5. В каких случаях и в каком порядке исполняются поручения иностранных судов?
6. Каковы условия и порядок признания и исполнения в России иностранных судебных решений?

7. Как развивается законодательство о международном гражданском процессе в странах СНГ?

Рекомендуемая литература

1. Ануфриева Л.П. Международное частное право. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. М., 2001.
2. Базедов Ю. Унификация международного частного права в Европейском Союзе // Международное публичное и частное право. 2003. № 3 (12).
3. Богуславский М.М. Международное частное право. 6-е изд. М., 2009. Гл. 18.
4. Богуславский М.М. Международное частное право: практикум. М., 1999.
5. Гражданин и предприниматель в российском и зарубежном суде: правовая помощь. М., 2002.
6. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. М.С. Шакарян. М., 2003 (комментарии к гл. 31–33).
7. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М., 2003.
8. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации. 2-е изд. / под общ. ред. В.И. Нечаева. М., 2008 (комментарий к разд. V).
9. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации. 2-е изд. / под ред. М.С. Шакарян. М., 2007 (комментарии к разд. V).
10. Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. М.А. Викут. М., 2003 (комментарий к разд. V).
11. Лунц Л.А., Марышева Н.И. Курс международного частного права. Международный гражданский процесс. М., 1976.
12. Маковский А.Л. О кодификации гражданского права. М., 2010.
13. Марышева Н.И. Вопросы кодификации норм международного гражданского процесса в России // Журнал российского права. 2004. № 6.
14. Марышева Н.И. Международная правовая помощь и ее виды // Проблемы международного частного права: сборник статей. М., 2000.
15. Международная научно-практическая конференция «Исполнение решений иностранных судов» // Журнал российского права. 2006. № 8.

Рекомендуемая литература

16. *Международное частное право: учебник. 2-е изд. / под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2008.*
17. *Муранов А.И. Международный договор и взаимность как основания приведения в исполнение в России иностранных судебных решений. М., 2003.*
18. *Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: учебный курс: в 3 ч. М., 2004.*
19. *Перетерский И.С., Крылов Б.С. Международное частное право. М., 1959.*
20. *Признание и исполнение иностранных судебных решений по экономическим спорам (Документы и комментарии) // Вестник ВАС РФ. 1999. Спец. приложение № 3.*
21. *Сборник международных договоров Российской Федерации по оказанию правовой помощи. М., 1996.*
22. *Светланов А.Г. Международный гражданский процесс: современные тенденции. М., 2002.*
23. *СНГ: реформа гражданского процессуального права / под ред. М.М. Богуславского, А. Трунка. М., 2002.*
24. *Ходыкин Р.М. Вопросы применения Гаагской конвенции 1970 г. о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 12; 2009. № 1; 2009. № 2.*
25. *Чудиновских К.А. Новый регламент Совета Европейского Сообщества о юрисдикции, признании и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам // Международное публичное и частное право. 2003. № 1 (10).*
26. *Шак Х. Международное гражданское процессуальное право: учебник / пер. с нем. М., 2001.*
27. *Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процессуального права. Ярославль, 1909.*
28. *Ярков В.В. Об иммунитете международных организаций в практике российских судов // Международное частное право: современная практика: сб. статей / под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. М., 2000.*

Глава 23

Международный коммерческий арбитраж

§ 1. Понятие международного коммерческого арбитража, его виды, правовая природа

1. Наибольшей популярностью для разрешения внешнеэкономических споров пользуется международный коммерческий арбитраж (третейский суд), обладающий рядом достоинств: относительная быстрота разбирательства, добровольность подчинения спора арбитражу, высокая компетентность арбитров, конфиденциальность рассмотрения споров, относительная по сравнению с судебным разбирательством дешевизна арбитражного разбирательства.

Международный коммерческий арбитраж — это негосударственный орган, который формируется из лиц, избираемых сторонами или назначаемых в соответствии с порядком, согласованным ими, либо в порядке, установленном законом.

Международный коммерческий арбитраж разрешает споры, возникающие из гражданско-правовых отношений, связанных с осуществлением международного экономического и научно-технического сотрудничества.

Субъекты такого рода споров — *физические и юридические лица* различных стран. Арбитры разрешают споры на основе применимых норм международного права, руководствуясь условиями контрактов, учитывая международные торговые обычаи.

В некоторых случаях стороной спора, который разрешается органами международного коммерческого арбитража, может быть го-

сударство. Это связано, в частности, с тем, что заключенные Советским Союзом и Российской Федерацией с рядом зарубежных стран, например Великобританией, Францией и др., двусторонние соглашения о защите иностранных инвестиций расширили компетенцию органов международного коммерческого арбитража, отнеся к их ведению споры, связанные с капиталовложениями. Сторонами таких споров являются *иностраный инвестор* государства-участника и государство, которое подписало соглашение о защите иностранных капиталовложений, в частности Российская Федерация.

Международный коммерческий арбитраж следует отличать от **межгосударственного арбитража**, который является одним из средств мирного разрешения межгосударственных споров согласно ст. 33 Устава ООН. Органы межгосударственного арбитража разрешают споры, возникающие из международных публично-правовых отношений междувластного характера. Субъектами такого рода отношений, как правило, являются государства. Избранные сторонами арбитры разрешают такого рода споры, применяя:

- международные договоры, которые устанавливают нормы, определенно признанные спорящими сторонами;
- международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве нормы международного права;
- общие принципы международного права;
- судебные решения и доктрину в качестве вспомогательного средства для толкования правовых норм.

От международного коммерческого арбитража следует отличать **арбитражные суды**, которые действуют в соответствии с АПК РФ и входят в судебную систему Российской Федерации согласно Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации». Хотя данные органы также разрешают экономические споры, главное различие состоит в том, что это суды — государственные. Для них характерны некоторые особенности. В силу АПК РФ стороны обязаны разрешать свои споры в арбитражных судах. Отказ от права на обращение в суд недействителен (ст. 4 АПК РФ). Стороны не участвуют в формировании состава арбитража, так как все дела разрешают судьи арбитражных судов. Рассмотрение дел гласное (ст. 11 АПК РФ).

Для того чтобы разрешить спор в органах международного коммерческого арбитража, стороны должны заключить *арбитражное соглашение*. Особенность органов международного коммерческого ар-

Унификация правил арбитражного разбирательства осуществляется как путем заключения международных договоров, так и путем принятия типовых законов и арбитражных регламентов. К числу международных договоров относится разработанная под эгидой Экономической комиссии ООН для Европы *Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже* 1961 г. (далее — Европейская конвенция), которая вступила в силу 7 января 1964 г.¹

Европейская конвенция регламентирует порядок формирования арбитража, рассмотрения дела, вынесения арбитражных решений, основания и последствия признания арбитражного решения недействительным. Она закрепила равное отношение к арбитражу *ad hoc* и институциональному арбитражу (абз. *b* п. 2 ст. I), право иностранцев быть арбитрами (ст. III), возможность для юридических лиц, которые в соответствии с национальным законодательством относятся к «публично-правовым юридическим лицам» обращаться к международному коммерческому арбитражу (ст. II).

Европейская конвенция (ст. V) устанавливает порядок заявления возражений об отсутствии компетенции у международного коммерческого арбитража рассматривать спор (по ее терминологии — «порядок отвода по неподсудности»). Такой отвод должен быть заявлен не позднее представления соответствующей стороной своего искового заявления или своих возражений по существу дела, а если он основывается на том, что поставленный вопрос превышает полномочия арбитра, — как только в ходе арбитражного разбирательства возникнет вопрос, который, по мнению выдвигающей возражение стороны, выходит за пределы компетенции арбитра. Такие возражения, заявленные позже, не могут быть выдвинуты на более поздней стадии арбитражного разбирательства, а также в государственном суде при обращении к нему с просьбой о рассмотрении дела по существу или об исполнении арбитражного решения.

Европейская конвенция (ст. VI) регулирует порядок заявления возражения об отсутствии у государственного суда права рассматривать спор при наличии арбитражного соглашения, заключенного сторонами. Такой отвод государственного суда сторона должна заявить до или в момент представления в суде возражений по существу иска. Государственный суд, в котором возбуждено дело, может не

¹ Ведомости ВС СССР. 1964. № 44. Ст. 485.

признать арбитражное соглашение, если по закону его страны спор не может быть предметом арбитражного разбирательства.

Рассматриваемая Конвенция закрепляет принцип автономии воли сторон при выборе применимого права. При отсутствии соглашения о применимом праве арбитры применяют закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой, а также руководствуются положениями контракта и торговыми обычаями (ст. VII). Арбитры могут выносить решение в качестве «дружеских посредников», если стороны договорились об этом и применимый закон это разрешает (п. 2 ст. VII).

