

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
МОСКОВСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

УЧЕБНИК

Под редакцией
доктора юридических наук, профессора
Г. К. Дмитриевой

*Допущено Министерством образования Российской Федерации
в качестве учебника для студентов высших учебных заведений,
обучающихся по специальности 021Ю00 «Юриспруденция»*

*2-е издание,
переработанное и дополненное*


•ПРОСПЕКТ•
Москва
2004

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412.2я73
М43

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
МОСКОВСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ

Авторы:

Л. П. Ануфриева, канд. юрид. наук, доц. — гл. 7, 8, 15, 19;
К. А. Бекашев, д-р юрид. наук, проф. — гл. 13, 17;
Г. К. Дмитриева, д-р юрид. наук, проф. — предисловие, гл. 1, 3-6, 9; 11 (совместно с П. Д. Барановским); 12, 20;
И. М. Кутузов, канд. ист. наук, доц. — гл. 14;
И. Н. Лебединец, канд. юрид. наук, ст. преп. — гл. 10;
Н. Г. Скачков, канд. юрид. наук, доц. — гл. 16;
Г. С. Стародубцев, д-р юрид. наук, проф. — гл. 2;
Г. Ю. Федосеева, канд. юрид. наук, доц. — гл. 18.

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

Международное частное право: Учебник / Л. П. Ануфриева, М43К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева и др.; Отв. ред. Г. К. Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. — 688 с.

ISBN 5-98032-349-X

В учебнике, подготовленном в соответствии с Государственным стандартом и программой МГЮА, изложены все основные общие положения, характеризующие природу и специфику международного частного права, рассмотрены правовое положение иностранных граждан и юридических лиц в России и за рубежом; основные подотрасли и институты международного частного права: правовой режим собственности и интеллектуальной собственности, внешнеэкономические сделки, международные перевозки, денежные обязательства, трудовые, деликтные, семейно-брачные, наследственные отношения; вопросы международного гражданского процесса и международного коммерческого арбитража.

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

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

ISBN 5-98032-349-X

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412.2Я73

9 785980 323493

© Коллектив авторов, 2004
© ООО «Издательство Проспект», 2004

УСЛОВНЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

БМД — Бюллетень международных договоров

Ведомости ВС СССР и СНД СССР — Ведомости Верховного Совета СССР и Съезда народных депутатов СССР

Ведомости ВС СССР — Ведомости Верховного Совета СССР

Ведомости ВС РСФСР — Ведомости Верховного Совета РСФСР

Ведомости СНД РФ и ВС РФ — Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ

ГК РФ — Гражданский кодекс РФ. Часть первая 1994 г.; часть вторая 1996 г.; часть третья 2001 г.

ГПК РФ — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации 2002 г.

КТМ РФ — Кодекс торгового мореплавания РФ 1999 г.

МАК — Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате РФ

МКАС — Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ

Основы 1991 г. — Основы гражданского законодательства Союза ССР -и республик от 31 мая 1991 г.

САПП РФ —Собрание актов Правительства и Президента РФ

СЗ РФ —Собрание законодательства РФ

СК РФ —Семейный кодекс РФ 1995 г.

I.C.J. — International Court of Justice

PCIJ — Permanent Court of International Justice

ПРЕДИСЛОВИЕ

Международное частное право уже давно сформировалось в качестве самостоятельной отрасли права и отрасли юридической науки (правоведения), а также самостоятельной учебной дисциплины. В России интерес к этой науке и дисциплине резко возрос в последнем десятилетии XX в. Глубокие преобразования, происходящие в нашей стране, связанные с формированием открытого демократического общества и правового государства, экономические реформы, охватившие и внешнеэкономическую деятельность, открыли новые возможности российским гражданам и юридическим лицам для участия в разнообразных международных отношениях частноправового характера. Все это имело принципиальное значение для международного частного права, для возрастания его роли как внутри страны, так и в обеспечении равноправного участия России в мирохозяйственных связях.

Вместе с тем значение международного частного права неуклонно растет и, в мировом сообществе. Характерной закономерностью исторического развития является углубляющаяся интернационализация всех сфер жизни человеческого общества, перерастающая в глобализацию — процесс, взаимосвязывающий государства в единую мировую экономическую и общественную систему. Одним из проявлений глобализации является многогранная взаимосвязь всех факторов общественных отношений. Глобальная система торговли, финансов и производства связывают воедино благополучие отдельных людей, их объединений и государств. Главными действующими лицами в таком мировом хозяйстве и глобальном гражданском обществе выступают индивиды и их объединения. Трансграничные связи населения становятся все более динамичными, интенсивными и разнообразными. Это предопределяет ускорение развития и совершенствования международного частного права, которое должно решать все более сложные задачи.

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

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

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

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

Настоящий учебник подготовлен в соответствии с учебной программой курса «Международное частное право», утвержденной Ученым советом МГЮА, коллективом преподавателей кафедры международного частного права этой же Академии. Это второе издание учебника «Международное частное право», подготовленного этим же авторским коллективом и вышедшего в свет в 2000 г. За короткий период произошли значительные изменения в российском законодательстве, что подтверждает динамичность процесса развития международного частного права. Среди федеральных законов, оказывающих серьезное влияние на доктрину и практику международного частного права, следует отметить тре-

¹ См.: *Annuaire de L'In de Droit International*. Vol. 67—11. Paris, 1998. P. 467-471.

тью часть Гражданского кодекса от 26 ноября 2001 г., Закон о гражданстве Российской Федерации от 31 мая 2002 г., Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24 июля 2002 г., Закон о правовом положении иностранцев в Российской Федерации от 25 июля 2002 г., Гражданский процессуальный кодекс от 14 ноября 2002 г. и др. Потребовался анализ новых правовых норм с позиции доктрины международного частного права.

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

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 1. ПОНЯТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

1.1. Предмет международного частного права

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

Исходной посылкой при выделении в общей системе общественных отношений, которые регулируются международным частным правом, является то, что они относятся к сфере международных. Последние представляют собой сложное комплексное явление, существующее, с одной стороны, в единстве, а с другой — состоящее из элементов, которые серьезно, а подчас и принципиально отличаются. В первую очередь следует выделить отношения межгосударственные (сюда же относятся отношения с участием субъектов, производных от государств,—международных организаций). Отличительное свойство этой группы отношений—особое качество, присущее их основному субъекту (государству), — *суверенитет*. Именно суверенитет обуславливает специфику всей системы межгосударственных отношений как отношений властных и специфику их правового регулирования. Межгосударственные отношения являются предметом международного права (публичного).

К межгосударственным отношениям тесно примыкают и часто порождаются ими отношения между гражданами и организациями (юридическими лицами) различных государств. Например, Россия заключает договор с иностранным государством о торговом и экономическом сотрудничестве. Это предмет регулирования международного права. Реальные торгово-экономические отношения между государствами опосредуются многочисленными контрактами, заключаемыми физическими и юридическими лицами. Это международные отношения невластного характера. Их субъекты не обладают суверенитетом, а, напротив, находятся под верховенством государства, в силу чего оно подчиняет своей власти и действию своих законов всех физических и юридических лиц, находящихся на его территории, а отчасти также своих граждан

и юридических лиц, находящихся на территории иностранных государств. Столь принципиально отличный от межгосударственных блок международных отношений объективно не может регулироваться системой международного (публичного) права, так как не отвечает ее основным чертам. Специфика международных отношений с участием физических и юридических лиц порождает специфику их правового регулирования. В блоке этих отношений лежит предмет международного частного права.

В сферу международного частного права входят гражданская право- и дееспособность иностранных физических и юридических лиц; отношения собственности с участием иностранных физических и юридических лиц; отношения, вытекающие из внешнеэкономических (торговых, посреднических, монтажно-строительных и т. д.) договоров; финансовые и кредитно-расчетные отношения с участием иностранных физических и юридических лиц; отношения по использованию результатов интеллектуального труда (авторские, патентные и др.) иностранных физических и юридических лиц; отношения по перевозке зарубежных грузов; наследственные отношения по поводу имущества, находящегося за рубежом; браки российских граждан с иностранцами; усыновление детей российских граждан иностранцами; работа российских граждан за рубежом и др. И хотя данный перечень далеко не полный, ясно, что все перечисленное относится к отношениям, которые регулируются нормами различных отраслей частного права. Центральное место среди них принадлежит гражданско-правовым отношениям, регулируемым нормами гражданского права. Гражданским кодексом РФ (п. 1 ст. 2) они характеризуются как имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения. В значительной степени к частноправовым отношениям относятся семейно-брачные, трудовые, земельные отношения, которые так же, как и гражданско-правовые, являются прежде всего имущественными и связанными с ними личными неимущественными отношениями. Иными словами, речь идет об отношениях, составляющих в пределах одного государства предмет частного права в целом. Сущность частного права характеризуется независимостью и автономностью субъектов, защитой частной собственности, свободой договоров и весьма ограниченным вмешательством государства¹.

Однако однотипность предмета международного частного и национального частного права не означает их тождества. Международное частное право регулирует не стандартные имущественные и личные неимущественные отношения, а такие, которые возникают в международной сфере. Так, договор купли-продажи

¹ См.: Общая теория права и государства / Под ред. академика РАН В. В. Лазарева. М., 1996. С. 175-177.

между двумя российскими фирмами входит в предмет гражданского права, а экспортный договор купли-продажи между российской и иностранной фирмами — в предмет международного частного права.

Исходя из этого, можно выделить два основных признака, характеризующих общественные отношения, составляющие предмет международного частного права:

- во-первых, это отношения международные,
- во-вторых, это отношения частноправовые¹.

Причем термин «международный» имеет иное содержание по сравнению с этим термином в применении к международному (публичному) праву. В последнем случае он является синонимом термина «межгосударственный», т. е. имеет узкое значение. В применении к международному частному праву он употребляется в широком его значении; «международные» означает такие отношения, которые выходят за пределы одного государства, которые тем или иным образом связаны с правовыми системами разных государств. Образно говоря, международные отношения — это отношения, «пересекающие государственные границы». О таких международных частно-правовых отношениях идет речь в международном частном праве. Их можно назвать также *«трансграничными отношениями»*.

Отметим, что только одновременное наличие указанных двух признаков позволяет вычлнить из общественных отношений тот круг, который является предметом международного частного права. Например, после смерти российского гражданина осталось имущество на территории России и наследники — российские граждане, проживающие в России. Возникают наследственные отношения, которые по своему характеру являются гражданско-правовыми. Но они существуют в пределах одного государства, не являются международными и не входят в сферу международного частного права. Другой пример: российские граждане захватили самолет и под угрозой применения силы улетели на нем в Пакистан. Возникшие отношения являются международными, так как они выходят за пределы одного государства, но не являются частноправовыми и поэтому также не входят в сферу международного частного права. Третий пример: после смерти выходца из России, проживавшего в США проставившего там имущество, возникли наследственные отношения с участием наследников, проживающих в России. В данном примере налицо два требуемых качества: во-первых, это отношения международные (выходят за пределы

¹ В данном контексте не должна смущать определенная тавтология «правовое регулирование правовых отношений». Это кажущаяся тавтология, так как речь идет об отношениях, которые потенциально подпадают под регулирование нормами частного права.

и России и США), во-вторых, они частноправовые (в данном случае — гражданско-правовые), вследствие чего становятся предметом международного частного права.

Следовательно, те отношения, которые внутри государства регулируются нормами частного права, но которые имеют международный характер, входят в предмет международного частного права. Исходя из этого сформулируем *предмет международного частного права как частноправовые отношения международного характера, или международные частноправовые отношения.*

В связи с предметом международного частного права требует некоторого уточнения вопрос о семейно-брачных и трудовых отношениях международного характера (например, браки между российскими и иностранными гражданами, алиментирование детей, рожденных в таких «смешанных» браках, работа иностранцев на предприятиях России и т. п.).

Известно, что в российском праве нормы, регламентирующие семейно-брачные и трудовые отношения, выделены в самостоятельные отрасли права — семейное и трудовое. Не рассматривая обоснованность такого выделения, необходимо отметить, что в основе семейно-брачных и трудовых отношений лежат имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения. Они принадлежат к тому же типу отношений, которые регулируются нормами гражданского права¹, и по своей природе являются частно-правовыми (например, заключение и расторжение брака, отношения между супругами, между родителями и детьми, заключение трудового договора, который является разновидностью гражданско-правового договора найма, и т. д.). Неудивительно, что во многих странах семейное право и трудовое не выделяются в качестве самостоятельных правовых отраслей, а входят в систему гражданского (частного) права. Правда, кроме частно-правовых, семейное и трудовое право охватывает своим регулированием и отношения иного порядка, например административно-правовые (запись актов гражданского состояния, порядок усыновления, трудовой распорядок и т. д.). Понятно, что нормы, регулирующие подобные отношения, в систему частного права входить не могут.

С рассмотренных позиций и следует подходить к вопросу об отнесении семейно-брачных и трудовых отношений к предмету международного частного права. В той мере, в какой они имеют частноправовую природу и при этом выходят за пределы одного

¹ Кстати, однотипность семейно-брачных отношений с гражданско-правовыми подтверждается Семейным кодексом РФ, ст. 4 и 5 которого предусматривают применение гражданского законодательства, в том числе и по аналогии, при отсутствии регулирования семейным законодательством.