Вводится презумпция о необходимости вынесения мотивированных арбитражных решений, а также определяются основания и последствия отмены арбитражных решений (ст. VIII, IX).

Европейская конвенция не получила широкого распространения. В ней участвуют 26 государств. Кроме европейских стран в ней принимают участие Куба и Турция. Россия является участницей этой конвенции.

2. В области международного коммерческого арбитража действует ряд региональных международных договоров. К их числу относится *Конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества* 1972 г.¹ (далее — Московская конвенция), заключенная Болгарией, Венгрией, ГДР, Кубой, Монголией, Польшей, Румынией, СССР, Чехословакией.

Эта Конвенция ввела обязательную подсудность по спорам между хозяйственными организациями, вытекающим из договорных и иных правоотношений, возникающих в ходе осуществления экономического и научно-технического сотрудничества. Обязательная подсудность означает, что стороны не должны заключать арбитражного соглашения. Компетенция арбитражных судов при торговых палатах стран-участниц возникает в силу самой Конвенции. Споры согласно Московской конвенции подлежат рассмотрению в арбитражных судах при торговых палатах страны ответчика. Этот принцип стороны не вправе изменять².

¹ Ведомости ВС СССР. 1973. № 18. Ст. 227.

² См. подробнее: Хлестова И.О. Указ. соч.

Венгрия, Польша, Чехия денонсировали Московскую конвенцию, ссылаясь на то, что ее положения распространяются только на государственные организации. Однако Московская конвенция продолжает действовать и не утратила силу в отношениях с рядом стран (см. подробнее § 4 настоящей главы).

К региональным международным договорам относится Киевское соглашение 1992 г., заключенное странами СНГ. Киевское соглашение 1992 г. (ст. 3) предоставляет хозяйствующим субъектам государств-участников право беспрепятственно обращаться в суды, арбитражные (хозяйственные) суды, третейские суды и другие органы на территории других государств-участников, к компетенции которых относится разрешение дел, вытекающих из договорных и иных гражданско-правовых отношений. Оно содержит ряд положений, определяющих компетентный суд. Однако стороны могут избрать компетентный суд на основе письменного соглашения (ст. 4). Предусмотрено оказание компетентными судами взаимной правовой помощи, а также применение широкого круга коллизионных привязок.

Согласно Киевскому соглашению 1992 г. (ст. 7) государства-участники взаимно признают и исполняют вступившие в законную силу решения компетентных судов; установлены основания для отказа в признании и приведении в исполнение решения. В отличие от п. 2 ст. 35 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» и ч. 4 ст. 242 АПК РФ ст. 8 Киевского соглашения 1992 г. устанавливает необходимость представления в качестве приложения к ходатайству стороны о приведении в исполнение решения официального документа о том, что решение вступило в законную силу.

В литературе отмечалось, что особенность Киевского соглашения 1992 г. состоит в том, что оно исходит из возможности арбитражного разбирательства без договоренности между сторонами спора о передаче его в арбитраж и без выбора ими конкретного арбитража¹. Участниками Киевского соглашения являются Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Таджикистан, Туркмения, Россия, Украина, Узбекистан.

К региональным международным договорам в области международного коммерческого арбитража относятся Межамериканская

¹ См.: *Международное частное право: учебник* / под ред. Г.К. Дмитриевой. С. 638.

конвенция о международном коммерческом арбитраже 1975 г.¹ и Арабская конвенция о международном коммерческом арбитраже 1987 г.²

3. Международно-правовое регулирование международного коммерческого арбитража не только обеспечивает единство регулирования процедуры разрешения споров, но и создает базу для признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного на территории государства иного, чем страна, где испрашивается его признание и приведение в исполнение.

Таким основополагающим универсальным международным договором является *Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений* 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция)³. Эта Конвенция является поистине универсальной. В ней участвуют более 140 государств. Приведем лишь некоторые из них: Австрия, Австралия, Великобритания, Венгрия, Германия, Индия, Италия, Израиль, Канада, Китай, Кипр, Куба, Латвия, Литва, Польша, Словацкая Республика, Словения, США, Франция, Хорватия, Швеция, Чешская Республика, Эстония, Югославия, Япония, а также Российская Федерация, Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Молдова, Киргизия, Узбекистан, Украина.

Нью-Йоркская конвенция закрепляет обязанность государств — ее участников приводить в исполнение иностранные арбитражные решения. Она не создала единообразного порядка признания и исполнения иностранных арбитражных решений: признание и исполнение осуществляются в соответствии с процессуальными нормами того государства, где испрашивается признание и исполнение. Нью-Йоркская конвенция также устанавливает основания для отказа в признании и приведении иностранного арбитражного решения (см. подробнее § 4 настоящей главы).

4. Международно-правовое регулирование международного коммерческого арбитража идет по пути принятия *рекомендаций*, направленных на унификацию соответствующих норм. Резолюцией от

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² <<http://yurclub.ru/docs/international>>.

³ Ведомости ВС СССР. 1960. № 46. Ст. 421.

11 декабря 1985 г. № 40/72 Генеральная Ассамблея ООН одобрила *Типовой закон о международном торговом арбитраже* (далее — Типовой закон), подготовленный Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Типовой закон содержит унифицированные правила, регулирующие проведение международного коммерческого арбитража, основания для оспаривания его решений и приведения их в исполнение.

Законодательство, основанное на Типовом законе, принято более чем в 50 странах, в частности, Австралии, Австрии, Белоруссии, Болгарии, Венгрии, Германии, Греции, Дании, Индии, Ирландии, Испании, Канаде, на Кипре, в Китае, Литве, Норвегии, Польше, Великобритании, США (в штатах Иллинойс, Калифорния, Коннектикут, Луизиана, Орегон и Техас), Турции, Украине, на Филиппинах, в Хорватии, Чили, Эстонии и Японии. 7 июля 1993 г. в России был принят Закон «О международном коммерческом арбитраже», который также базируется на положениях Типового закона.

4 декабря 2006 г. Генеральная Ассамблея Резолюцией № 61/33 внесла в Типовой закон ряд изменений относительно арбитражных соглашений и обеспечительных мер, принимаемых международным коммерческим арбитражем.

5. В международной коммерческой практике стороны достаточно часто обращаются к **арбитражным регламентам**, разработанным в рамках ООН: Арбитражному регламенту Экономической комиссии для Европы 1966 г.¹, Правилам международного коммерческого арбитража и принципам примирения Экономической комиссии ООН для Азии и Дальнего Востока 1966 г.²

Однако наиболее широкое распространение получил разработанный в рамках ЮНСИТРАЛ Арбитражный регламент, который был одобрен резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 15 декабря 1976 г. № 31/98³. По своей правовой природе *Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ* представляет собой рекомендацию междуна-

¹ См.: Лебедев С.Н. Международное сотрудничество в области международного коммерческого арбитража. М., 1979. С. 147–158.

² См.: Там же. С. 161–187.

³ См.: Официальные протоколы Генеральной Ассамблеи, 31 сессия. Дополнение 17 (A/31/17), глава V, раздел C.

2) компромисс¹.

Арбитражная оговорка — это содержащееся в тексте внешнеэкономического договора условие о передаче споров, которые могут возникнуть из него в будущем, на разрешение какого-либо определенного органа международного коммерческого арбитража.

Компромисс — это заключенное сторонами внешнеэкономического договора арбитражное соглашение о передаче в определенный орган международного коммерческого арбитража спора, который уже возник из этого договора.

Арбитражное соглашение заключается *в письменной форме* — стороны не вправе отступать от этого условия. Считается, что арбитражное соглашение заключено 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, которые обеспечивают фиксацию такого соглашения. Арбитражное соглашение может быть заключено также путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии арбитражного решения, а другая против этого не возражает.

Согласно п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (см. подробнее о Конвенции § 4 настоящей главы) письменное соглашение включает в себя арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами и телеграммами. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (абз. а п. 2 ст. I) содержит более широкое определение письменной формы арбитражного соглашения: арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно подписано сторонами, а также содержится в обмене письмами, телеграммами или в сообщениях по телетайпу.

Генеральная Ассамблея ООН Резолюцией от 18 декабря 2006 г. № 61/33 дала рекомендации относительно толкования п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции. В ней предлагается применять назван-

¹ Г.К. Дмитриева выделяет третий вид арбитражных соглашений: отдельное арбитражное соглашение, не включенное в текст контракта о передаче эвентуальных споров в международный коммерческий арбитраж (см.: *Международное частное право: учебник* / под ред. Г.К. Дмитриевой. С. 641).

тража — Стокгольм. Компетентный орган — Стокгольмская торговая палата». Эта арбитражная оговорка предусматривает разрешение споров в арбитраже *ad hoc*. При обращении к арбитражу *ad hoc* желательно определить место проведения арбитража, язык, на котором будет вестись арбитражное разбирательство.