государства, они составляют предмет международного частного права.

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

Известно, что в отдельных случаях участником частноправовых отношений (в частности, гражданских, трудовых) может быть государство¹. В равной степени государство может стать субъектом международного частного права, но при условии, что второй стороной будет иностранное физическое или юридическое лицо. Поэтому выделять субъективный состав в качестве определяющего признака предмета международного частного права необязательно, так как он вытекает из его частноправовой природы.

Все изложенное еще раз подтверждает сформулированное выше определение предмета международного частного права как *частноправовых отношений международного или трансграничного характера*. Однако при таком определении остается неясным, в результате чего такие отношения становятся международными: в силу каких обстоятельств они выходят за пределы одного государства и подпадают под действие международного частного права. Частные правоотношения приобретают международный характер, когда в их составе появляется так называемый «иностраннный элемент». Именно иностраннный элемент придает им новое сущностное качество, порождая потребность в особых приемах и средствах правовой регламентации. В результате появляется новая понятийная сущность — *частноправовые отношения, осложненные иностраннным элементом*.

Обычно иностранные элементы подразделяются на три группы в зависимости от того, к какому структурному элементу правоотношения они относятся.

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

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

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

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

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

Число иностранных элементов может быть и большим. При этом важно отметить, что достаточно наличия в составе правовых отношений одного иностранного элемента, причем из любой

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

группы, чтобы они приобрели международный характер. Так, если граждане России вступают между собой в брак на территории Египта, где они находятся в служебной командировке (юридический факт имеет место за границей), то этого достаточно, чтобы отношения, возникающие в связи с заключением брака, регламентировались нормами международного частного права.

Из такого понимания предмета международного частного права исходит разд. VI Гражданского кодекса. Во-первых, из названия ст. 1186, открывающей разд. VI, «Определение права, подлежащего применению к *гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или осложненным иным иностранным элементом*» следует, что нормы этого раздела предназначены для регулирования гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом. Во-вторых, п. 1 рассматриваемой статьи конкретизирует иностранный элемент в составе гражданского правоотношения. Здесь говорится о гражданско-правовых отношениях с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненных иным иностранным элементом, в том числе когда объект гражданских прав находится за границей. Перечень иностранных элементов не исчерпывающий. По крайней мере две группы иностранных элементов названы прямо: субъекты и объекты правоотношений. «Иные иностранные элементы» бесспорно включают в себя юридические факты, наличие которых предусматривается во многих статьях разд. VI. Например, в ст. 1209 говорится о форме сделок, совершенных за границей; в ст. 1220 речь идет об обязательствах из причинения вреда за границей и т. д.

Очевидно, что наличие иностранного элемента рассматривается Гражданским кодексом в качестве квалифицирующего критерия для определения предмета международного частного права.

Исходя из этого сформулируем *предмет международного частного права как частноправовые отношения, осложненные иностранным элементом*. Раздел VI ГК РФ из всего комплекса частноправовых отношений регулирует гражданско-правовые отношения с иностранным элементом. Аналогичные семейно-брачные отношения регулируются Семейным кодексом РФ (разд. VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства»).

Наличие иностранного элемента приводит к тому, что частноправовые отношения выходят за пределы одного государства. Они связаны с двумя, тремя и т. п. государствами в зависимости от числа иностранных элементов. Это приводит к двум правовым последствиям. Во-первых, такие правоотношения приобретают международный характер и входят в круг *международных или трансграничных отношений*. Во-вторых, фактор присутствия иностранного элемента связывает частноправовые отношения не только с разными государствами, но и с правом разных госу-

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

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

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

1.2. Коллизия права и общий метод международного частного права

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

Вместе с тем коллизия права — это основополагающая категория международного частного права. Коллизия права в международ-

ном частном праве — это прежде всего коллизия между материальными нормами национального частного права (гражданского, семейного, трудового и др.) разных государств¹. Ее разрешение является необходимой предпосылкой правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Коллизия права обусловлена двумя причинами. Первая и главная причина кроется в сущностном качестве самого предмета международного частного права. Являющиеся его предметом частноправовые отношения лежат в сфере действия частного права, имеющего национальный характер. Наличие в таком отношении иностранного элемента связывает его с частным правом не одного государства, а нескольких. Как отмечалось выше, потенциально это отношение может быть урегулировано правом каждого государства, которому принадлежит тот или иной его элемент.

Вторая причина сугубо юридическая — частное право разных государств отличается, подчас существенно, по своему содержанию: одни и те же вопросы по-разному решаются в праве разных государств. В результате возникает коллизия права, заключающаяся в том, что одни и те же фактические обстоятельства могут быть различно оценены юридически, и в итоге в соответствии с правом разных государств может быть дан разный ответ на один и тот же вопрос.

Например, гражданин России во Владивостоке заключил с японским гражданином договор о совместной хозяйственной деятельности. Однако в связи с тем, что японская сторона не выполнила своих обязательств, российский гражданин понес убытки. На его требование возместить убытки японский контрагент ответил, что в момент заключения договора ему еще не было 20 лет, по японскому законодательству он был недееспособным и поэтому договор был недействительным. Российский гражданин обратился в суд Владивостока с исковым требованием, в котором указал, что договор был заключен на территории России, а по российскому гражданскому праву гражданская дееспособность в полном объеме возникает в 18 лет, и поэтому ссылка японской стороны на недействительность договора в связи со своей недееспособностью юридически несостоятельна. Как видно, однозначного ответа на возникшие вопросы нет.

Наличие в данном гражданском правоотношении российского и японского элементов связывает его как с российским, так и с японским гражданским правом: согласно п. 1 ст. 21 ГК РФ граж-

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

данская дееспособность в полном объеме возникает по достижении 18-летнего возраста, а ст. 3 ГК Японии 1898 г. (со многими поправками он действует и в настоящее время) устанавливает возраст гражданского совершеннолетия «полных двадцать лет». Вопрос о том, дееспособен японский гражданин или нет, а значит, действителен договор или нет, может быть решен по-разному, в зависимости от того, по российскому или японскому праву он будет рассматриваться.

Таким образом, коллизия права — это объективно возникающее явление. Оно порождается двумя причинами: наличием иностранного элемента в частноправовом отношении и различным содержанием частного права разных государств, с которыми это отношение связано.

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

Для того чтобы ответить на спорный вопрос по существу, необходимо прежде всего разрешить или преодолеть коллизия права. Преодоление коллизии права есть основная задача, основное назначение (основная функция) международного частного права. Для решения этой задачи в международном частном праве исторически сложился особый юридический механизм. С этим связано понимание единого метода правового регулирования, присутствующего международному частному праву.

Из теории права известно, что каждой отрасли права свойствен свой особый метод правового регулирования, который в концентрированном виде выражает самую суть, стержень юридического воздействия¹. Метод — это комплекс взаимосвязанных приемов, средств, через которые право воздействует на ту или иную область общественных отношений, на поведение их участников, устанавливая их права и обязанности. В методе проявляется юридическое своеобразие отрасли права.

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

Специфика международного частного права, включая метод регулирования, обусловлена уникальностью объекта регулирования — частноправовых отношений, осложненных иностранным

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

элементом. С одной стороны, поскольку речь идет о частноправовых отношениях, международное частное право основано на первичном, исходном методе частного права в целом. Это метод диспозитивного регулирования, или метод координации. Он характеризуется автономией и равноправием сторон регулируемых отношений. Его началами являются принципы независимости, самостоятельности и равноправия сторон, защиты частной собственности, свободы договоров¹.

С другой стороны, наличие иностранного элемента в частноправовом отношении и его связь с правом разных государств порождает особую проблему — коллизию между нормами частного права разных государств, решение которой является необходимым условием регулирования данного отношения. Именно это предопределяет своеобразие комплекса юридического инструментария, используемого в международном частном праве, что позволяет выделить его особый метод.

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

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

Первым способом регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом является *коллизионно-правовой*, сущность которого заключается в выборе компетентного правопоряд-

¹ См.: *Алексеев С. С.* Указ. соч. С. 295; *Общая теория права и государства* / Под ред. академика РАН В. В. Лазарева. М., 1996. С. 174-178. Ю. К. Толстой считает, что в гражданском праве применяется метод юридического равенства сторон, что, на наш взгляд, не выходит за рамки метода координации (см.: *Гражданское право*. 3-е изд. / Под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. М., 1998. С. 8-9).

ка для разрешения конкретного дела. Во внутреннем праве государств есть особые нормы — *коллизийные*, которые содержат правила выбора права: они тем или иным образом указывают, право какого государства должно быть применено для урегулирования отношения с иностранным элементом.

В приведенном выше примере иск был предъявлен в российском суде. Прежде чем рассмотреть его по существу, необходимо преодолеть коллизию права и ответить на так называемый *коллизийный вопрос*: право какого государства — российского или японского — должно быть применено для рассмотрения искового требования, т. е. выбрать право. Ответить на этот вопрос, собственно, как и на любой другой, суд обязан с применением норм российского права. Иначе говоря, в российском праве необходимо найти такую норму, которая и обосновывала бы ответ на возникший коллизийный вопрос. Такая норма и называется *коллизийной нормой*.

Приведенный пример относится к гражданско-правовым отношениям. В России коллизийные нормы по этим отношениям содержатся в части третьей Гражданского кодекса, в разд. VI, который называется «Международное частное право». В п. 1 ст. 1197 сказано: «Гражданская дееспособность физического лица определяется его личным законом». А согласно п. 1 ст. 1195 личным законом лица является право страны, гражданином которой это лицо является. В рассматриваемом деле спор возник о дееспособности японского гражданина. Поэтому все, что связано с дееспособностью японского гражданина (возраст наступления полной гражданской дееспособности, частичная дееспособность и ее объемы и т. д.), должно рассматриваться по японскому праву. В данном случае коллизия права, коллизийный вопрос решаются в пользу японского права: суд обязан для рассмотрения предъявленного иска выбрать гражданское право Японии.

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

С отсылочным характером коллизийного способа связана еще одна его особенность. При его применении умозрительно выделяются две стадии регулирования: первая — выбор права с помощью коллизийной нормы (решение коллизийного вопроса); вторая — применение материальных норм избранного частного права для определения прав и обязанностей сторон, что явля-

ется конечной целью выбора права. Поэтому данный способ регулирования *не прямой, а опосредованный*: регулирование по существу осуществляется материальными нормами частного права того государства, которое избрано посредством коллизионной нормы.

Коллизионно-правовой — исторически первый способ регулирования в международном частном праве. Первые правила, а затем и первые доктрины, относящиеся к сфере международного частного права, появились тогда, когда стали возникать многочисленные коллизии права в результате развития взаимоотношений между государственными образованиями, в которых сложились свои, обособленные, с достаточно четкими различиями нормы частного права¹. Эти правила, получившие название коллизионных норм, применялись для решения проблем, возникающих из коллизии разноместных законов. В течение долгого времени международное частное право существовало и развивалось только как коллизионное право. В некоторых странах (например, в Англии, США, ФРГ, Японии) такая позиция по отношению к международному частному праву сохранилась и по настоящее время, там оно называется коллизионным. Более того, в последнее время и в отечественной юридической науке стали возрождаться взгляды, ограничивающие международное частное право исключительно коллизионными нормами².

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

Расхождение в содержании материального частного и коллизионного права различных государств приводит к появлению так

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

² См.: *Матвеев Г. К.* Предмет, система и источники международного частного права II Международное частное право. Киев, 1985.

называемых *хромающих отношений*. Это такие отношения, которые по праву одного государства являются юридически действительными, законными, а по праву другого государства они незаконны и не порождают никаких юридических последствий. Такие отношения возникают в практике довольно часто, осложняя реализацию международных деловых связей.

Сложность коллизионно-правового способа регулирования связана с возможным применением иностранного права: коллизионная норма может отослать как к собственному праву, так и к иностранному. В последнем случае суд или иной правоприменительный орган будет обязан в силу предписаний отечественной коллизионной нормы рассмотреть дело на основе иностранного гражданского права. Судьи *ex officio* применяют и знают свое собственное право, иностранное право они знать не обязаны. Как показывает практика, установить содержание и квалифицированно применить нормы иностранного права довольно сложно.

Осуществление коллизионного способа регулирования затрудняется и тем, что многие государства либо вообще не имеют системы коллизионных норм, либо она слабо развита. Правда, в последнее время набирает силу процесс создания и совершенствования национальных коллизионно-правовых норм. В ряде стран были приняты новые законы или подготовлены проекты. Например, в 1978 г. был принят Закон о международном частном праве в Австрии; в 1979 г. — Закон о международном частном праве в Венгрии; в 1982 г. — Закон о разрешении коллизий законов с нормами иностранного права в Югославии, Закон о международном частном праве и процессе в Турции; в 1986 г. — Закон о новом регулировании в области международного частного права в Германии; в 1987 г. — Закон о международном частном праве в Швейцарии; в 1995 г. — Закон о реформе итальянской системы международного частного права; в 1998 г. — Закон о международном частном праве в Венесуэле и др.; подготовлены и обсуждены проекты соответствующих законов в Бельгии, Франции и других странах. Тем не менее эта проблема и до сих пор остается острой.

Сложность перечисленных и некоторых других проблем¹, возникающих при применении коллизионного способа регулирования, порождает серьезные, подчас непреодолимые трудности в правовой регламентации частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. Интересы развития международного делового оборота требуют совершенствования этого способа. С конца XIX в. начался процесс унификации, т. е. *создания единых (унифицированных) коллизионных норм*. Унификация

¹ Такие проблемы, как квалификация, обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства, оговорка о публичном порядке и др., будут рассмотрены в гл. 6 учебника.

осуществляется в форме международных договоров, заключаемых между государствами. Последние берут на себя международно-правовое обязательство применять сформулированные в договоре единообразные коллизионные нормы по определенному кругу частноправовых отношений. Использование унифицированных норм снимает частично рассмотренные недостатки коллизионного способа: способствует ликвидации такого негативного явления, как «коллизия коллизий», уменьшает вероятность возникновения «хромающих отношений», восполняет пробелы в национальном коллизионном праве.

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

Примером наиболее удачной унификации коллизионно-правовых норм является региональная унификация, предпринятая латиноамериканскими странами. На VI Панамериканской конференции в 1928 г. был принят договор, получивший название по имени его составителя известного кубинского юриста, — *Кодекс Бустаманте*³. По существу, это единственная довольно полная унификация коллизионно-правовых норм (состоит из 437 статей). Правда, даже в своем регионе договор не получил всеобщего применения: его ратифицировали 15 государств Центральной и Южной Америки. (США не присоединились к нему.) Кодекс

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

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

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

Бустаманте оказал серьезное влияние на развитие коллизионного права на всех континентах. Более широко унификация коллизионных норм происходит на* двусторонней основе, как правило, в форме заключения договоров об оказании правовой помощи.

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

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

Таким образом, коллизионный способ регулирования в настоящее время осуществляется в *двух правовых формах*—*национально-правовой (посредством национальных коллизионных норм, разработанных каждым государством в своем праве самостоятельно) и международно-правовой (посредством унифицированных коллизионных норм, разработанных государствами совместно в международных договорах)*. Обе формы относятся к одному способу регулирования—коллизионному, так как в обоих случаях коллизия права разрешается способом выбора права, отсылки к праву конкретного государства.

Второй способ регулирования отношений, осложненных иностранным элементом, —*унификация материальных норм частного права*. Как уже отмечалось, одной из причин возникновения коллизии и проблемы выбора права являются различия в содержании частного права разных государств. Следовательно, коллизионную проблему можно снять, если будут созданы и применяться единообразные, одинаковые по своему содержанию правовые нормы. Это достигается посредством создания унифицированных (единообразных) материальных¹ норм различных отраслей частного права, что снимает саму коллизионную проблему. Такие нормы непосредственно применяются к отношениям с иностранным элементом, минуя коллизионную стадию, стадию выбора права. Поскольку унифицированные нормы по своей природе являются ма-

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

териальными правовыми нормами, устанавливающими права и обязанности участников частнопровых отношений, способ унификации называют также *материально-правовым*.

Важно подчеркнуть, что обязательным условием унификации материального частного права как способа регулирования является использование международно-правовых форм (главным образом международного договора). В процессе взаимодействия государств происходит взаимовлияние национальных правовых систем, в результате чего в частном праве разных государств встречаются одинаковые по содержанию правила. Такие совпадения могут быть значительными; встречаются в практике и полные текстуальные совпадения законов разных стран. Известный пример такого совпадения — гражданское право Франции и Бельгии: в обеих странах действует Кодекс Наполеона.

Однако никакое фактическое совпадение, даже значительное, в частном праве разных стран не исключает возможности возникновения коллизий и необходимости выбора права: формально совпадающие нормы позитивного права получают различную интерпретацию в реальной юридической практике, подвергаются изменениям и дополнениям, что приводит к различной регламентации однородных отношений. При фактическом совпадении материального права действие коллизионных норм сохраняется. Так, если возникает гражданское правоотношение, состоящее из французских и бельгийских элементов, то, несмотря на действие Кодекса Наполеона и во Франции и в Бельгии, нужно поставить коллизионный вопрос и решить, гражданское право какого государства (Франции или Бельгии) подлежит применению.

Напротив, создание унифицированных материальных частнопровых норм при использовании международно-правовой формы (договор, обычай), в которой выражена согласованная воля договаривающихся государств к единообразному регулированию определенного вида отношений, снимает саму предпосылку возникновения коллизии и ликвидирует условия применения коллизионной нормы. Поэтому унификация материального права является выражением единого метода международного частного права, так как она по своей сути направлена на преодоление коллизии права. Нормы, созданные в результате унификации, входят в систему международного частного права.

Унификация материального частного права, собственно, как и унификация коллизионного права, возникла в практике международного частного права в конце XIX в. Интенсификация развития экономических, научно-технических и прочих международных связей показала недостаточность коллизионно-правовых норм, которые опосредовали эти связи. Кроме указанных сложностей коллизионного способа регулирования побудительную роль в унификации сыграло то обстоятельство, что во внутреннем праве го-

сударств, к которому отсылали коллизионные нормы, часто не было правил для решения вопросов, возникающих в международном частном обороте. Национальное частное право, и прежде всего гражданское, оказалось неприспособленным к регулированию нарождающихся новых международных хозяйственных связей. Наибольшее применение унификация материального права имеет при регулировании торговых, производственных, научно-технических, транспортных отношений.

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

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

Материально-правовой способ регулирования в отличие от коллизионного, являющегося отсылочным способом, часто в литературе называют *прямым способом регулирования*. Здесь необходимо предостеречь от возможного неправильного толкования этого термина. Прямое регулирование в данном контексте используется только для сопоставления с коллизионным регулированием. Прямое регулирование означает такое регулирование, при котором не возникают коллизионный вопрос и проблема выбора пра-

¹ См. подробнее гл. 4 настоящего учебника «Унификация и гармонизация в международном частном праве».

ва. Унифицированные нормы регулируют отношения *прямо, минуя коллизионную стадию*. В то же время унифицированные нормы применяются не прямо, не непосредственно, а через определенный национально-правовой механизм, который придает международно-правовой норме национально-правовую силу. В равной степени это относится к унифицированным коллизионным нормам.

Рассмотренное соотношение коллизионно-правового и материально-правового способов регулирования частноправовых отношений международного характера нашло отражение в разд. VI Гражданского кодекса «Международное частное право». Если международный договор Российской Федерации содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующим отношениям, определение на основе коллизионных норм права, примененного к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами, исключается. Данное правило установлено в п. 3 ст. 1186. В нем подчеркнуты два важных момента, связанных с взаимодействием двух способов регулирования. Во-первых, наличие унифицированных материально-правовых норм снимает коллизионную проблему и необходимость обращения к коллизионным нормам. Значит, унифицированные материально-правовые нормы применяются к частноправовым отношениям международного характера *прямо, непосредственно, минуя коллизионную стадию*. Во всех остальных случаях регулирование осуществляется посредством коллизионных норм. Во-вторых, в России применяются только такие унифицированные материально-правовые нормы, которые созданы *международным договором с участием Российской Федерации*. Материально-правовые нормы, возникающие в процессе гармонизации права, как бы они ни совпадали формально по содержанию, не снимают коллизионный вопрос и необходимость выбора компетентного права.

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

1.4. Нормы международного частного права

Одной из особенностей международного частного права является объединение в его составе разнохарактерных правовых норм. В литературе неоднозначно определяется круг норм, составляю-

ших международное частное право, что объясняется разным подходом к его природе и сущности. Нормативный массив — это то, из чего состоит любое правовое подразделение (система, отрасль, институт), которое представляет собой систему взаимосвязанных норм права. Их природа и характерные черты определяют природу и характерные черты самого права.

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

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

Коллизионные нормы неоднородны. В зависимости от механизма создания и механизма применения они подразделяются на *внутренние и договорные*.

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

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

В частности, такое положение было в СССР, союзные республики которого имели свои гражданские кодексы и кодексы о

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

Проблема межтерриториальных коллизионных норм может возникнуть в России как государстве с федеративным устройством. В соответствии с Конституцией РФ, разграничивающей компетенцию между Федерацией и субъектами Российской Федерации, последние имеют значительные полномочия в сфере гражданского, семейного, трудового законодательства, что обуславливает возможность возникновения коллизий между законодательными актами различных субъектов РФ³. Подтверждением тому может служить новый Семейный кодекс РФ, в ст. 2 которого прямо устанавливается, что российское семейное законодательство состоит из настоящего Кодекса и других федеральных законов, «а также из законов субъектов Российской Федерации».

Следовательно, правовые предпосылки возникновения коллизий между законами субъектов Российской Федерации налицо. Однако в российском праве отсутствуют нормы, с помощью которых подобные межтерриториальные (межсубъектные) коллизии могли бы быть решены. Даже в Семейном кодексе, где прямо го-

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

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

³ Вопрос о коллизии между федеральными законами и нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации лежит в сфере конституционного права и поэтому здесь не рассматривается.

ворится о регулировании семейно-брачных отношений законами субъектов Российской Федерации, нет нормы, разрешающей коллизии между такими законами (наподобие ст. 8 Кодекса о браке и семье РСФСР). Нет подобной нормы и в ГК РФ, в том числе и в разд. VI, содержащем коллизионные нормы в сфере гражданско-правовых отношений.

Правда, решение межтерриториальных (межсубъектных) коллизий может быть предусмотрено в отдельных законах, направленных на регулирование конкретных видов отношений. Примером такого решения может служить Закон Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей», который содержит нормы, предусматривающие решение коллизий между законами о защите прав потребителей республик в составе Российской Федерации (ст. 2)¹. Но это лишь частный случай. Общего же решения проблемы коллизий законов отдельных субъектов РФ в российском праве пока нет. Подчеркнем в заключение, что специальные коллизионные нормы, разрешающие коллизии между законами различных субъектов Российской Федерации, не входят в систему российского международного частного права, так как регулируют внутрисубъектные частные отношения, в которых нет иностранных элементов.

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

Выделение этих норм в обособленную подгруппу в системе международного частного права обусловлено тем, что они отличаются от внутренних коллизионных норм и по механизму создания (через международные договоры и их трансформацию в национальное право), и по механизму применения (прежде всего особенности установления пространственной и временной сфер действия, а также толкования). Действуя в качестве норм внутреннего права, договорные нормы сохраняют связь с породившим их международным договором на протяжении всей своей жизни². В результате договорные коллизионные нормы не сливаются с внутренними, они существуют параллельно и имеют ряд особенностей, связанных с договорным происхождением.

¹ Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 15. Ст. 766.

² Об особенностях договорных (унифицированных) норм см. гл. 4 настоящего учебника.

Таким образом, независимо от происхождения внутренние и договорные коллизионные нормы являются нормами внутреннего права государства.

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

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

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

Вопрос о принадлежности унифицированных материальных частноправовых норм международному частному праву спорен. Одни считают, что эти нормы не входят в нормативный состав международного частного права (например, Г. К. Матвеев), другие (их, пожалуй, большинство — М. М. Богуславский, В. П. Звекон, М. Н. Кузнецов, С. Н. Лебедев, А. Л. Маковский и др.), напротив, полагают, что они составляют часть международного частного права, и даже преобладающую¹. Разделяя в целом вторую точ-

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

Часть первая. Общие положения
ку зрения, следует подчеркнуть, что объединение столь отличных по правовой природе норм— коллизионных и унифицированных материальных частнопровых — в системе одной отрасли права— международного частного права —имеет объективные основания. Во-первых, общий предмет регулирования (и те и другие направлены на регулирование частных правоотношений с иностранным элементом), во-вторых, общий метод регулирования (и те и другие при помощи различных приемов преодолевают коллизионную проблему).

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

Материальные нормы внутреннего частного права. В российском праве есть нормы, которые специально предназначены для регламентации отношений с иностранным элементом, но которые не являются коллизионными. Они не предусматривают выбор права, а прямо устанавливают права и обязанности участников подобных отношений. Поэтому по своему характеру это материальные нормы. Число их значительно.

Есть целые законы и подзаконные акты, посвященные регламентации отношений международного характера. Например: Федеральный закон о правовом положении иностранцев в Российской Федерации 2002 г., Таможенный кодекс 1993 г., Федеральный закон о государственном регулировании внешнеторговой деятельности 1995 г., Федеральный закон об иностранных инвестициях в Российской Федерации 1999 г., Федеральный закон об экспортном контроле 1999 г., Указ Президента о привлечении и использовании в Российской Федерации иностранной рабочей силы 1993 г. и др.

Но чаще всего в нормативных актах, посвященных регламентации определенных внутренних отношений, содержатся и отдельные нормы, касающиеся отношений международного характера. Например: Закон о валютном регулировании и валютном контроле 1992 г., Патентный закон 1992 г., Закон об авторском праве и смежных правах 1993 г., Закон о соглашениях о разделе продукции 1995 г., Положение о порядке передачи детей, являющихся гражданами Российской Федерации, на усыновление гражданам Российской Федерации и иностранным гражданам, утвержденное постановлением Правительства РФ в 1995 г., Федеральный закон о лизинге 1998 г. в редакции Закона от 29 января 2002 г. и др.