Если стороны не используют Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, желательно установить количество арбитров, порядок их избрания, определить компетентный орган, который будет действовать в тех случаях, когда одна из сторон уклоняется от избрания арбитра или избранные арбитры не могут согласовать кандидатуру арбитра-председателя, согласовать порядок проведения арбитражного разбирательства. Учитывая, что это процесс достаточно трудоемкий, желательно обращаться к таким уже проверенным временем и практикой документам, как Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ.



Практике МКАС известен случай, когда контракт, заключенный между российской организацией и австрийской фирмой, предусматривал: «...В случае невозможности разрешения конфликта путем переговоров разрешение спора переносится в арбитражи стран договаривающихся сторон, решение которых является окончательным».

Представитель истца указал, что в контракте от 22 апреля 1995 г. стороны имели в виду, что споры будут разрешаться постоянно действующим арбитражем, который создан и существует в странах пребывания продавца и покупателя. Причем это обязательно должен быть арбитраж, который предназначен для разрешения споров, вытекающих из договорных и других гражданско-правовых отношений при осуществлении внешнеэкономических связей.

На день подписания контракта в России существовал только один такой арбитраж — Арбитражный суд при ТПП СССР. Поэтому истец обратился в МКАС, который согласно п. 4 Приложения 1 к Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже» является правопреемником Арбитражного суда при ТПП СССР. Ответчик согласия на рассмотрение спора в МКАС при ТПП РФ не представил. Он также не представил отзыва на иск.

Рассмотрев обстоятельства дела, МКАС указал, что арбитражная оговорка к заключенному сторонами контракту не содержит указания, в арбитраж какой страны и в какой конкретно арбитраж может обратиться сторона для разрешения возникшего спора. Поэтому МКАС пришел к выводу, что данная арбитражная оговорка

ввиду ее неопределенного характера не соответствовала на момент заключения контракта правовым нормам, в частности ст. 2 Положения об Арбитражном суде при Торгово-промышленной палате СССР, утвержденного Указом Президиума Верховного Совета СССР от 14 декабря 1987 г.¹, и § 1 Регламента Арбитражного суда при Торгово-промышленной палате СССР. Поэтому эта арбитражная оговорка не может являться надлежащим доказательством компетенции МКАС при ТПП РФ².



Приведем также дело № 140/2003 МКАС³. 16 февраля 2002 г. российская и итальянская организации заключили контракт, который содержал арбитражную оговорку. Эта оговорка предусматривала, что споры подлежали разрешению в МКАС без указания точного наименования такого арбитражного суда и его местонахождения. Ответчик возражал против компетенции МКАС разрешать спор. По его мнению, указанное наименование арбитражного суда могло относиться к любому из постоянно действующих арбитражей.

Рассмотрев вопрос о компетенции, МКАС пришел к следующим выводам. Стороны согласились на рассмотрение спора в МКАС, т.е. в постоянно действующем арбитраже, не указав при этом ни точного наименования, ни местонахождения такого арбитража. Как в России, так и за рубежом действует несколько постоянно действующих арбитражных судов. Но их официальные наименования отличаются от редакции, употребленной в согласованной сторонами арбитражной оговорке. Представленные истцом доводы в пользу рассмотрения спора в МКАС при ТПП РФ не базируются на арбитражной оговорке, являются односторонними предположениями и не могут быть правовым обоснованием компетенции МКАС по возникшему спору.

МКАС предложил истцу обратиться к процедуре, предусмотренной п. 5 ст. IV Европейской конвенции, для определения компетентного арбитража в определенные сроки, а дело производством приостановил. На дату вынесения постановления МКАС истец не предпринимал каких-либо действий в связи с разбирательством, от него не поступало каких-либо уведомлений о пред-

¹ Ведомости ВС СССР. 1987. № 50. Ст. 806.

² См.: *Практика Международного коммерческого арбитражного суда: научно-практический комментарий* / сост. М.Г. Розенберг. М., 1997. С. 117–119.

³ См.: *Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г.* / сост. М.Г. Розенберг. М., 2008. С. 72, 73.

принятых им действиях согласно Европейской конвенции. Руководствуясь п. 2 § 45 Регламента, состав арбитража вынес постановление о прекращении дела производством.

2. В Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже» (п. 1 ст. 16) в виде императивной нормы впервые была закреплена *доктрина относительной самостоятельности арбитражной оговорки*. Достаточно вероятна ситуация, когда весь контракт, заключенный сторонами, будет признан недействительным. Возникает вопрос, действительна ли в этом случае арбитражная оговорка, включенная в такой контракт. Закон предусматривает, что решение третейского суда о том, что договор ничтожен, не влечет за собой недействительность арбитражной оговорки. Этой доктрины практика органов международного коммерческого арбитража придерживалась и ранее.



Практике Внешнеторговой арбитражной комиссии при ТПП СССР (ВТАК), которая является предшественницей МКАС, известен случай, когда итальянская фирма (ответчик) оспаривала действительность арбитражной оговорки, включенной в контракт.

Фирма утверждала, что арбитражная оговорка не была специально ею одобрена, а представляла собой типовое условие, которое было включено в стандартную форму контракта. Возражение фирмы было признано необоснованным, так как представленный истцом контракт, подписанный обеими сторонами, прямо предусматривал разрешение споров, которые могут возникнуть из него, во ВТАКе. Иными словами, ВТАК исходила из относительной самостоятельности арбитражной оговорки¹.

3. При заключении арбитражного соглашения возникает **вопрос об арбитрабельности спора**. В доктрине под понятием арбитрабельность спора понимается, во-первых, способность лица заключать арбитражные соглашения (субъективная арбитрабельность).

Субъективная арбитрабельность базируется на общей правосубъектности лица, которая определяется для юридических лиц по закону инкорпорации (ст. 1202 ГК РФ). Если речь идет о физическом лице, то необходимо, чтобы оно было зарегистрировано в качестве предпринимателя.

¹ См.: Рамзайцев Д.Ф. Практика ВТАК по вопросам международного частного права // Материалы секции права. Вып. 29. М., 1976. С. 16, 17.

Кроме того, выделяется *объективная арбитрабельность*, под которой понимается возможность разрешения спора органами международного коммерческого арбитража¹.

Арбитрабельность спора определяется законом суда, рассматривающего спор (*lex fori*). Согласно российскому законодательству некоторые категории споров не могут передаваться на разрешение в органы международного коммерческого арбитража. В частности, споры относительно защиты прав интеллектуальной собственности в отношениях, связанных с подачей и рассмотрением заявок на выдачу патентов на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, товарные знаки, знаки обслуживания и наименования происхождения товаров, с государственной регистрацией этих результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, с выдачей соответствующих правоустанавливающих документов, с оспариванием предоставления этим результатам и средствам правовой охраны или с ее прекращением, рассматриваются Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам² и Министерством сельского хозяйства РФ (ст. 1248 ГК РФ).

В соответствии с Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)» (п. 3 ст. 33) дела о банкротстве не могут передаваться на рассмотрение в третейский суд. Законодательство других стран по-разному подходит к определению арбитрабельности споров. Так, § 577 Гражданского процессуального кодекса Австрии предусматривает, что предметом арбитражного разбирательства могут быть любые споры, в отношении которых стороны могут заключать мировые соглашения.

Однако впоследствии арбитрабельность спора может определяться по закону страны, где оспаривается арбитражное решение или где

¹ См.: Сковцов О.Ю. К вопросу об арбитрабельности международных коммерческих споров // Журнал международного частного права. 2008. № 3. С. 5.

² Распоряжением Правительства РФ от 1 декабря 2008 г. № 1791-р Палата по патентным спорам Федеральной службы по интеллектуальной собственности была присоединена к Федеральному институту промышленной собственности Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам // СЗ РФ. 2008. № 50. Ст. 5984.

оно приводится в исполнение¹ (см. об арбитрабельности § 4 настоящей главы).

4. В деятельности арбитража возникает так называемая проблема «компетенция компетенции». В процессе исполнения контракта, содержащего арбитражную оговорку, могут возникать споры. В этих случаях иногда одна из сторон заявляет, что международный коммерческий арбитраж некомпетентен рассматривать спор, а компетентным является другой арбитражный орган. Возникает вопрос, вправе ли арбитры самостоятельно, не обращаясь к государственному суду, вынести решение о своей компетенции?

Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» (п. 1 ст. 16) предусматривает, что третейский суд может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения. Сторона вправе заявить, что третейский суд не обладает компетенцией рассматривать спор до того, как она представит возражения по иску. Не считается признанием компетенции третейского суда назначение стороной, возражающей против его компетенции, арбитра или участие в назначении арбитра. Если же сторона будет возражать, ссылаясь на отсутствие у третейского суда компетенции рассматривать спор, после того как она сделала заявления по существу дела, она утрачивает право ссылаться на отсутствие компетенции третейского суда. Право арбитров выносить решения о своей компетенции устанавливает и Европейская конвенция (ст. V).