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

Доктрина неоднозначно решает вопрос о принадлежности подобных норм международному частному праву. Одни авторы отвечают на него положительно (И. С. Перетерский, М. М. Богуславский, В. П. Звеков, М. Н. Кузнецов), другие — отрицательно (Л. А. Лунц, Г. К. Матвеев). На наш взгляд, регулирование посредством национальных материально-правовых норм лежит вне сферы международного частного права. Главный аргумент в пользу такого вывода состоит в том, что наличие подобных норм в отличие от унифицированных не снимает коллизионную проблему: они применяются после того, как коллизионный вопрос решен в пользу российского права. Если скоро избрано российское право, существует обязанность применить не только специальные нормы, предназначенные для регулирования отношений с иностранным элементом, но и любые другие нормы российского права по мере необходимости. Иначе говоря, механизм применения тех и других правовых норм к отношениям с иностранным элементом одинаков: через коллизионную норму, через выбор права. Следовательно, частноправовые нормы, специально принятые для регламентации отношений с иностранным элементом, не преодолевают коллизионную проблему, не являются выражением общего метода международного частного права и не отражают его юридического своеобразия.

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

В качестве примера рассмотрим нормы, устанавливающие правовой режим для иностранцев в частноправовой сфере. Правовой режим иностранцев в целом определяется Конституцией РФ, ст. 63 которой установлено, что иностранные граждане

и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации. Тем самым Конституция предоставила иностранцам в правовой сфере национальный режим. Конституционно-правовой характер этой нормы не вызывает сомнений.

Конституционное положение о национальном режиме находит свое отражение в Законе о правовом положении иностранцев в Российской Федерации от 25 июля 2002 г., который конкретизировал его применительно к разным сферам правовых отношений. Закон в целом носит государственно-правовой характер, и таков же характер норм, устанавливающих правовой режим иностранцев. Наконец, нормы о национальном режиме иностранцев или об исключениях из национального режима содержатся в ГК РФ, в СК РФ и во многих законах, регламентирующих те или иные сферы частноправовых отношений. Сам факт наличия подобных норм в ГК или в каком-либо специальном частноправовом законе не делает их частноправовыми. Являясь выражением конституционно-правовой нормы, все они по своей природе относятся к государственно-правовым. Это нормы публично-правовые и не входят в систему частного права вообще и международного частного права в частности.

Публично-правовыми нормами являются нормы Закона о государственном регулировании внешнеторговой деятельности, Закона о валютном регулировании и валютном контроле, Закона об иностранных инвестициях и т. д., что не исключает возможности наличия в них норм иной правовой природы. Например, абз. 2 ст. 2 Закона об иностранных инвестициях гласит: «Иностранный инвестор — иностранное юридическое лицо, гражданская правоспособность которого определяется в соответствии с законодательством государства, в котором оно учреждено и которое вправе в соответствии с законом данного государства осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации...»¹ Это коллизионная норма, и она бесспорно входит в нормативный состав международного частного права.

Таким образом, однозначного ответа на вопрос о месте внутренних материальных правовых норм, специально предназначенных для регулирования отношений с иностранным элементом, нет. В каждом конкретном случае ответу должен предшествовать анализ той или иной нормы. Как показывает даже беглый анализ соответствующих нормативных актов, чаще всего в них содержатся публично-правовые нормы, которые по своей природе не могут входить в систему международного частного права.

Подведем итоги. При решении вопроса о месте внутренних материальных норм, регулирующих отношения с иностранным

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

элементом, нужно прежде всего исходить из правовой природы этих норм. Нормы, относящиеся к публично-правовым отраслям права, по своей природе не могут входить в систему международного частного права. В публично-правовой сфере не возникает коллизия права, а следовательно, и проблема выбора права. В пределах территории данного государства эти нормы применяются к отношениям с иностранным элементом непосредственно и императивно. Тесная связь публично-правовых норм с частноправовыми отношениями международного характера не является ни юридическим основанием для их включения в систему международного частного права, ни аргументом в пользу такого включения.

Что касается внутренних материальных частноправовых норм, то они также не входят в систему международного частного права, но по другим основаниям. С одной стороны, они так же, как и нормы международного частного права, специально предназначены для регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом и, следовательно, у них общий предмет регулирования. Но с другой стороны, они не выражают метод международного частного права — преодоление коллизии права. Наличие рассматриваемых норм не снимает коллизионную проблему. Для их применения первоначально нужно решить коллизионный вопрос и выбрать право. Если в результате будет избрано российское право, то тогда и надлежит применить эти специальные нормы частного права. Точно так же надлежит применить и любые общие нормы российского частного права, если специальные нормы не регулируют или недостаточно регулируют возникшие отношения с участием иностранного элемента.

Таким образом, материальные нормы внутреннего частного права, специально предназначенные для регулирования отношений с иностранным элементом, применяются не непосредственно, а через коллизионные нормы¹. Наличие таких материальных норм не снимает коллизионную проблему, и, значит, они не являются выражением метода международного частного права и не входят в нормативный состав международного частного права.

¹Для подтверждения сделанного вывода дополнительно можно сослаться на закон Чешской Республики — Торговый кодекс от 5 ноября 1991 г. Он содержит материальные нормы (ч. 3, гл. 3 «Специальные положения для обязательств чехословацких отношений в международной торговле»), предназначенные исключительно для регламентации гражданских отношений (торговых) с иностранным элементом. Однако Кодекс прямо предусматривает (ст. 729), что нормы гл. 3 подлежат применению только тогда, когда эти отношения регулируются чехословацким правом. В этом же случае при необходимости могут быть применены как другие нормы этого Кодекса, так и общие положения чехословацкого гражданского права (см.: Смешанная торговая палата «Восток». Торговый кодекс. Закон Чешской Республики. Прага, 1993. С. 138). Подобное правило содержалось и в ранее действовавшем чехословацком Кодексе международной торговли 1963 г.

Через коллизионные нормы к отношениям с иностранным элементом применяются в такой же мере любые нормы избранного частного права, и это не дает основания для включения их в состав международного частного права. Например, п. 2 ст. 156 СК РФ устанавливает, что условия заключения брака на территории России определяются законом государства, гражданином которого является вступающее в брак лицо, при обязательном соблюдении требований ст. 14 СК. Обязательное применение положений ст. 14 СК РФ к заключению брака с участием иностранца (иностранцев) не означает, что эта норма относится к системе международного частного права.

Что касается места, которое занимают внутренние материальные нормы, предназначенные для регулирования отношений с иностранным элементом, то они входят в соответствующие отрасли внутреннего права в качестве норм *lex specialis*. Как и любые другие специальные нормы, они применяются при наличии каких-то особых, дополнительных условий (в данном случае — при наличии иностранного элемента), оставаясь при этом нормами соответствующих отраслей либо публичного, либо частного права.

С рассмотренных позиций нужно решить вопрос о месте норм так называемого *международного гражданского процесса*. Известно, что гражданский процесс — это регламентированная законом деятельность судов и других правоприменительных органов по разрешению гражданских дел. Международный гражданский процесс — это регламентированная законом деятельность суда и других правоприменительных органов по разрешению гражданских дел, осложненных иностранным элементом. Термин «международный гражданский процесс» ни в коей мере не означает деятельности международных судебных и арбитражных органов. Речь идет о деятельности национальных правоприменительных органов, но связанной с частноправовыми отношениями трансграничного характера. Слово «международный» в этом термине имеет то же содержание, что и в термине «международное частное право».

При разрешении частных дел, осложненных иностранным элементом, возникают такие вопросы, как подсудность данной категории дел, поручения судов одного государства судам другого государства, признание и исполнение иностранных судебных и арбитражных решений, положение иностранного государства и его дипломатических представителей в гражданском процессе и т. д. Нормы, регламентирующие эти вопросы, и называют *нормами международного гражданского процесса*. Однако они не могут быть включены в нормативный состав международного частного права, так как не отвечают объективным критериям, характеризующим это право.

Прежде всего нормы международного гражданского процесса имеют иной предмет регулирования, чем нормы международного

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

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

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

В сфере международного гражданского процесса помимо национальных процессуальных норм получили широкое распространение единообразные процессуальные нормы, унифицированные на основе международных договоров. Особенно распространены унифицированные нормы, устанавливающие порядок исполнения иностранных судебных поручений, порядок признания и исполнения иностранных судебных и арбитражных решений (например, Гагская конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г., Брюссельская конвенция о международной подсудности и испол-

нении судебных решений по гражданским и торговым делам 1968 г. и др.). По механизму создания и применения эти нормы очень близки унифицированным материальным частноправовым нормам. Однако нет оснований для включения их в состав международного частного права. Во-первых, они не являются выражением общего метода международного частного права — преодоление коллизийной проблемы, так как таковая здесь вообще не возникает, а во-вторых (это главное), у процессуальных унифицированных норм иной предмет регулирования. Они так же, как и «внутренние» процессуальные нормы, предназначены для регулирования не частноправовых отношений с иностранным элементом, а деятельности суда по разрешению данной категории дел.

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

Кроме коллизийных и унифицированных материально-правовых есть незначительное число норм, решающих вопросы, имеющие общее значение для всех норм и институтов международного частного права. Речь идет о *нормах, определяющих общие начала регулирования трансграничных частноправовых отношений.* Их можно условно разделить на три группы. Первая группа состоит из норм, решающих вопросы, связанные с применением коллизийных норм. Это обратная отсылка и квалификация юридических понятий. Вторая группа состоит из норм, регулирующих применение иностранного права, если к нему отослала коллизийная норма. Это установление содержания иностранного права, применение иностранного права с множественностью правовых систем, пределы применения иностранного права. Можно выделить и третью группу норм, которые применимы и в первом и во втором случаях, — взаимность и реторсии. Нетрудно заметить, что все перечисленные нормы в конечном счете связаны с коллизийными нормами, так как регламентируют процесс выбора компетентного правопорядка. Означенные нормы занимают особое место в международном частном праве. Составляя его основу, они тесно вплетаются в юридическую ткань метода международного частного права — преодоление коллизий права разных государств.

Все сказанное выше относится к международному частному праву как к самостоятельной отрасли права. Но его можно рассматривать и как отрасль правоведения: науку международного частного права, научные исследования в этой области, учебный курс международного частного права и т. д. И хотя отрасль пра-

ведения отражает отрасль права, она всегда шире. Не является исключением и международное частное право. Как отрасль права ведения оно в более широком аспекте охватывает правовое регулирование трансграничных частнопровых отношений.

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

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

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

В нее входят: субъекты частных правоотношений, осложненных иностранным элементом (право- и дееспособность физических и юридических лиц, правовое положение государства как особого субъекта таких отношений); право собственности; обязательственное право (общие положения и отдельные виды обязательств: договоры международной купли-продажи, договоры морской, железнодорожной, авиа- и других способов перевозки, денежные обязательства и т. д.); деликтные обязательства; авторское и патентное право; наследственное право. Кроме того, сюда входит трудовое и семейно-брачное право. В этих разделах излагается материал по правовому регулированию только таких трудовых и семейно-брачных отношений, которые, во-первых, по своему характеру являются частнопровыми и, во-вторых, осложнены

иностранным элементом. Эти отношения охватываются предметом международного частного права.

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

1.5. Место международного частного права в юридической системе

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

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

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

² См., например: *Матвеев Г. К.* Предмет, система и задачи дальнейшего развития международного частного права // Советский ежегодник международного права. 1978. М., 1980; *Звеков В. П.* К вопросу о соотношении материально-правового и коллизионного способов регулирования в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1973. М., 1975; *Богуславский М. М.* Международное частное право. М., 1998. С. 27.

стное право — это «полисистемный комплекс», который частично относится к международному (публичному) праву и частично — к внутригосударственному праву¹. В пределах каждого подхода есть также различия.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Глава 2. ИСТОРИЯ РОССИЙСКОЙ НАУКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

2.1. Развитие науки международного частного права в дореволюционной России

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

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

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

Русская литература международного частного права имеет славную историю, выразившуюся в длинном перечне блистательных трудов, глубоких по своему научному содержанию и оригинальных по языковому стилю изложения. Работы таких маститых ученых, как М. И. Брун, Н. П. Иванов, П. Е. Казанский, М. Н. Капустин, К; И. Малышев, Ф. Ф. Мартене, Б. Э. Нольде, А. А. Пиленко и др., имеют важное значение для изучения международного частного права. Написанные выразительным, ярким языком, они в то же время представляют собой своеобразный образец, эталон, коему должны соответствовать и работы современных авторов.

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

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

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

Руководствуясь работами западных авторов, Н. П. Иванов сформулировал основные начала международной юрисдикции. По его мнению, их два, и они «суть неодинаковы в отношении законодательной и судебной власти». Для законодательной власти действует следующее «основное начало»: если разумно-справедливые интересы того государства, которому принадлежит суд, не требуют неперменного приложения в данном случае местного права, то коллизия между законами отдельных государств (будет ли это вследствие того, что известное юридическое отношение возникло за границей, или потому, что в нем участвует иностранец) должна быть разрешена каждый раз на основании того из этих законов, по которому данное отношение принадлежит по своей сущности». Для судебной власти действует другое «основное начало», а именно: в случае коллизии между законами отдельных государств судья обязан поступать на основании своего отечественного закона¹.

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

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

С исследования Н. П. Иванова начинается активная разработка основных проблем международного частного права российскими юристами-международниками, которые продолжили и развили традиции, ранее заложенные цивилистом Дмитрием Ивановичем Мейером (1819—1856)¹. На рубеже XIX —начала XX в. в российской науке сложилось два понимания природы международного частного права². Юристы-международники (П. Е. Казанский, М. Н. Капустин, Ф. Ф. Мартене, А. Н. Стоянов и др.) исходили из широкого понимания общего международного права, включающего в свой состав как международное публичное, так и международное частное право. Михаил Николаевич Капустин (1828—1899), например, писал: «Международное право имеет содержанием своим положение и деятельность государств и их подданных в международной (внегосударственной) области»³.

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

Вопросам международного частного права Федор Федорович Мартене (1845—1909) уделил целый раздел во втором томе своего фундаментального курса⁵. По его мнению, международное общение есть единственно верное и положительное основание, на котором может развиваться международное частное право, и исходя из него только и могут быть разрешены запутанные и сложные вопросы применения законов различных государств. Из понятия о международном общении цивилизованных государств вытекают следующие основные положения:

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

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

² См.: Абдуллин А. И. Становление и развитие науки международного частного права в России: проблема понимания природы международного частного права в трудах российских правоведов XIX века // Журнал международного частного права. 1996. №3 (13). С. 13-20.

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

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

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

2) международное право есть действующее право каждого цивилизованного государства;

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

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

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

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

П. Е. Казанский придерживался следующего понимания международного права. «*Международное право, — писал он, — есть совокупность юридических правил, определяющих устройство и управление международного общения и гражданские права иностранца*»⁴.

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

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

³ См. там же. С. 23. Указанный вестник был последним: Всего журнал издавался 5 лет М. М. Винавером при ближайшем участии профессора Д. Д. Гримма, М. Я. Пергамента, В. Б. Ельшиевича и И. А. Покровского. Впоследствии все они стали эмигрантами.

⁴ См.: Казанский П. Е. Учебник международного права, публичного и гражданского. Одесса, 1904. С. XLVI.

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

П. Е. Казанский относился к активным сторонникам широкого толкования международного права. «Их учение, — писал он, — можно даже принять с одним добавлением, именно, что международное гражданское и международное публичное право входят как части в более широкое понятие — просто международное право, совершенно подобно тому, как русское гражданское и русское публичное право входят как части в понятие права Российской империи»².

Из других работ русских ученых можно выделить книгу А. А. Пиленко «Очерки по систематике международного частного права». Она представляет собой образец интернационалистического воззрения. Так, анализируя содержащуюся в законодательстве всех стран коллизионную норму, согласно которой «дееспособность лица определяется по законам той страны, к которой принадлежит это лицо», А. А. Пиленко делал вывод о том, что существует международно-правовая норма, по которой дееспособность физического лица определяется его отечественным законом, а страны, закрепившие это положение в своих внутренних правовых системах, лишь присоединились к этой международно-правовой норме³.

В противоположность этому подходу в 70-х годах XIX столетия сформировалась цивилистическая концепция понимания международного частного права. Ее основоположником был крупнейший российский цивилист XIX—начала XX в. Кронид Иванович Мальшев. Основные положения этой концепции изложены в первом томе «Курса общего гражданского права России»,

¹ См.: *Казанский П. Е.* Указ. соч. С. 498.

² См.: *Казанский П. Е.* Там же.

³ См.: *Пиленко А. А.* Очерки по систематике частного международного права. СПб., 1911. С. 199.

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

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

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

Автор изложил также основания применения иностранного права в отечественных судах. По его мнению, обязанность суда применить иностранное право не только исходит из международ-

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

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

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

⁴ Там же. С. 11-12.

⁵ Там же. С. 129.

ной вежливости, но и основывается на законодательстве той страны, к которой принадлежит суд, решающий дело. Иногда такая обязанность выводится из предполагаемой воли законодателя, определяемой теорией и практикой.

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

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

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

Михаил Исаакович Брун (1860—1916) — один из наиболее даровитых представителей русской науки. Его первой работой был очерк «Международное частное право», помещенный в 1896 г. в энциклопедическом словаре Брокгауза и Ефрона (Т. XVIII-а. С. 922—930). Долгое время он трудился в Москве присяжным поверенным. Лишь оставив практику, полностью посвятил себя науке. В его изысканиях чувствуется постоянно возрастающая глубина мысли и знаний. «В последних работах Брун — полный хозяин предмета, овладевший огромной его литературой, разбирающийся в сложнейших контрверзах этой сложнейшей отрасли юридического знания»²; — писал Б. Э. Нольде в своем незаконченном очерке об ученом².

Словарный очерк М. И. Бруна вследствие главным образом напечатания в издании, которым юристы не привыкли пользо-

¹ М.: Нольде Б. Э. Указ. соч. С. 16-17.

² Там же. С. 6.

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

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

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

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

¹ См.: *Международное частное право. Лекции М. И. Бруна, читанные в Московском коммерческом институте в 1908/9 акад. году. На правах рукописи. М., 1909. С. 2.*

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

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

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

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

Из других работ М. И. Бруна, оказавших значительное влияние на развитие международного частного права в России, можно выделить «Конфликтное право постглоссаторов (XIII—XV вв.)»

¹ См.: Международное частное право. Лекции М. И. Бруна, читанные в Московском коммерческом институте в 1908/9 акад. году. На правах рукописи. М., 1909. С. 23.

² См. там же. С. 3.

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

и «Теорию статутов (XVI—XVIII вв.)», опубликованные в Известиях Московского коммерческого института (Экономическое отделение. Кн. III. 1915. С. 3—48 и 49—104 соответственно).

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

К числу других наиболее значительных работ относились: Нольде Б. Э. «Очерк международного частного права» (в кн.: *Лист Ф.* Международное право. Юрьев, 1912. С. 461—574), и его же: «Вещное международное право (частное)» (Словарь юридических и государственных наук. СПб., 1901. Т. 1. С. 1758—1762); *Шалланд Л. В.* «Современные течения в науке частного международного права» (Право, 1901. С. 1931—1944); *Пиленко А. А.* «Очерки по систематике частного международного права» (СПб., 1911), *Садовский* «Основы частного международного права и применение их в области наследования (по закону)» (1903); *Яблочков Т. М.* «Форма брака в частном международном праве» (Юридические записки. Ярославль, 1912. Т. I—II); его же «Курс международного гражданско-процессуального права» (Ярославль, 1909)¹.

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

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

Российские ученые, рассеянные по всему миру, находясь в изгнании, продолжили свои научные исследования. Монографических исследований по международному частному праву выполне-

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

но не было, однако проблемы международного частного права рассматривались в статьях, публикуемых в многочисленных изданиях русского зарубежья.

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

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

Изучением международного частного права занимались профессор юридического факультета в Харбине (Китай). Это уникальное русское учебное заведение, просуществовавшее 18 лет — с 1920 по 1937 г., имело свой печатный орган «Известия юридического факультета». Всего их вышло 12 весьма объемных томов. Исключительно вопросам международного частного права посвящены статьи

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

Михаила Эммануиловича Гильчера (1874, Одесса — ?) «Национальность акционерных обществ. Из практики» (Т. 3. С. 27—33) и Георгия Константиновича Гинса (1887, Модлин, Польша—1971, Редвуд-Сити, США) «Сделка «CIF»» (Т. 9. С. 198—205). Вопросов международного частного права касался в своих работах виднейший цивилист русского зарубежья Валентин Александрович Рязановский (1884, Костромская губ. —1968, Сан-Франциско, США). В помещенной в четвертом томе «Известий» работе «Новое китайское гражданское право» он осветил правовое положение иностранных юридических лиц в Китае. Ранее он же во Владивостоке опубликовал в 1921 г. книгу «Правовое положение русских в занятых Японией местностях Сахалинской области» (58 с.).

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

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

Изложение французского законодательства касательно определения национальности акционерных обществ, французской доктрины и практики дано в вышеупомянутой статье М. Э. Гильчера. В ней, в частности, автор писал: «От определения национальности общества зависит применение тех или иных законов и правил к учреждению и основанию обществ, к их функционированию и ликвидации: принятие решений о подчинении обществ, действующих в данной стране, законам об иностранцах». Он, опираясь на труды в основном французских и советских авторов (И. С. Петерский, А. Н. Макаров), изложил имевшиеся в то время доктрины национальности юридических лиц в международном частном праве — инкорпорации (место учреждения юридического

лица), домицилия (место расположения главного органа), центра эксплуатационной деятельности, мало изменившиеся в XX столетии и перекочевавшие во все современные учебники по международному частному праву.

М. Э. Гильчер подчеркивал, что «большинство довоенных писателей остановилось на критерии места нахождения правления, как на центре, где сосредотачивается жизнь общества, откуда идут директивы, идеи, направление дел, где собираются органы акционерной компании, правление, общие собрания, ревизоры и где помещаются главные службы предприятия: бухгалтерия, корреспонденция, консультанты и т. п. ...Однако, как часто бывает, категорическое решение вопроса содержит в себе зародыш сомнения. Что если место нахождения правления фиктивно, указано с целью обмана, введения в заблуждение, например указано в одной стране, а между тем общество состоит из граждан другой страны, где фактически имеют пребывание и собираются члены правления?». Таким образом, по мнению автора, теория места нахождения должна корректироваться такими характеристиками, как национальность членов правления, происхождение капиталов, место главной эксплуатации предприятия и т. д.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Проблем международного частного права в той или иной мере касался другой преподаватель Русского юридического факультета в Праге — Георгий Давидович Гурвич (1894, Новороссийск—1965, Париж). Любопытна теоретическая конструкция всей правовой системы, созданной им. По мнению Г. Д. Гурвича, она представляет собой пирамиду, в основании которой лежат отрасли права конкретных государств, а на вершине располагается международное частное право, которое, в свою очередь, венчает международное публичное право. «Международное право, — писал он, — самая общая, всеохватывающая часть права, по отношению к которой все остальные области права расположены в нисходящем порядке ...Если совершить разрез вдоль сложной сети правоотношений, которая охватывает жизнь каждого из нас, то нетрудно будет убедиться, что международное право необходимо должно составлять последний этап, высшую сферу всех наших правоотношений. Мы наталкиваемся в этом разрезе прежде всего на частное право, наиболее близкое каждому из нас, право, регулирующее отношения с точки зрения отдельных разобщенных между собою индивидуальных центров, между которыми оно устанавливает *внешние отношения на началах равноправия и координации* (курсив наш. — Г. С). Затем переходим к более охватывающий круг публичного... права, регулирующего отношения, исходя из централизирующих начал и устанавливающего отношения подчинения и властвования, субординации; при этом частное право опирается на публичное, как на завершающий его этап, ибо только при помощи публичного порядка частное право обретает способность санкционировать свои веления; так, например, обязательность частноправового договора получает свою санкцию в деятельности судов, функционирующих на основах публичного права и располагающих государственным аппаратом принуждения. Но и публичное право, как право, связанное с осуществлением государством своих функций, непосредственно выводит с логической неизбежностью за свои пределы в еще более широкую и охватывающую область — именно права международного»¹.

В противоположность большинству юристов, относящих коллизионное право (внутреннее и международное) к международному частному праву, Г. Д. Гурвич внутренние коллизионные нормы к международному частному праву не относил. «Когда, например, одно государство продает другому государству корабль или какое-либо другое имущество, то эта частноправовая сделка не имеет никакого отношения к международному праву, ибо подчиняется действию гражданского права (какого из двух государств, решается на основании внутригосударственного же коллизионного

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

права, которому часто ошибочно присваивается имя частного международного права»¹.

Вопросам унификации международного частного права уделил внимание профессор И. А. Базанов. Изданная им в 1932 г. статья, являвшаяся его докладом на съезде ученых в 1930 г., всецело посвящена анализу проекта обязательственного права, составленного франко-итальянской комиссией². Главными деятелями в работе над проектом со стороны Франции были профессоры Калитина, Колэн и Рипер, а со стороны Италии — профессора Альфредо Асколи и Роперто Руджеро. Составленный этими учеными проект, по мнению И. А. Базанова, — одно из тех крупных событий в области правовой жизни нашего времени, которое заслуживает серьезного внимания и наводит на многие размышления³.

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

В своей небольшой по объему статье (12 страниц) автор, сославшись на то, что «явление унификации права разных народов... не представляет собою чего-либо нового», и добросовестно изложив историю вопроса, выразил сомнение в возможности достижения «в пределах доступного нашему пониманию периода времени» единого частного права Европы. «Априори, — делал он свой вывод, — можно утверждать, что более успеха в деле унификации сулили бы современным народам торговое, вексельное и морское право, которые по своей природе содержат общенародный элемент права и по своему назначению служат общенародному обороту»⁴.

Свой доклад на съезде автор заключал четырьмя тезисами, в которых: 1) унификацию частного права «в порядке планомерной деятельности государств» он признавал новым явлением в жизни народов; 2) унификацию частного права он считал более

¹ См.: Гурвич Г. Д. Указ. соч. С. 99.