Международный коммерческий арбитраж может вынести постановление о своей компетенции либо как по вопросу предварительного характера, либо в решении по существу спора. Если международный коммерческий арбитраж вынесет постановление о своей компетенции как по вопросу предварительного характера, любая сторона может в течение 30 дней после получения уведомления об этом постановлении просить государственный арбитражный суд субъекта РФ, на территории которого вынесено постановление о компетенции, вынести определение о компетенции международного коммерческого арбитража (ст. 235, ч. 3 ст. 230 АПК РФ). Пока за-

¹ См.: *Карабельников Б.Р.* Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК 2002 г. М., 2008. С. 127.

явление стороны ожидает своего разрешения, международный коммерческий арбитраж может продолжить разбирательство и вынести арбитражное решение.

Решение международного коммерческого арбитража *об отсутствии у него компетенции рассматривать спор не подлежит обжалованию*. Это было подтверждено в постановлении Президиума ВАС РФ от 27 мая 2008 г. № 2384/08, в котором отмечалось: «Принятое третейским судом (в данном случае третейский суд действовал на основании Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже». — *И. Х.*) решение является по существу актом предварительного характера об отсутствии у него компетенции».

Поскольку оспаривание таких актов международного коммерческого арбитража с учетом положений части 1 статьи 235 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и пункта 3 статьи 16 Закона (о международном коммерческом арбитраже. — *И. Х.*) не допускается, арбитражный суд не вправе решать вопрос об отмене подобных решений»¹.

Практике отечественных органов международного коммерческого арбитража широко известны и случаи, когда МКАС признавал себя компетентным рассматривать тот или иной спор.

АПК РФ 2002 г. отнес к компетенции государственных арбитражных судов рассмотрение постановлений международного коммерческого арбитража по вопросу о своей компетенции. Согласно ст. 235 АПК РФ заинтересованная сторона может обратиться в арбитражный суд с заявлением об отмене постановления третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции. Такое заявление сторона должна подать в течение месяца со дня получения ею уведомления о постановлении третейского суда о компетенции. Указанное заявление следует подавать в государственный арбитражный суд субъекта РФ по месту вынесения постановления международным коммерческим арбитражем.

Арбитражный суд рассматривает заявление по вопросу о компетенции международного коммерческого арбитража по правилам § 1 гл. 30 АПК РФ. Рассмотрев заявление, арбитражный суд выносит определение об отмене постановления органа международного коммерческого арбитража о наличии у него компетенции или об отка-

¹ Вестник ВАС РФ. 2008. № 9.

зе в удовлетворении требования заявителя. В отличие от Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» ст. 235 АПК РФ не содержит запрета на обжалование определения арбитражного суда субъекта РФ относительно постановления органа международного коммерческого арбитража¹.

Статья 90 АПК РФ предусматривает, что государственный арбитражный суд по заявлению стороны третейского разбирательства по месту нахождения третейского суда либо по месту нахождения или месту жительства должника может принять обеспечительные меры.

5. Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» (п. 1 ст. 8) решает вопрос о последствиях арбитражного соглашения. Государственный арбитражный суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен прекратить производство, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления первого заявления по существу спора, и направить стороны в международный коммерческий арбитраж, если только не найдет, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Эта норма нашла отражение в АПК РФ. В соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 148 арбитражный суд оставляет иск без рассмотрения, если имеется соглашение сторон о рассмотрении данного спора третейским судом и любая из сторон не позднее представления своего первого заявления по существу спора в арбитражном суде первой инстанции заявит по этому основанию возражение в отношении рассмотрения дела в арбитражном суде, за исключением случаев, когда арбитражный суд установит, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Согласно п. 2 ч. 1 ст. 150 АПК РФ арбитражный суд прекращает производство по делу, если установит, что имеется вступивший в законную силу принятый по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям судебный акт органа международного коммерческого арбитража, за исключением случаев, когда арбитражный суд отказал в признании и приведении в исполнение решения зарубежного органа международного коммерческого арбитража.

¹ См. подробнее: *Карабелников Б.Р.* Указ. соч. С. 378.

В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 150 АПК РФ арбитражный суд прекращает производство по делу, если установит, что имеется принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, за исключением случаев, когда арбитражный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

§ 4. Исполнение иностранных арбитражных решений

1. Решения международных коммерческих арбитражей, принятые на территории иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранное арбитражное решение), признаются и приводятся в исполнение в Российской Федерации арбитражными судами, если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено международным договором РФ и федеральным законом (ч. 1 ст. 241 АПК РФ).

Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 35) предусматривает, что арбитражное решение независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается в Российской Федерации обязательным и при подаче в компетентный суд ходатайства приводится в исполнение. Таким образом, иностранные арбитражные решения исполняются в России независимо от того, имеется ли у Российской Федерации международный договор в данной области с соответствующим государством.

Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений регламентируется *Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений* 1958 г. Эта Конвенция распространяется на иностранные арбитражные решения, вынесенные как постоянно действующими органами международного коммерческого арбитража, так и арбитражем *ad hoc*. Она применяется к признанию и приведению в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории государства иного, чем то государство, где испрашивается признание и исполнение такого решения. Кроме того, она применяется к арбитражным решениям, которые не считаются внутренними «национальными» решениями в том государстве, где испрашивается их признание.

Нью-Йоркская конвенция не создала единообразного порядка признания и исполнения иностранных арбитражных решений: признание и исполнение осуществляются в соответствии с процессуальными нормами того государства, где испрашивается признание и исполнение.

Пункт 3 ст. I Нью-Йоркской конвенции предоставляет право каждому государству при ратификации, подписании, присоединении сделать заявление о том, что оно будет применять ее положения только к решениям, вынесенным на территории другого государства-участника. Более двух третей государств сделали такие заявления. Советский Союз при ратификации Нью-Йоркской конвенции сделал следующее заявление: «СССР будет применять положения настоящей Конвенции в отношении арбитражных решений, вынесенных на территории государств, не являющихся участниками Конвенции, лишь на условиях взаимности»¹. Из этого заявления вытекает, что в России (государстве — продолжателе СССР) иностранные арбитражные решения исполняются, если они вынесены:

- в стране — участнице Нью-Йоркской конвенции;
- в других странах — при наличии фактической взаимности.

Нью-Йоркская конвенция (ст. IV) устанавливает, что для приведения в исполнение иностранного арбитражного решения *сторона, которая испрашивает такое исполнение, должна представить:*

- 1) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового;
- 2) подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенную копию такового.

Если иностранное арбитражное решение или арбитражное соглашение выполнены на иностранном языке, то сторона, добивающаяся исполнения этого решения, должна представить перевод этих документов на официальный язык страны исполнения. Нью-Йоркская конвенция предусматривает, что перевод заверяется официальным, присяжным переводчиком или дипломатическим представителем или консульским учреждением.

2. Нью-Йоркская конвенция (ст. V) устанавливает *семь оснований для отказа* в признании и исполнении иностранных арбитраж-

¹ Указ Президиума Верховного Совета СССР от 10 августа 1960 г. // Ведомости ВС СССР. 1960. № 32. Ст. 304.

ных решений. Так, в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, *во-первых*, если:

- а) стороны в арбитражном соглашении были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение было вынесено;
- б) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения;
- в) арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре при условии, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой, то та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может быть признана и приведена в исполнение;
- г) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж;
- д) решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

Во-вторых, в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что:

- а) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны, или
- б) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны.

Следует отметить, что основания, предусмотренные п. 1 ст. V, должна доказывать сторона, против которой направлено арбитражное решение. А основания, установленные п. 2 ст. V, суд может применить по собственной инициативе. Рассмотрим подробнее вопросы отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

Согласно **п. а п. 1 ст. V** основанием является то, что стороны арбитражного соглашения были в соответствии с подлежащим к ним применению законом в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого закона — по закону страны, где решение было вынесено.

Например, в соответствии со ст. 51 ГК РФ юридическое лицо считается созданным с момента его регистрации. Если юридическое лицо не прошло государственную регистрацию, значит, оно было недееспособным. Поэтому иностранные суды при разрешении исполнения иностранного арбитражного решения иногда запрашивают документы, подтверждающие, что сторона была дееспособна. Существенны и вопросы действительности арбитражной оговорки. Если в силу ст. 1211 ГК РФ стороны избрали право, применимое к контракту, то это не значит, что они избрали право, применимое к арбитражной оговорке. Если стороны хотят избрать право, применимое к арбитражной оговорке, то в контракте об этом должно быть специальное условие. При его отсутствии третейский суд всегда применяет право своей страны. Иными словами, действительность арбитражной оговорки третейский суд всегда определяет по праву своей страны.