² См.: Базанов И. А. Унификация частного права//Труды V съезда Русских академических организаций за границей в Софии 14—21 сентября 1930 г. София, 1932. Ч. I. С. 33-44.

³ Там же. С. 35.

⁴ Там же. С. 35-36, 40-41.

предпочтительной в тех отделах права, которые «не связаны тесно с индивидуальными свойствами народных правовоззрений, а представляют собой обрисовку технического аппарата для широкого оборота ценностей, — как то право торговое, вексельное, морское; 3) полная унификация права, применяемого в жизни, «предполагает государствам их объединение»; 4) осуществление последних, как оно ни трудно, «по существу легче, чем унификация гражданского права в целом».

Таким образом, И. А. Базанов рассматривал унификацию международного частного права заманчивой, но несбыточной мечтой. Его же прогнозы, сделанные в 1930 г. относительно желательности и перспективности унификации некоторых отделов права, оправдались. Так, уже в том же 1930 г. под эгидой Лиги Наций в Женеве были приняты три «вексельные» конвенции: «О единообразном законе о переводном и простом векселе», «О разрешении некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях» и «О гербовом сборе в отношении простых и переводных векселей». Эта работа была продолжена в Женеве в 1931 г., когда были подписаны аналогичные вексельным чековые конвенции. Эти конвенции ввели в действие Единообразный закон о чеках, который представляет собой унификацию материально-правовых норм. Наконец, заметим, что в 1936 г. были унифицированы термины международной купли-продажи товаров (ИНКОТЕРМС).

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

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

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

В университете в Сорбонне читал лекции Михаил Иванович Догель (1865—1936, Париж): в 1925 г. «Развитие науки международного права в русской литературе», в 1926 г. «Частное международное право в связи с русским гражданским правом». В этом же году читал лекции Н. Ефремов «Посредничество и арбитраж

в международном праве». В другом учебном заведении Парижа — франко-русском институте Борис Сергеевич Миркин-Гецевич (1892—1955) читал курс лекций под названием «История международно-правовых отношений России в XIX и XX столетиях», а А. А. Пиленко — «Советское международное право».

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

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

2.3. Отечественная наука международного частного права в послеоктябрьский период

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

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

Первый (1917—1930) этап ее становления — начало публикаций советскими юристами теоретических исследований по международному частному праву. Второй (1930—1940) — разработка системы и основных положений советской науки международного частного права. Третий (1940—1991) — широкое изучение теоретических и практических вопросов международного частного права. Все три этапа охватываются общим понятием советской науки международного частного права. Четвертый этап (с 1991 г. по настоящее время) — российская наука международного частного права, возникшая вследствие распада СССР. Ее развитие предопределяется активизацией рыночных отношений внутри страны, отме-

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

ной монополии внешней торговли, широким выходом на мировой рынок отечественных организаций, предприятий и граждан, углублением контактов между физическими и юридическими лицами различных государств во всех сферах.

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

Первым учебником по международному частному праву был труд профессора Ленинградского института народного хозяйства А. Н. Макарова «Основные начала международного частного права» (М., 1924. 151 с). Автор сводил все международное частное право к праву коллизионному. Он придерживался *теории раздельности существования двух правопорядков—международного и внутригосударственного. В этой связи он различал международные и внутригосударственные коллизионные нормы. «Под международным частным правом надлежит, —писал он, —понимать совокупность правовых норм, определяющих пространственные пределы действия разноместных гражданских законов... правовые нормы, определяющие пространственные пределы действия разноместных законов, называются нормами коллизионными или конфликтными. Пользуясь термином коллизионное или конфликтное право, не следует, однако, забывать, что право это разрешает не коллизии утверждаемых субъективных прав участников гражданского оборота, а исключительно коллизии разноместных законов. Коллизионная норма лишь указывает на то материальное право, которое должно быть положено в основу обсуждения спорного правоотношения, отнюдь не разрешая спора по существу. Коллизионное право — это право о праве: указав на компетентное для обсуждения правоотношения законодательство, оно умолкает, потому что за этим указанием и исчерпывается то, что от него требуется. Все дальнейшее разрешает компетентная норма материального права»¹.*

Это положение стало предметом критики выдающегося советского ученого Владимира Михайловича Корецкого (1890—1984), который ратовал за включение в международное частное право помимо коллизионных норм также материально-правовых норм прямого действия. «Нельзя сказать, чтобы эта точка зрения дышала свежестью, — писал он. — В ней живы мотивы периода случайного международного оборота, вызывавшегося не столько движением населения, периода, когда государство не втягивалось в непосредственную организацию международного оборота... Теперь же с ростом интернационального капитала, рафинированием и усложнением международного оборота, активной внешнеторго-

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

вой политикой отдельных государств и особенно монополией нашей внешней торговли, настойчиво выдвигаются вопросы непосредственной организации мирохозяйственных отношений»¹. По мнению В. М. Корецкого, «конфликтная норма все же один из приемов регулирования международного оборота»².

Общая оценка В. М. Корецким труда такова: «Книга профессора Макарова все же должна сыграть свою роль в истории нашей доктрины. Пусть не удалось ему вскрыть подлинной сущности международного частного права, пусть он не решился сдвинуть упрямые формулы и направить их на служение экономической политике. Но он первый сделал попытку сопоставления в общем курсе западных учений с возможными решениями проблем на почве советского права. Начальная стадия работы сделана. Грядущие исследователи повторять ее не должны»³.

Особая заслуга в становлении советской доктрины международного частного права принадлежала Ивану Сергеевичу Перетерскому (1889—1956). В 1924 г. им была опубликована большая статья об исходных моментах международного частного права РСФСР⁴, а затем вышла в свет его книга «Очерки международного частного права РСФСР». (М., 1924. 141 с). Очерки были закончены и сданы в печать, когда уже появился учебник профессора А. Н. Макарова. По этой причине автор не имел возможности включить взгляды проф. А. Н. Макарова в систему своего изложения.

Труд получил высокую оценку директора института советского права А. Г. Гойхбарга, который писал: «Работа автора, как первая попытка в этой области, может быть, не лишена некоторых пробелов и слабых сторон в деталях. Но общее построение работы образцовое. И на основе этого образца должны производиться не только дальнейшие работы автора, но и других лиц, желающих писать у нас о нашем международном частном праве»⁵.

Книга представляла собой первую попытку дать систему не международного частного права вообще, а международного частного права нашей страны, РСФСР. Все предыдущие работы в этой области на русском языке (включая и упоминавшийся учебник А. Н. Макарова) исходили из общих начал международного частного права. И. С. Перетерский отрицал существование общего международного частного права и указывал на то, что ре-

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

² См. там же. С. 215.

³ См. там же. С. 216.

⁴ См. Советское право. 1924. № 3.

⁵ См. *Гойхбарг А.* /Предисловие. В кн.: *Перетерский И. С.* Очерки международного частного права РСФСР. М., 1924. С. 6.

шающим в данной области является внутреннее законодательство каждой страны. Он также подробно рассмотрел узловые проблемы этой отрасли права (в особенности пределы применения иностранного закона, понятие публичного порядка, действие законов РСФСР за границей, понятие международного гражданско-процессуального права и т. д.). Книга была написана с ярко выраженных марксистско-ленинских позиций. Автор указывал, что международное частное право РСФСР является правом переходного периода, правом классовым, советским, представляющим собою «компромисс лагеря капитализма и лагеря социализма». «Применение иностранного права, — продолжал он, — основано на нормах советского права; только там, где наши законы это положительно указывают, может идти речь о применении чужого и чуждого нам права, и в затруднительных случаях судья (и иной применяющий право орган) должен искать решения не в каких-либо «надгосударственных критериях международного общения», а в «общих началах советского законодательства и общей политике рабоче-крестьянского правительства» (с. 18).

Это положение книги, так же как и ряд других (недостаточное знакомство автора с западной доктриной, например), стало объектом критических замечаний В. М. Корецкого. Последний писал: «Все приведенные замечания не умаляют заслуг автора, рискнувшего совершить не в полном вооружении смелый полет в одну из самых трудных областей науки права. Другой вопрос, смог ли он создать образцовое построение, на основе которого должны производиться работы всех желающих писать у нас о нашем международном частном праве, как об этом заявил профессор Гойхбарг в предисловии к рецензируемой книге».

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

Важным событием в развитии отечественной науки международного частного права явилась книга А. Г. Гойхбарга «Международное право», вышедшая тиражом в 3 тыс. экземпляров в юридическом издательстве Наркомата юстиции РСФСР в Москве в 1928 г. Несмотря на свое наименование, книга полностью охватывала традиционную проблематику международного частного права. Сам автор по этому поводу писал: «...Частное международ-

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

ное право, обнимая собою главным образом вопросы коллизий законов, имеет отношение не только к случаям коллизии законов, касающихся гражданского права. Настоящая книга будет поэтому касаться не только вопросов гражданского права, но и целого ряда других областей. В нее войдут рассмотрение правового положения иностранцев, коллизия законов о подданстве, вопросы гражданского права и процесса; отчасти и вопросы, касающиеся налогов. В нее будут включены и главнейшие данные, касающиеся интернационализации соответствующих положительных постановлений, т. е. установления общего положительного права для целой группы государств, как-то: международные соглашения (союзы), касающиеся авторского права, патентного права и т. п.»¹. Таким образом, в отличие от книги И. С. Перетерского эта работа была в большей мере нацелена на исследование вопросов общего и международно-публичного характера, поскольку сам автор считал, что международным частным правом охватываются и правоотношения публичного порядка.

Журнал «Революция права» (1929. № 1. С. 139—141) под инициалами Д. Л. поместил на книгу рецензию. В ней, в частности, писалось: «Основная особенность книги — это строго выдержанный юридический характер: обилие юридического материала, различных конструкций, ссылок на законодательства и... полное почти отсутствие теоретического объяснения излагаемых вопросов... С чисто юридической стороны книга Гойхбарга разработана очень серьезно. Она охватывает все важнейшие вопросы международного частного права, широко освещает современное законодательство, как иностранное, так и советское, постановления международных конвенций и приводит богатый иллюстративный материал... Рецензируемая книга может быть очень полезна в практической работе для наших работников в хозяйственной, судебной и дипломатической области. В учебных же целях она может быть выпущена лишь в качестве дополнительного пособия, при наличии основного учебника, в котором вопросы международного частного права ставились бы с достаточной теоретической отчетливостью».

Такой учебник не заставил себя долго ждать. Он вышел в Ленинграде в издательстве «Прибой» в 1930 г. тиражом 4 тыс. экземпляров и объемом 328 страниц. Ее автор, профессор Сергей Борисович Крылов (1888—1958), в отличие от своих предшественников (А. Н. Макарова, И. С. Перетерского и др.) решительно высказался за международный характер международного частного права. «В международном договорном праве,—писал он,—должно быть усмотрено основное содержание международного частного права. Утверждать, что международное частное право не есть международное право, значит, не видеть в нем ничего, кроме коллизионных

¹ См.: Гойхбарг А. Г. Международное право. М., 1928. С. 11.

норм тех или иных отдельных законодательств. Между тем лишь изучение международных договоров дает содержание подлинного международного частного права. Большой грех науки международного частного права последнего времени, в особенности в ее германском обличи, — малое внимание, уделяемое ею договорам торговым, о поселении, о взаимном признании юридических лиц и пр. Только изучение этих договоров наполнит содержанием международное частное право. В споре «интернационалистов», отстаивающих международную природу международного частного права, и ее отрицателей, «националистов», следует поэтому встать на сторону интернационалистов, международников»¹.

Учебник получил высокую оценку. Один из его рецензентов профессор Всеволод Николаевич Дурденевский (1889—1963) писал: «Появление нового курса по международному частному праву нельзя не признать своевременным, поскольку два из имеющихся советских учебников определенно устарели (Макаров 1924, Перетерский 1925), а из двух других один пока не закончен (Корецкий), а другой ориентирован преимущественно на западноевропейский материал (Гойхбарг) ...Советское законодательство, судебная практика и новые договоры с иностранными государствами за последнюю пятилетку (в особенности договоры с Германией, Латвией, Турцией) проработаны автором превосходно, с совершенно исключительной добросовестностью и полнотой. Хуже обстоит дело с общей частью, где автор, по-видимому, стесненный местом, как-то недоделал свою общую концепцию международного частного права и скомкал исторический очерк, который... следовало бы развить и углубить»².

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

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

² См.: *Международная жизнь.* 1930. № 7—8. С. 87—88.

вопросам, затрагивающим интересы Советского Союза». Вывод рецензента был однозначен: «...Книга И. С. Перетерского и С. Б. Крылова представляет замечательный вклад в нашу юридическую литературу и хорошее пособие для усвоения основных начал международного частного права»¹.