Вопрос об отказе в исполнении иностранного арбитражного решения может возникнуть и в том случае, когда арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение было вынесено. Такие случаи чаще всего возникают, когда арбитражное соглашение не было подписано сторонами или стороной.



Например, в деле, рассмотренном Верховным судом Испании в 1998 г.¹, было установлено, что ни один из представленных до-

¹ Supreme Court, 26 May 1998, Not indicated v Not indicated // Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXVII. 2002. P. 543–545.

вать спор. Государственный арбитражный суд первой инстанции отменил решение МКАС. Однако Федеральный арбитражный суд Московского округа отменил определение суда первой инстанции, указав, что при ТПП РФ действуют три третейских суда: МКАС, Морская арбитражная комиссия и Третейский суд для разрешения экономических споров. Только в наименовании МКАС имеются слова «коммерческий», «арбитражный», «суд». К тому же МКАС находится в Москве. Поэтому Федеральный арбитражный суд Московского округа пришел к выводу, что в арбитражной оговорке имелся в виду МКАС при ТПП РФ.

Согласно пп. *b* п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции основанием для отказа в признании и исполнении иностранного арбитражного решения является отсутствие данных о том, что сторона, против которой вынесено решение, была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или установление того, что она по другим причинам не могла представить свои объяснения. В ходе арбитражного разбирательства сторонам должны быть вручены повестки о дне и месте разбирательства. Доказательства об этом должны иметься в деле. Отсутствие доказательств того, что сторонам были вручены повестки о дне и месте разбирательства, служит основанием для отказа в исполнении иностранного арбитражного решения.

Отказ может основываться на том, что арбитражный процесс и состав арбитража не соответствовали соглашению сторон (пп. *d* п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции).



Например, ответчик в одном из дел направил письмо о назначении арбитра достаточно поздно. Почту МКАС получает специальное подразделение Торгово-промышленной палаты, где письмо ответчика и задержалось. Тем временем истек 15-дневный срок для назначения арбитра, предусмотренный Регламентом МКАС. Поэтому Президиум МКАС назначил арбитра за ответчика. Получив извещение суда о назначении арбитра Президиумом, ответчик информировал суд, что он вовремя произвел назначение арбитра. В результате в арбитражном разбирательстве принимал участие арбитр, избранный ответчиком, а не назначенный Президиумом МКАС. Если бы в рассмотрении спора принимал участие арбитр, который был назначен Президиумом, в исполнении такого решения МКАС было бы отказано.

сенное по такому спору в России, не может быть исполнено за рубежом.

В частности, споры относительно защиты прав интеллектуальной собственности в отношениях, связанных с подачей и рассмотрением заявок на выдачу патентов на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, товарные знаки, знаки обслуживания и наименования происхождения товаров, с государственной регистрацией этих результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, с выдачей соответствующих правоустанавливающих документов, с оспариванием предоставления этим результатам и средствам правовой охраны или с ее прекращением осуществляется Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам и Министерством сельского хозяйства РФ (ст. 1248 ГК РФ). В соответствии с Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)» (п. 3 ст. 33) дела о банкротстве не могут передаваться на рассмотрение в третейский суд.

Арбитрабельность спора определяется также по закону суда, где испрашивается признание и исполнение иностранного арбитражного решения. Сходную норму содержит ч. 3 ст. 233 АПК РФ, согласно которой арбитражный суд отменяет решение третейского суда, если установит, что спор, рассмотренный третейским судом, не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом. Некоторые законы относят разрешение отдельных споров к исключительной компетенции судов и иных органов. Так, согласно ст. 46 Таможенного кодекса РФ решения, действия, бездействия таможенных органов или их должностных лиц могут быть обжалованы в таможенные органы или в суд, арбитражный суд. Сходные нормы содержат ст. 138 Налогового кодекса РФ, ст. 382 Трудового кодекса РФ. Согласно ст. 39 Федерального закона «О защите конкуренции» дела о нарушении антимонопольного законодательства рассматриваются антимонопольным органом.

В литературе отмечалось, что буквальное толкование п. 2 ч. 1 ст. 248 АПК РФ позволяет сделать вывод о том, что исключительная подведомственность арбитражных судов распространяется только на споры о признании права собственности на недвижимое имущество, рассматриваемые в порядке международного коммерческого арби-

тража¹. В общем можно отметить, что законодательство достаточно определенно устанавливает границы, за пределами которых третейское разбирательство недопустимо².

И, наконец, отказ в признании и приведении арбитражного решения в исполнение может быть вызван тем, что это решение противоречит публичному порядку (пп. *b* п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции) (см. гл. 4 учебника).

В последнее время участились ссылки сторон на публичный порядок и в тех случаях, когда международный коммерческий арбитраж применял российское право. Однако согласно ст. 1193 ГК РФ норма *иностранного права*, подлежащая применению, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. Поэтому лишь применение нормы иностранного права может противоречить публичному порядку.

Следует отметить, что и до принятия АПК РФ 2002 г. практика судов общей компетенции исходила из того, что применение норм национального российского права не может трактоваться как нарушение публичного порядка Российской Федерации³.



Аналогичную позицию занял и Федеральный арбитражный суд Московского округа. В его постановлении от 18 ноября 2002 г. указывается: «Из смысла ст. 1193 ГК РФ следует, что нарушение публичного порядка может иметь место лишь в случае применения иностранной правовой нормы, которая противоречит основам правопорядка России... Из материалов дела видно, что третейский суд при рассмотрении гражданско-правового спора руководствовался соответствующими нормами российского права... Применение международным коммерческим арбитражем норм

¹ См.: Севастьянов В.С. Подведомственность третейскому суду споров о недвижимом имуществе: современное состояние проблемы // Закон. 2008. № 1. С. 61.

² См.: Комаров А.С. Международный коммерческий арбитраж и государственный суд // Закон. 2003. № 2. С. 78; Жильцов А.Н. Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей в соответствии с российским законодательством. С. 9; Карабельников Б.Р. Указ. соч. С. 299–328.

³ Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 25 сентября 1998 г. № 5-Г98-60 // Бюллетень ВС РФ. 1999. № 3.

согласно п. 3 ст. 10 ГК РФ добросовестность участников гражданских правоотношений предполагается. Поэтому должник, выступающий против приведения в исполнение решения международного коммерческого арбитража, должен представить доказательства, которые опровергают презумпцию добросовестности. В отсутствие таких доказательств государственный арбитражный суд не должен решать вопрос о соблюдении принципа добросовестности¹.

Как отмечал Б.Р. Карабельников, «установление добросовестного поведения стороны процесса (не связанного с злоупотреблением процессуальными правами) — функция того органа, который рассматривает спор по существу. Так как существо решения третейского суда в процессе оспаривания или приведения в исполнение государственный суд проверять не вправе, реализовать это указание (имеется в виду Информационное письмо ВАС РФ № 96) на практике невозможно»². В литературе уже указывалось, что «соразмерность мер гражданско-правовой ответственности виновному правонарушению» не может считаться тем основополагающим принципом, который входит в понятие международного публичного порядка Российской Федерации³.

Согласно российскому гражданскому праву возможны случаи наступления ответственности без вины (объективная ответственность). Пункт 1 ст. 394 ГК РФ предусматривает штрафную неустойку, когда убытки взыскиваются в полной сумме сверх неустойки. Поэтому если применимое иностранное право предусматривает ответственность без вины в случае, который неизвестен российскому праву, или возлагает на должника размер гражданско-правовой ответственности, который отличен от российского права, то оснований для постановки вопроса о нарушении публичного порядка Российской Федерации не будет⁴.

Ссылка на нарушение публичного порядка может делаться только в том редком случае, когда исполнение решения международного

¹ См.: *Асосков А.В.* Вопросы международного коммерческого арбитража в новом обзоре Президиума ВАС РФ: поиск правильных решений. С. 31.

² *Карабельников Б.Р.* Указ. соч. С. 344.

³ См.: *Асосков А.В.* Вопросы международного коммерческого арбитража в новом обзоре Президиума ВАС РФ: поиск правильных решений. С. 28.

⁴ См.: Там же.

с момента введения в действие АПК РФ применяется в части, не противоречащей ему.

В литературе было высказано мнение о том, что п. 10 Указа 1988 г. продолжает действовать¹. Пункт 10 Указа 1988 г. устанавливает, что иностранные арбитражные решения, которые не подлежат принудительному исполнению, признаются без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступят возражения против этого. В сущности, аналогичную норму содержит ст. 35 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», согласно которой арбитражное решение независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным. Однако необходимо учитывать, что п. 10 Указа 1988 г. устанавливал судебную процедуру признания иностранного арбитражного решения в тех случаях, когда заинтересованная сторона отказывалась его признавать. Поэтому нельзя не согласиться с тем, что п. 10 Указа 1988 г. сохраняет в этой части свое действие.