Авторы учебника исходили из широкой комплексной трактовки международного частного права, включая в него нормы международного права и нормы гражданского законодательства отдельных стран. Кроме того, понятием международного частного права они охватывали не только коллизионные нормы, но и материальные правила прямого действия. «Международное частное право (как наука. — Г. С.), — писал И. С. Перетерский, — изучает отношения гражданско-правовые. Но это не означает, что международное частное право является лишь частью гражданского права. Специфическим отличием гражданско-правовых отношений, включаемых в международное частное право, является то обстоятельство, что международное частное право изучает лишь особую группу гражданско-правовых отношений — именно такие гражданско-правовые отношения, которые имеют международный характер». И далее: «...советское международное частное право есть совокупность юридических правил (норм): а) регулирующих гражданско-правовые отношения иностранцев в СССР и советских лиц за границей; б) определяющих, каким законом (т. е. законом какой страны) регулируются гражданско-правовые отношения, возникающие из фактов, имевших место за границей, и реализуемые в СССР либо гражданско-правовые отношения, возникшие из фактов, имевших место в СССР и реализуемые за границей; в) определяющих процессуальные права иностранцев в СССР и советских лиц за границей... Нормы международного частного права разделяются с точки зрения их содержания и построения на два вида: а) в одних случаях норма содержит в себе прямое правило, устанавливающее права и обязанности... Нормы такого рода ничем не отличаются по своему построению от иных гражданско-правовых норм; б) в других случаях норма международного частного права указывает лишь, какое законодательство должно быть применено к данному отношению... Такие нормы называются коллизионными нормами»².

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

Такое не случилось с учебным пособием С. И. Раевича «Международное частное право», написанным в 1932 г. (272 с.) и из-

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

² См.: Перетерский И. С, Крылов С. Б. Международное частное право. М., 1940.

данным под редакцией Е. Б. Пашуканиса в издательстве «Советское законодательство» в 1934 г. в Москве. Фортуна оказалась не столь благосклонна. Книга была незаслуженно забыта. Современные исследователи (М. М. Богуславский, О. Н. Садилов и др.) ограничились лишь ее упоминанием.

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

Излишняя политизация и идеологизация международного частного права, а также незаслуженно обидная оценка трудов многих советских авторов предопределили в целом «прохладное» отношение к этой книге. Вместе с тем широкое использование автором коммунистической и западной литературы, нормативного материала и судебной практики, расширительная трактовка международного частного права, нестандартность и оригинальность постановки и разработки ряда проблем международного частного права могут быть интересны с научной точки зрения для современных исследователей.

В довоенное и послевоенное время плодотворно разрабатывал вопросы международного частного права Владимир Михайлович Корецкий (5/18 февраля 1890, Екатеринослав — 25 июня 1984, Киев). Его научная деятельность началась в 20-х годах. Им были написаны такие работы, как «Проблемы международного частного права в договорах, заключенных советскими республиками с иностранными государствами» (1922 г.), «Оговорка о взаимности в международном частном праве» (1925 г.), «Акционерное общество или товарищество с ограниченной ответственностью» (1923 г.) и др. Во второй половине 20-х гг. В. М. Корецкий занялся разработкой проблем международного хозяйственного права. В работах «Униформизм в праве» (1927 г.), «Очерки международного хозяйственного права» (1928 г.), «Международное радиоправо» (1928 г.), «Международное хозяйственное право» (1928 г.) он первым среди ученых „СССР теоретически обосновал необходимость создания

международного хозяйственного права, базирующегося на сотрудничестве государств.

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

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

Круг ученых, занимавшихся в предвоенный период проблемами международного частного права, был достаточно широк. Помимо уже отмеченных юристов в этой области плодотворно работали М. М. Агарков, А. Д. Кейлин, вернувшийся из китайской эмиграции, М. Я. Пергамент³, Е. И. Кельман и др.⁴ Последний издал в 1927 г. в Москве книгу «Советское право за рубежом». По признанию автора, большая часть материала для работы была собрана им во время пребывания в научной командировке в Берлине в конце 1925 г. Широкое использование автором неопубликованных в печати судебных решений придавало книге особую весомость. К числу других достоинств монографии можно отнести включение в нее особого раздела «Белая эмигрантская юридическая литература» (с. 70—83), содержащего, пожалуй, единственную в советской юридической науке информацию об этой умалчиваемой сфере деятельности наших соотечественников за рубежом.

Рецензент работы В. М. Корецкий, поставив в упрек автору излишнее увлечение «историзмом», заключал: «Книга, несомненно, интересная, живо и талантливо написанная, но она все же лишь "история советского права за рубежом"»⁵.

Послевоенная литература международного частного права достаточно обширна. Однако число учебников и сборников норматив-

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

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

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

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

⁵ См.: *Корецкий В. М.* Рецензия на книгу Е. И. Кельмана. — *Избранные труды в двух книгах.* Кн. 1. Киев, 1989. С. 223.

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

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

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

Немногим более ста лет тому назад в предисловии к книге «Гаагские конференции о кодификации международного частного права», датированном 24 декабря 1899 г., известный дореволюционный дипломат и юрист-международник, затем активный политический деятель русского зарубежья Андрей Николаевич Мандельштам (1869, Могилев — ?) писал: «Науке международного частного права до сих пор не особенно посчастливилось в России. Можно даже сказать, что для нее у нас почти ничего не сделано, а между тем жизнь не ждет, а идет своим чередом... Неужели Россия, идущая во главе всех народов в области публичного международного права, отстанет от них в области частного? Неужели признание прав иностранных граждан менее священно, чем признание прав иностранных государств?»¹

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

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

Глава 3. ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

3.1. Понятие и виды источников международного частного права

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

Международное частное право — элемент системы национального права. Поэтому его источники — *это те юридические формы, которые характерны для национального права вообще*. Для права нашего государства, в том числе и для международного частного права, практически единственным юридическим источником является нормативный юридический акт — законы и подзаконные акты¹. Незначительную роль играют санкционированные обычаи. В отдельных государствах источниками права наряду с нормативными актами выступают судебные прецеденты, которые являются источником и международного частного права. Прежде всего это страны англо-американского права.

В доктрине широко распространено мнение о «двойственной» природе источников международного частного права, согласно которой к ним относятся как национально-правовые, так и международно-правовые формы (международные договоры и международно-правовые обычаи)². Все исследователи при этом исходят из того факта, что многие нормы, входящие в систему международного частного права, создаются в форме международных договоров, реже обычаев. Из предыдущей главы видно, что международный договор действительно играет большую роль в создании норм международного частного права, в частности унифицированных коллизионных и унифицированных материальных частноправовых норм. Однако

¹ Такое положение характерно для континентальной правовой системы. См.: Общая теория права и государства. М., 1996. С. 143.

² Концепцию «двойственности» источников разделяют даже те авторы, которые рассматривают международное частное право как элемент внутригосударственного права (например, Л. А. Лунц, Г. К. Матвеев, М. М. Богуславский и др.), что свидетельствует о непоследовательности их построений.

этот факт не может служить самостоятельным доказательством того, что договор является источником международного частного права.

На первый взгляд может показаться, что в разд. VI ГК воспринята концепция двойственности источников. Статья 1186 перечисляет те правовые формы, в которых находятся коллизионные нормы, с помощью которых должно определяться право, применимое к гражданско-правовым отношениям с иностранным элементом. Их три: международные договоры Российской Федерации, Гражданский кодекс и другие законы, а также обычаи, признаваемые в Российской Федерации.

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

Через призму второго аспекта источника права как формы внешнего бытия правовых норм следует понимать п. 1 ст. 1186 ГК. Здесь перечислены те *документальные акты, в которых содержатся российские коллизионные нормы*, определяющие «право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям... осложненным... иностранным элементом». Причем указание на международные договоры не является спецификой международного частного права. В равной степени нормы международных договоров могут применяться и для регулирования внутренних гражданских отношений, что закреплено в ст. 7 ГК. Что касается первого аспекта—способа придания норме юридической обязательности, то это не вопрос Гражданского кодекса. Это вопрос конституционного права и прежде всего Конституции РФ.

3.2. Российское законодательство по международному частному праву

В данном параграфе ставится цель дать краткий обзор действующего законодательства Российской Федерации, направленного

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

на регулирование частноправовых отношений с иностранным элементом.

В России нет единого кодификационного акта по международному частному праву. По сложившейся еще в советский период правовой традиции его нормы включаются в отраслевые кодификационные законы. Отметим, что такое положение не является бесспорным, в отечественной доктрине давно сформировались взгляды о необходимости специальной кодификации, в соответствии с которыми возникали и обсуждались проекты законов по международному частному праву. Такие проекты были подготовлены в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (в разные периоды этот Институт назывался по-разному). Последний по времени проект был разработан и одобрен в 1990 г. (первый проект был подготовлен в 50-е годы)¹. Несмотря на явные недостатки отраслевой кодификации норм международного частного права (дублирование положений, несогласование формулировок общих правил, наличие пробелов и пр.), современная российская практика идет по этому же пути. В настоящее время есть три основных закона, регулирующих два блока отношений, входящих в предмет международного частного права гражданско-правовых и семейно-брачных. Это Семейный кодекс РФ 1995 г., Кодекс торгового мореплавания РФ 1999 г., ч. III Гражданского кодекса РФ 2001 г.

В принятом 8 декабря 1995 г. Семейном кодексе Российской Федерации (вступил в силу с 1 марта 1996 г.) нормы международного частного права содержатся в разд. VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства»². Он внес существенные изменения в коллизионно-правовое регулирование семейно-брачных отношений. *Во-первых*, новое законодательство во многом отошло от безраздельно господствовавшего ранее территориального принципа, который подчинял семейно-брачные отношения российскому праву. Новые коллизионные нормы предусматривают возможность отсылки как к российскому, так и к иностранному праву, что в первую очередь отвечает интересам российских граждан, находящихся за рубежом (применение территориального принципа приводило к возникновению «хромающих» отношений, например брак, заключенный в России по российским законам, не признавался за рубежом). *Во-вторых*,

¹ Проект закона о международном частном праве и материалы по его обсуждению см.: Труды ВНИИ советского государственного строительства и законодательства. Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. М., 1991. № 49.

² См.: СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16. В 1997 и в 1998 гг. были внесены изменения, в том числе и в коллизионные нормы.

по всему кругу вопросов семейно-брачных отношений предусматривается многовариантное решение, дающее возможность при установлении применимого права учитывать все обстоятельства конкретной ситуации и находить наиболее приемлемое решение (например, вопрос о том, с кем из родителей, не проживающих совместно, будет проживать несовершеннолетний ребенок, может быть решен либо по закону государства, на территории которого все стороны совместно проживают, либо по закону государства, гражданином которого является ребенок, либо по закону государства, где постоянно проживает ребенок, — ст. 163). *В-третьих*, традиционно для российского коллизионного семейного права включены нормы о формальных и материальных условиях заключения брака с иностранным участием на территории России (ст. 156), о признании браков, заключаемых за рубежом (ст. 158), о консульских браках (ст. 157), о расторжении брака (ст. 160), об усыновлении (ст. 165). Правда, решены эти вопросы, кроме вопроса о консульских браках, значительно в меньшей степени по-новому. *В-четвертых*, расширена система коллизионных норм. В результате впервые в России решены вопросы о применимом праве для определения личных и имущественных отношений между супругами (ст. 161), прав и обязанностей родителей и детей в смешанных браках (ст. 163), установления и оспаривания отцовства и материнства (ст. 162), алиментных обязательств (ст. 164).

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

Таким образом, рассмотренные источники свидетельствуют о серьезном обновлении, расширении и изменении российского международного частного права. Процесс этот продолжается. Важнейшим этапом его стало принятие ч. III Гражданского кодекса, в которую включен разд. VI под названием «Международ-

ное частное право»¹. Этот раздел не только внес существенные изменения в коллизионно-правовое регулирование трансграничных гражданских правоотношений, но и поднял российский международное частное право в целом на принципиально новый уровень. Регулирование максимально приближено к современному мировому уровню развития доктрины и практики международного частного права. Раздел воспринял все новые тенденции развития международного частного права, сложившиеся к началу XXI в. Он охватывает широкий круг вопросов, многие из которых решаются впервые в нашем законодательстве. Раздел состоит из трех глав и 39 статей (для сравнения: аналогичный раздел предыдущего закона — Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. содержал лишь 15 статей).

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

Вотдельную главу «Право, подлежащее применению при определении правового положения лиц» вынесены вопросы, связанные с правовым положением субъектов международного частного права. Впервые в нашем праве вводится понятие «личный закон физического лица», которому посвящена специальная статья (ст. 1195), подробно раскрывающая его варианты, что способствует более качественному решению таких вопросов, как дееспособность, право на имя, установление опеки и попечительства, признание лица безвестно отсутствующим и объявление умершим.

¹ Нельзя не отметить, что название разд. VI «Международное частное право» не соответствует его содержанию и может ввести в заблуждение относительно природы и системы международного частного права. Данный раздел предусматривает лишь коллизионное регулирование гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом. Поэтому название проекта разд. VI, прошедшего второе чтение в Государственной Думе РФ, «Отношения в области международного частного права» соответствовало его содержанию в значительно большей степени. Однако в процессе третьего чтения оно было заменено на нынешнее.

Кстати, коллизионные нормы по последним трем институтам впервые предусмотрены в нашем законодательстве. Введена также специальная статья «Личный закон юридического лица» (ст. 1202), которая впервые раскрывает содержание личного закона и перечисляет круг вопросов, регулируемых законом государства, где учреждено юридическое лицо.

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

Простой, далеко не полный перечень новаций, предлагаемых разд. VI «Международное частное право», свидетельствует о качественно новом этапе развития российского международного частного права. Это позволяет оценить Гражданский кодекс в качестве основного источника российского международного частного права. Есть и другие основания для вывода об особой роли Гражданского кодекса для российского международного частного права. Она связана с применением других законов.