На основании иностранного арбитражного решения и вступившего в законную силу судебного определения о разрешении принудительного исполнения выдается исполнительный лист, который направляется по месту исполнения. Иностранное арбитражное решение согласно ч. 2 ст. 246 АПК РФ может быть исполнено в течение трех лет с даты вступления его в законную силу. Если сторона пропустила этот срок, то по ходатайству взыскателя арбитражный суд вправе его восстановить.

4. Ряд положений относительно исполнения иностранных арбитражных решений содержит *Московская конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества* 1972 г. (см. § 2 настоящей главы).

Московская конвенция была заключена в 1972 г., когда основную деятельность по осуществлению экономического и научно-технического сотрудничества осуществляли государственные внешнеторговые объединения. С переходом России и стран Восточной Европы на рыночные отношения круг участников внешнеэкономиче-

¹ См.: *Игнатенко Г.В., Федоров И.В.* Указ. соч. С. 27. Было высказано также мнение о том, что указанный пункт не действует (см.: *Карабелыников Б.Р.* Указ. соч. С. 127).

В качестве участников Московской конвенции на сегодняшний день рассматривают себя три государства: Россия, Куба, Монголия. Положения Московской конвенции должны быть, следовательно, учтены при заключении арбитражных соглашений с фирмами этих стран. Остается все же неясным участие в Московской конвенции Болгарии и Румынии. Приведенное выше заявление болгарского суда при отказе в выдаче экзекватуры, а также отказ румынского арбитража в приеме искового заявления по конкретным делам не могут рассматриваться как акт денонсации Московской конвенции в свете Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.¹



В связи с этим представляет интерес и рассмотренное МКАС дело № 67/1998 (решение от 18 апреля 2000 г.) относительно контракта, заключенного российской и болгарской организациями от 12 ноября 1996 г. Арбитражная оговорка, содержащаяся в контракте, предусматривала передачу споров на разрешение МКАС при ТПП РФ.

Согласно Московской конвенции иск следовало предъявить в Софии в Арбитражный суд при Болгарской Торгово-промышленной палате по месту нахождения ответчика. Позиция истца состояла в том, что после заключения в 1972 г. Московской конвенции произошло «коренное изменение обстоятельств» (*rebus sic stantibus*), в силу которого ее положения не применяются к негосударственным организациям. В решении отмечается: сложившаяся практика МКАС при ТПП РФ заключается в том, что Московская конвенция, не будучи денонсированной Россией и Болгарией, сохранила свое действие для отношений между хозяйственными организациями государств-участников. Однако это не исключает постановку вопроса о сфере действия Московской конвенции, в том числе о круге субъектов, ею охватываемых.

В данном случае МКАС обратился к практике Арбитражного суда при Болгарской Торгово-промышленной палате. Практика этого суда исходит из того, что Московская конвенция применяется лишь к спорам между государственными организациями. Соответственно, ее положения не применяются к спорам с участием

ский арбитраж: современные проблемы и решения / под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 321–323.

¹ Ведомости ВС СССР. 1986. № 37. С. 772.

нию, как только будет установлено, что место нахождения должника находится за границей¹.



Так, Арбитражный суд г. Москвы определением от 13 ноября 2003 г. по делу № А40-34446/03-69-208 прекратил производство по делу, в котором иностранный взыскатель представил заявление о признании и приведении в исполнение решения Алма-Атинского областного суда от 6 мая 2003 г.

Арбитражный суд г. Москвы прекратил производство по делу, сославшись на неподсудность ему дела в силу ч. 9 ст. 38 АПК РФ, так как место нахождения должника известно и находится в Казахстане².

Создается ситуация, при которой иностранному должнику, против которого вынесено судебное решение, достаточно вывезти ликвидное имущество в Россию, чтобы судебное решение стало фактически неисполнимым³.

Заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения подается в письменной форме и должно быть подписано взыскателем или его представителем. Реквизиты заявления определены в ч. 2 ст. 242 АПК РФ. К заявлению, если иное не установлено международным договором, прилагаются:

- 1) надлежащим образом заверенное подлинное иностранное арбитражное решение или его надлежащим образом заверенная копия;
- 2) подлинное соглашение о третейском разбирательстве или его надлежащим образом заверенная копия;
- 3) надлежащим образом заверенный перевод иностранного арбитражного решения и арбитражного соглашения;
- 4) документ об уплате государственной пошлины.

Документы, составленные на иностранном языке, при представлении в российский арбитражный суд должны сопровождаться надлежащим образом заверенным переводом на русский язык.

¹ См.: Тарнопольская С.В. Подсудность дел о принудительном исполнении решений третейских судов и дел о признании и исполнении иностранных судебных и арбитражных решений // Закон. 2008. № 1. С. 79.

² См.: Там же.

³ См.: Там же.



Например, дело № КГ-А40/910-07, рассмотренное Федеральным арбитражным судом Московского округа 18 мая 2007 г. Российское юридическое лицо обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения МКАС при ТПП РФ относительно ответчика, немецкого юридического лица, имеющего местонахождение в Гамбурге. Ответчик оспаривал определение суда первой инстанции, ссылаясь на неподсудность дела Арбитражному суду г. Москвы в силу ч. 3 ст. 236 АПК РФ.

Федеральный арбитражный суд Московского округа отказал в удовлетворении кассационной жалобы, указав на то, что в производстве Арбитражного суда г. Москвы ранее находилось дело по обжалованию ответчиком названного решения МКАС при ТПП РФ¹. Поэтому заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение этого решения согласно Информационному письму ВАС РФ № 96 следовало подавать по правилам ч. 8 ст. 38 АПК РФ также в Арбитражном суде г. Москвы.

Статья 237 АПК РФ определяет реквизиты заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

Судья рассматривает заявление единолично в срок, не превышающий месяца со дня его поступления в арбитражный суд, включая срок на подготовку дела к судебному разбирательству и вынесения определения. При подготовке дела к судебному разбирательству по ходатайству лиц, участвующих в деле, судья может затребовать из третейского суда материалы дела, по которому испрашивается исполнительный лист (ст. 238 АПК РФ).

Арбитражный суд извещает стороны третейского разбирательства о времени и месте судебного заседания. Неявка сторон, извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения дела.

При рассмотрении дела арбитражный суд в судебном заседании устанавливает, существуют ли основания для выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, путем исследования доказательств, представленных в обоснование заявленных требований и возражений.

¹ СПС «КонсультантПлюс».

Согласно ч. 4 ст. 239 АПК РФ арбитражный суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное решение международного коммерческого арбитража по основаниям, предусмотренным международным договором РФ и Законом РФ «О международном коммерческом арбитраже».

По результатам рассмотрения заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда арбитражный суд выносит определение. Отказ в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение третейского суда не является препятствием для повторного обращения в третейский суд, если такая возможность не утрачена, или в арбитражный суд. В соответствии с ч. 5 ст. 240 АПК РФ определение арбитражного суда по делу о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, в том числе международного коммерческого арбитража, может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца со дня вынесения определения.

§ 5. Международный коммерческий арбитраж в России

1. Правовой основой деятельности международного коммерческого арбитража в России является Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже». В преамбуле этого Закона прямо отмечается, что он «учитывает положения об арбитраже, содержащиеся в международных договорах РФ, а также в Типовом законе, принятом в 1985 г. ЮНСИТРАЛ и одобренном Генеральной Ассамблеей ООН». Иными словами, законодатель прямо указал, что положения российского закона основаны на Типовом законе ЮНСИТРАЛ и на соответствующих международных договорах РФ.

Хотя указанный Закон и называется «О международном коммерческом арбитраже», в нем используется термин «третейский суд». Под **третейским судом** понимается любой арбитраж независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или осуществляется постоянно действующим судом (ст. 2 Закона).

Положения Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» применяются во всех случаях, когда арбитраж проводится на территории Российской Федерации.

В компетенцию органов международного коммерческого арбитража входят споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, которые возникают при осуществлении внешнеторговых и других международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей. К ним относятся:

- споры между иностранными юридическими лицами, коммерческие предприятия которых находятся на территории различных государств;
- споры созданных на территории Российской Федерации предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций между собой, споры между их участниками, а также их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

При ТПП РФ существуют *два постоянно действующих органа международного коммерческого арбитража*:

- 1) Международный коммерческий арбитражный суд, который первоначально назывался Внешнеторговая арбитражная комиссия (ВТАК) и был создан в 1932 г.;
- 2) Морская арбитражная комиссия, образованная в 1930 г.

Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) действует на основе Положения о нем, которое является Приложением 1 к Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже», и Регламента, который утвержден Приказом ТПП РФ от 18 октября 2005 г. № 76¹ и вступил в силу с 1 марта 2006 г.

Приказом Президента ТПП РФ от 1 июня 2001 г. был утвержден Согласительный регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации², применяемый для согласительного урегулирования споров, которые могут передаваться на разрешение МКАС. Согласительный регламент регулирует начало согласительной процедуры, назначение посредника, определяет организационное содействие МКАС, прекращение согласительной процедуры, в частности, путем подписания мирового соглашения. За проведение согласительной процеду-

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² Там же.

являются представителями сторон. Дела рассматриваются арбитражем в составе трех арбитров или по соглашению сторон — единоличным арбитром. С учетом сложности дела, цены иска, как правило, не превышающей 25 000 долл. США, и других обстоятельств Президиум МКАС может по своему усмотрению решить, что дело подлежит разрешению единоличным арбитром.

Слушание дел производится при закрытых дверях. Лишь с разрешения состава арбитража и с согласия сторон на слушании могут присутствовать лица, не участвующие в арбитражном разбирательстве. Стороны могут договориться о разбирательстве дела только на основе письменных материалов, без проведения устного слушания. Стороны должны доказать те обстоятельства, на которые они ссылаются как на основание своих требований или возражений. Арбитры оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению.

Арбитражное разбирательство прекращается вынесением окончательного арбитражного решения или постановления. Решение выносится, когда спор разрешен по существу. Арбитражное разбирательство прекращается, если в ходе разбирательства стороны урегулируют спор. По просьбе сторон состав арбитража может зафиксировать это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

Решение принимается большинством голосов состава арбитража. Если решение не может быть принято большинством голосов, оно принимается председателем состава арбитража. МКАС принимает меры к тому, чтобы арбитражное решение было вынесено в срок не более 180 дней со дня образования состава арбитража.

Приказом Президента ТПП РФ от 9 декабря 1999 г. № 91 утверждены Правила по оказанию содействия Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации арбитражу, проводимому в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ¹. Согласно Правилам МКАС оказывает организационное содействие таким арбитражным разбирательствам и может выполнять функции компетентного органа. Правила содержат также необходимые нормы для проведения арбитража на территории Российской Федерации в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

¹ См.: <<http://jurbase.ru/texts/sector099/tes 99945.htm>>.

ния в морских водах, а также в связи с причинением судном повреждений портовым сооружениям, средствам навигационной обстановки и другим объектам;

- 10) связанных с причинением повреждений рыболовным сетям и другим орудиям добычи (вылова) водных биологических ресурсов, а также с иным причинением вреда при осуществлении промышленного рыболовства.

Морская арбитражная комиссия разрешает также споры, возникающие в связи с плаванием морских судов и судов внутреннего плавания по международным рекам, а равно споры, связанные с осуществлением судами внутреннего плавания заграничных перевозок.

Торгово-промышленная палата РФ по представлению Президиума МАК утверждает сроком на пять лет список членов МАК. Функции арбитров могут также выполнять лица, не включенные в список арбитров, если иное не предусмотрено Регламентом. Каждая из сторон избирает арбитра из числа членов Комиссии. Если избранные сторонами арбитры не приходят к единому мнению относительно того, как спор должен быть разрешен, они в 10-дневный срок избирают арбитра-председателя. По соглашению сторон спор может быть рассмотрен единоличным арбитром.

По просьбе стороны Председатель МАК может установить размер и форму обеспечения требования, в частности, вынести постановление о наложении ареста на находящееся в порту судно или груз другой стороны (п. 4 Положения Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации).

Регламент определяет процедуру арбитражного разбирательства. Оно возбуждается подачей искового заявления, реквизиты которого определены в Регламенте. Предписывается уплата арбитражного сбора. Подавая исковое заявление, истец должен указать избранного арбитра, запасного арбитра или просить Председателя Комиссии назначить их. Ответчик должен назначить арбитра, запасного арбитра в 30-дневный срок по получении уведомления от ответственного секретаря МАК. Если ответчик не выберет арбитра в указанный срок, его назначает Председатель МАК из числа лиц, включенных в список арбитров МАК.

Решение по делу, рассмотренному двумя арбитрами, принимается единогласно. Решение по делу, рассмотренному тремя арбитрами, принимается единогласно или большинством голосов. Если ре-

шение не может быть принято большинством голосов, оно принимается председателем состава арбитража.

Неисполненные добровольно решения МКАС и МАК, а также решения арбитража *ad hoc* согласно § 2 гл. 30 АПК РФ подлежат принудительному исполнению. Далее исполнение осуществляется в соответствии с Федеральным законом «Об исполнительном производстве».

2. Что касается права, подлежащего применению арбитражем, то спор решается им в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. При этом любое указание на право или систему права какого-либо государства толкуется как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам (ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», § 26 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации). Хотя автономия воли сторон закреплена достаточно широко, она имеет определенные границы. Во-первых, это — оговорка о публичном порядке (ст. 1193 ГК РФ), а во-вторых, — сверхимперативные нормы¹.



Например, при разрешении спора из договора, заключенного между финской фирмой и российской организацией (дело № 339/1997, решение от 13 января 1999 г.), МКАС не признал, что между сторонами состоялось соглашение об изменении условий контракта, поскольку не были соблюдены строго императивные правила российского законодательства о совершении внешнеэкономических сделок в письменной форме².

При отсутствии какого-либо указания сторон МКАС применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми³. Это положение предоставляет

¹ См.: Кабатова Е.В. Выбор применимого права при рассмотрении споров из внешнеэкономических сделок // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 2. С. 36, 37.

² См.: Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. М., 2000. С. 21.

³ См.: Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. С. 210.

арбитрам возможность обратиться не только к иностранному праву в силу коллизионной нормы, но и к иному праву, а именно к *lex mercatoria*, например, к Принципам международных коммерческих договоров, разработанных УНИДРУА¹. Как отмечала М.П. Бардина, «...субсидиарное использование Принципов УНИДРУА непосредственно предусмотрено в их Преамбуле, где сказано, что они могут использоваться для решения вопроса, возникающего в случае, когда оказывается невозможным установить соответствующую норму применимого права, а также для толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов»². Во всех случаях МКАС принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.



Например, в решении от 14 февраля 2006 г. по делу № 7/2005 МКАС установил, что «в контракте от 14 октября 2004 г. отсутствует согласование сторонами применимого к их отношениям права. Спор возник из контракта, заключенного сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в Российской Федерации и в Нидерландах. Поскольку указанные государства являлись на дату заключения контракта участниками Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., данная Конвенция на основании п. 1 „а“ ст. 1 подлежит применению для определения прав и обязанностей сторон по настоящему делу. Руководствуясь п. 2 ст. 7 Венской конвенции и ст. 1211 ГК РФ, а также п. 1 § 13 Регламента МКАС, состав арбитража пришел к выводу о том, что в качестве субсидиарно применимого права подлежит применению право Российской Федерации»³.

¹ См.: Кабатова Е.В. Выбор применимого права при рассмотрении споров из внешнеэкономических сделок. С. 37–40; Бардина М.П. Определение применимых коллизионных норм в практике Международного коммерческого арбитража // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения / под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 26–46; Она же. О применении процессуального и материального права в Регламенте МКАС при ТПП РФ 2006 г. // Журнал международного частного права. 2008. № 4. С. 3–14.

² Бардина М.П. Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем // Международное публичное и международное частное право. 2003. № 5. С. 22.

³ Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / сост. М.Г. Розенберг. М., 2008. С. 76, 77.

3. Согласно Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации» международный коммерческий арбитраж не входит в правовую систему Российской Федерации. Ни российское законодательство о судостроительстве, ни процессуальное законодательство к международному коммерческому арбитражу не применяются. Это исходное положение закреплено в Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже» нормой ст. 5: «По вопросам, регулируемым настоящим Законом, никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе».

В настоящее время юрисдикция в отношении ряда вопросов, касающихся деятельности международного коммерческого арбитража, закреплена за государственными арбитражными судами. Существуют, однако, лишь два случая, предусматривающих *возможность вмешательства арбитражных (государственных) судов в деятельность органов международного коммерческого арбитража*:

- во-первых, арбитражный суд субъекта РФ по месту проведения арбитража по заявлению заинтересованной стороны принимает решение о компетенции международного коммерческого арбитража (ст. 235 АПК РФ);
- во-вторых, арбитражный суд субъекта РФ по месту проведения арбитража принимает решение об отмене арбитражного решения по заявлению заинтересованной стороны (§ 1 гл. 30 АПК РФ).

4. Согласно Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже» (п. 3 ст. 34) **оспаривание арбитражных решений** возможно в форме подачи заявления об отмене арбитражного решения. Заявление должно быть подано в течение трех месяцев со дня получения арбитражного решения. При подаче такого заявления арбитражное решение не становится окончательным. Действие его приостанавливается. Соответственно, это является основанием для отказа в исполнении арбитражного решения (см. подробнее § 4 настоящей главы).

Решения органов международного коммерческого арбитража как институционального (МКАС, МАК), так и арбитража *ad hoc*, если арбитраж проводился на территории Российской Федерации, могут быть оспорены. Лица, участвующие в третейском разбирательстве, могут обратиться в арбитражный суд субъекта РФ, на территории ко-

шений, что и Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже».



В постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа от 10 октября 2006 г. по делу об оспаривании решения МКАС при ТПП РФ отмечается, что заявитель ссылается на то, что при вынесении решения были нарушены основополагающие принципы российского права, в частности принцип разумности, а также публичный порядок Российской Федерации, что является основанием к отмене решения МКАС.

Далее в постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа указывается, что при рассмотрении дела арбитражным судом установлено, что основания для отмены решения МКАС, по которым заявитель его оспаривает, отсутствовали. Перечень оснований для отмены решений международного коммерческого арбитража установлен ст. 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», в пп. 2 п. 2 которой указано, что суд отменяет арбитражное решение, если применяемые при его вынесении нормы иностранного права противоречат публичному порядку Российской Федерации. При этом предметом оценки арбитражного суда для п. 2 ст. 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» является проверка соответствия публичному порядку самого решения международного коммерческого арбитража, а не вопросы исследования третейским судом доказательств по делу или правильность применения норм материального права.

Из материалов дела видно, что заявитель, ссылаясь на нарушение международным коммерческим арбитражем гражданско-правовых и отраслевых принципов, по сути, обосновывает свои доводы ссылками на конкретные доказательства, которые получили оценку в ходе третейского разбирательства. Таким образом, доводы заявителя сводятся к проверке правильности решения международного коммерческого арбитража по существу заявленных требований, что в компетенцию арбитражного суда не входит¹.

По результатам рассмотрения заявления об отмене решения международного коммерческого арбитража арбитражный суд выносит определение. Установлены реквизиты такого определения.

¹ См.: СПС «КонсультантПлюс».

Отмена решения международного коммерческого арбитража не препятствует сторонам повторно обратиться в международный коммерческий арбитраж, если такая возможность не утрачена. Если решение третейского суда отменено арбитражным судом полностью или частично вследствие недействительности арбитражного соглашения, или потому, что оно было принято по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением, или не подпадает под его условия, или содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением, стороны могут обратиться за разрешением такого спора в государственный арбитражный суд по общим правилам АПК РФ.

Определение арбитражного суда об отмене решения международного коммерческого арбитража может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца со дня вынесения определения (ст. 234 АПК РФ).

Контрольные вопросы

1. Какие существуют виды органов международного коммерческого арбитража?
2. Что такое арбитражное соглашение, арбитражная оговорка, каковы их правовые последствия?
3. В каком порядке рассматриваются дела в МКАС?
4. Какие существуют международные договоры по вопросам международного коммерческого арбитража?
5. В каких направлениях развивается международное сотрудничество по этим вопросам?
6. В каком порядке исполняются иностранные арбитражные решения?

Рекомендуемая литература

7. *Бардина М.П.* О применении процессуального и материального права в Регламенте МКАС при ТПП РФ 2006 г. // Журнал международного частного права. 2008. № 4.
8. *Кабатова Е.В.* Выбор применимого права при рассмотрении споров из внешнеэкономических сделок // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 2.
9. *Карабельников Б.Р.* АПК РФ и законодательство о международном коммерческом арбитраже // Закон. 2003. № 11.

10. *Карабельников Б.Р.* Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей: комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. М., 2008.
11. *Комаров А.С.* Международная унификация правового регулирования коммерческого арбитража: новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 2.
12. *Комаров А.С.* Международный коммерческий арбитраж и третейское судопроизводство в России: актуальные проблемы // Закон. 2008. № 1.
13. *Комаров А.С.* Некоторые актуальные вопросы международного коммерческого арбитража в Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1.
14. *Комаров А.С.* Три четверти века в ногу со временем: к 75-летию деятельности МКАС // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения / под ред. А.С. Комарова. М., 2008.
15. *Курочкин С.А.* Признание и приведение в исполнение решений третейских судов и международных арбитражей // Закон. 2008. № 7.
16. *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. М., 1985.
17. *Международный коммерческий арбитраж: комментарий законодательства* / под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина. СПб., 2007.
18. *Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения* / под ред. А.С. Комарова. М., 2007.
19. *Минаков А.И.* Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. М., 1985.
20. *Нешатаева Т.Н.* О праве третьих лиц на оспаривание решения третейского суда по мотиву отсутствия юрисдикции // Вестник ВАС РФ. 2007. № 9.
21. *Нешатаева Т.Н.* Судебная защита иностранных лиц в Российской Федерации // Законодательство. 1996. № 2.
22. *Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ* / сост. М.Г. Розенберг. М., 2006.
23. *Севастьянов В.С.* Подведомственность третейскому суду споров о недвижимом имуществе: современное состояние проблемы // Закон. № 1.
24. *Сергеева М.В.* Арбитражное соглашение и компетенция международного коммерческого арбитража // Московский журнал международного права. 2003. № 1.
25. *Скворцов А.Н.* К вопросу об арбитрабельности международных коммерческих споров // Журнал международного частного права. 2008. № 3.

Как купить книги издательства «Волтерс Клувер»?

1. Посмотрите Каталог книг на сайте издательства **www.wolters-kluwer.ru**
Альтернатива: закажите бесплатный печатный Каталог книг для практикующих юристов по бесплатному круглосуточному тел. 8-800-200-6789.
2. Закажите нужную Вам книгу любым удобным для Вас способом.

Как сделать заказ?

Мы принимаем Ваши заказы круглосуточно в нашем call-center (горячая линия заказа). Звонки по горячей линии по всей территории России бесплатны. Ваш заказ будет выполнен быстрее, если Вы назовете оператору последние четыре цифры кода ISBN, который указан для каждой книги.

Можно заказать книги также по факсу, который работает в автоматическом режиме; по электронной почте; через наш Интернет-магазин; по почте; по SKYPE; по ICQ.

горячая линия заказа	круглосуточно 8-800-200-6789
круглосуточный факс	(495) 682-61-81
электронная почта	sales@wolters-kluwer.ru
интернет-магазин	www.wolters-kluwer.ru
почтовый адрес	127287 Москва, а/я 14
SKYPE	wolters_kluwer_russia
ICQ	197-447-393

Пожалуйста, укажите:

Физические лица — ФИО, адрес доставки, телефон (обязательно), e-mail (если есть);

Юридические лица — полное наименование организации, банковские реквизиты, адрес доставки, телефон, e-mail, контактное лицо (обязательно).

На сайте издательства www.wolters-kluwer.ru также можно узнать о книгах, которые готовятся к печати, и оставить предварительный заказ.

Почему лучше купить книги у нас?

Купить книги непосредственно в издательстве **выгодно:**

- Продажа книг по издательской цене (без торговой наценки посредника)
- Гарантия наличия книг в продаже
- Звонки по горячей линии по всей России бесплатны для звонящего
- Возможность круглосуточного заказа
- Скидка 5 % для членов «Клуба подписчиков» журнала «Корпоративный юрист» — www.clj.ru

Справки по телефону 8-926-459-55-44 (мобильный)

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО УЧЕБНИК

В настоящем учебнике рассматриваются все основные вопросы международного частного права: его предмет и источники, понятие и действие коллизионных норм, правовое положение физических и юридических лиц, а также иностранного государства, вещное право, интеллектуальные права, договорные обязательства, в частности, договоры международной купли-продажи, международного финансового лизинга, факторинга, перевозки, концессионные соглашения, расчетно-кредитные отношения, банковская гарантия, внедоговорные обязательства, а также вопросы наследственного, семейного и трудового права, международного гражданского процесса, включая международный коммерческий арбитраж.

Учебник написан на базе нового законодательства, в частности, раздела VI части третьей, части четвертой Гражданского кодекса РФ; Гражданского процессуального и Арбитражного процессуального кодексов РФ, с учетом новых международных договоров, научной доктрины, практики и современных тенденций развития международного частного права.

Авторы учебника — сотрудники Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, ведущие специалисты в области международного частного права и процесса. Для студентов, аспирантов, преподавателей и научных работников, занимающихся международным частным правом, а также практических работников и других лиц, участвующих в международных экономических связях.

ISBN 978-5-466-00540-0



9 785466 005400

www.wolters-kluwer.ru