Кроме рассмотренных основных источников существует множество законов и подзаконных актов, регулирующих отдельные виды общественных отношений. Такие акты могут регулировать частноправовые отношения, но чаще всего они носят комплексный характер и содержат правовые нормы, относящиеся к различным отраслям права: государственному, административному, финансовому, гражданскому, трудовому. В них иногда содержатся отдельные нормы по международному частному праву. Например, Патентный закон Российской Федерации 1992 г. содержит нормы о правах иностранцев в этой сфере (ст. 15, 19, 36)¹, Положение о патентных поверенных, утвержденное постановлением Правительства РФ от 12 февраля 1993 г. № 122, дополнительно устанавливает, что форма доверенности, уполномочивающей патентного поверенного на ведение дела иностранца, должна соответствовать праву того государства, где выдана доверенность (п. 5)².

ведомости ВС РФ. 1992. №42. Ст. 2319.

²САПП РФ. 1993. №7. Ст. 573.

В области внешнеэкономической деятельности принципиальное значение имеет Федеральный закон «О государственном регулировании внешнеэкономической деятельности» от 13 октября 1995 г. Являясь в целом по природе государственно-правовым актом, он содержит ряд положений, имеющих основополагающее значение для частноправового регулирования внешнеэкономических сделок, в том числе понятие внешнеэкономической деятельности (ст. 2), правовое положение российских и иностранных участников внешнеэкономической деятельности (ст. 10), норму о представительствах иностранных юридических лиц (ст. 30)¹.

В отношении инвестиционной деятельности принят Закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г.² Кроме того, действуют Закон «О валютном регулировании и валютном контроле» от 9 октября 1992 г.³, Закон «О соглашениях о разделе продукции» от 30 декабря 1995 г.⁴ и др. 25 июля 2002 г. был принят Федеральный закон о Правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации⁵.

Нормы международного гражданского процесса содержатся в Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. в разд. V «Производство по делам с участием иностранных лиц». Они определяют положение иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных предприятий и организаций в гражданском процессе (ст. 398—400), судебный иммунитет иностранного государства (ст. 401), правила международной подсудности (ст. 402—406), порядок признания и исполнения иностранных судебных и арбитражных решений (ст. 409—417) и судебных поручений (ст. 407—408). Аналогичные нормы содержатся и в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации от 24 июля 2002 г.

К международному гражданскому процессу относятся Указ Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей»⁶ и постановление Президиума ВС СССР «О мерах по

¹ СЗ РФ. 1995. № 42. Ст. 3923.

² СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493; 2002. № 12. Ст. 1093.

³ Ведомости ВС РФ. 1992. № 45. Ст. 2542; СЗ РФ. 1999. № 1. Ст. 1; № 28. Ст. 3461; 2001. № 23. Ст. 2290; № 33 (ч. 1). Ст. 3432.

⁴ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18; 1999. № 2. Ст. 246; 2001. № 26. Ст. 2579.

⁵ РГ. 2002. 31 июля.

⁶ Ведомости ВС СССР. 1988. № 26. Ст. 427. При введении в силу нового Арбитражного процессуального кодекса от 24 июля 2002 г. временно было сохранено действие Указа до приведения его в соответствие с новым АПК (ст. 2 Федерального закона «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса РФ»)/РГ. 2002. 27 июля.

выполнению международных договоров СССР о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам»¹.

Нормы международного гражданского процесса содержатся и в Основах законодательства Российской Федерации о нотариате 1993 г. Они предусматривают применимое право при совершении нотариальных действий в интересах иностранцев, оформление процессуальных документов в международном обороте.

В последнее время получило значительное развитие третейское разбирательство международных хозяйственных споров. Прежде всего 7 июля 1993 г. был принят Закон «О международном коммерческом арбитраже», который установил правовые основы третейского разбирательства коммерческих споров, вытекающих из международного делового оборота².

Таким образом, в России не существует единой кодификации международного частного права: его нормы кодифицированы в иных отраслевых либо в комплексных правовых актах, число которых неуклонно увеличивается. При этом выделяются три источника, в которые включены основные коллизионные нормы российского международного частного права: разд. VI части третьей ГК, ст. 1 которого указывает, что в этом разделе содержатся нормы, определяющие право, применимое к «гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или осложненным иным иностранным элементом»; разд. VII СК РФ, который хотя и не содержит специальной статьи, но из названия раздела следует, что он охватывает нормы, регулирующие «семейно-брачные отношения с участием иностранных граждан и лиц без гражданства»; гл. XXVI КТМ РФ «Применимое право», первая статья которой (ст. 414) указывает, что эта глава включает нормы, определяющие право, применимое «к отношениям, возникающим из торгового мореплавания», осложненным иностранным элементом.

Следовательно, существуют как минимум три группы коллизионных норм: 1—для гражданско-правовых отношений в разд. VI части третьей ГК РФ; 2 — для семейно-брачных отношений в разд. VII СК РФ; 3 —для отношений, вытекающих из торгового мореплавания в гл. XXVI КТМ РФ. Как видно из предыдущего изложения, наличие коллизионных норм в России тремя названными актами не ограничивается. Однако обращает на себя внимание, что разд. VI части третьей ГК называется «Международное частное право». И только в этот раздел включены нормы, содержащие решения практически всех общих вопросов международного частного права (проблема квалификации, обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства, оговорка о публичном

ведомости ВС СССР. 1988. №26. Ст. 428.

² Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. №32. Ст. 1240.

порядке в негативной и позитивной форме, судьба императивных норм и т. д.). Ясно, что это значительное прогрессивное достижение в отечественном международном частном праве. Но эти весьма прогрессивные правила имеют ограниченную сферу применения: они должны применяться только при регулировании гражданско-правовых отношений.

А как быть, если подобные вопросы возникнут при рассмотрении семейно-брачных отношений с иностранным элементом или отношений, вытекающих из торгового мореплавания? В соответствующих законах таких норм нет. Может быть, авторы, назвав соответствующий раздел в ГК России «Международное частное право», имели в виду, что нормы, этого раздела должны применяться к любым видам частноправовых отношений, даже если их регламентация предусматривается в других законодательных актах? Однозначного ответа нет.

При применении специальных гражданско-правовых законов (например, Закона о лизинге) следует обращаться к разд. VI Гражданского кодекса, что прямо следует из п. 2 ст. 3: «Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу». Следовательно, если какие-то вопросы, связанные с выбором компетентного правопорядка, не решены в специальных законах, они должны решаться в соответствии с разд. VI ГК. Данное положение нашло закрепление в Кодексе торгового мореплавания, п. 2 ст. 1 которого устанавливает, что к имущественным отношениям, «не регулируемым или не полностью регулируемым настоящим Кодексом, применяются правила гражданского законодательства Российской Федерации». К означенным отношениям относятся также отношения, осложненные иностранным элементом.

Сложнее решается аналогичная проблема в связи с регулированием семейно-брачных отношений с иностранным элементом. Как уже рассматривалось выше, семейно-брачные отношения международного характера регулируются Семейным кодексом. Но как быть с решением общих вопросов, связанных с выбором компетентного правопорядка? Здесь возникает два варианта. Семейный кодекс либо не содержит общих начал выбора компетентного права (квалификация юридических понятий, обратная отсылка, применение права с множественностью правовых систем, императивные нормы, взаимность), либо содержит, но с иным содержанием (оговорка о публичном порядке).

С одной стороны, в советский период сложилось представление, которому следуют до сих пор, что семейное право является самостоятельной отраслью нашего права. С другой стороны, имущественные отношения, складывающиеся между членами семьи, несмотря на их особый личный характер, не могут качественно отличаться от любых других имущественных отношений в обще-

стве. Это отчетливо проявилось в новых экономических условиях, что нашло отражение в действующем семейном законодательстве. В соответствии со ст. 4 СК РФ к имущественным и личным неимущественным отношениям между членами семьи, не урегулированным семейным законодательством, применяется гражданское законодательство постольку, поскольку это не противоречит существу семейных отношений. Видимо, с этих позиций следует решать вопрос о применении норм разд. VI ГК к семейно-брачным отношениям международного характера.

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

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

Таким образом, в России не существует единой кодификации международного частного права: его нормы кодифицированы либо в отраслевых актах, либо в комплексных правовых актах, число которых увеличивается. Из всех актов только разд. VI ГК РФ называется «*Международное частное право*». И только в этот раздел включены нормы, содержащие решения практически всех общих вопросов международного частного права, сопровождающих весь процесс выбора компетентного правопорядка. Но эти прогрессивные правила имеют формально ограниченную сферу применения: гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом. При решении аналогичных общих вопросов

в других сегментах международного частного права неизбежно возникнут проблемы. Некоторые схемы разрешения подобных проблем рассмотрены выше, но они не могут претендовать на всеобщность.

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

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

Чтобы сохранить достоинства отраслевой кодификации, с одной стороны, и обеспечить максимально широкое, соответствующее современному уровню общественного развития решение основополагающих вопросов международного частного права — с другой, следует принять закон под названием «Основы международного частного права», предусмотрев, что они применяются ко всем частноправовым отношениям, осложненным иностранным элементом. В Основах должны быть решены такие вопросы, как круг отношений, регулируемых международным частным правом; определение права, подлежащего применению к частноправовым отношениям с учетом действия закона наиболее тесной

связи (*Proper Law*), «разрешение конфликта квалификаций», «обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства», «обход закона», «порядок установления содержания иностранного права», «применение права страны с множественностью правовых систем» (интерлокальные, интерперсональные и интертемпоральные коллизии), «оговорка о публичном порядке», «проблема императивных норм», общие положения о «статусе иностранцев» (понятие личного закона, его варианты и их соотношение) и др.

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

3.3. Законодательство зарубежных стран

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

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

ношениям, а также довольно детальные нормы по международному гражданскому процессу.

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

В *Польше* основным источником является Закон о международном частном праве 1965 г. Он начинается с общих положений международного частного права, а затем следуют коллизионные нормы по широкому кругу вопросов гражданского, трудового и семейного права. Так как согласно официальной доктрине в систему международного частного права не входят нормы международного гражданского процесса, то они кодифицированы в соответствующем отраслевом законодательном акте — в Гражданско-процессуальном кодексе 1964 г. (ст. 1097—1153).

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

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

В Венгрии в 1979 г. был принят детально разработанный Закон о международном частном праве¹. Прежде всего Закон содержит правила по общим вопросам международного частного права, многие из которых в других странах решаются только на доктринальном уровне (проблемы квалификации, взаимности, установления содержания иностранного права, отсылки, публичного порядка и др.). Вместе с тем Закон предусматривает широкую, детализированную систему коллизионных норм по лицам (физическим и юридическим, а также по государству как субъекту гражданских отношений с иностранным элементом), по собственности, в том числе по интеллектуальной, по обязательствам, по наследственным, семейным и трудовым отношениям. Три последние главы посвящены международному гражданскому процессу (гл. IX—XI). В этот период времени Закон был одним из самых полных кодификаций международного частного⁵ права. Однако излишняя детализация приводит к перегруженности коллизионных норм, вызывающей трудности в их толковании и единообразном применении.

В Югославии в 1982 г. принят Закон о разрешении коллизий между законом и нормами иностранного права в определенных правоотношениях. Он содержит коллизионные нормы гражданского и семейного права (вторая глава), а также нормы международного гражданского процесса (главы третья и четвертая). В первой, пятой и шестой главах содержатся общие положения, касающиеся сферы действия самого Закона, применения иностранного права, действительности сделок, исковой давности, и некоторые другие. Он действует также на территории Хорватии, Словении, Сербии, Черногории.

В этом же году был принят Закон о международном частном праве и процессе в Турции. Он разделен на две части. В первой наряду с решением некоторых общих вопросов (сфера действия закона, основные правила применения иностранного права и др.) содержатся коллизионные нормы по личному статусу, семейному праву (особенно подробные), вещным правам, по наследованию, по договорным обязательствам. Во второй части решаются вопросы компетенции турецких судов по международным гражданским делам, признания и исполнения иностранных судебных решений.

Наиболее подробным является Закон о международном частном праве Швейцарии, принятый 18 декабря 1987 г., который объединяет как коллизионные нормы, так и нормы международного гражданского процесса. Специальные главы посвящены физическим лицам (личный статут, право- и дееспособность, безвестное отсутствие), юридическим лицам (понятие, компетенция, статут и сфера его действия, коллизионные нормы), семейному праву и отдельно праву детей, наследственному праву, вещному праву

и обязательственному праву. Особенностью этого закона является включение в него раздела о международном коммерческом арбитраже.

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

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

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

сам собственности (ст. 833), по интеллектуальной собственности (ст. 836—838), по договорным и внедоговорным обязательствам (ст. 834—835).

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

По пути кодификации международного частного права в отраслевых актах пошло большинство государств, возникших после распада СССР. Коллизионные нормы были включены в качестве частей в гражданско-правовых актах в Латвии (1992—1993 гг.), Литве (1994 г.), в Эстонии (1994 г.). На основе Модельного гражданского кодекса для государств-участников СНГ (1994—1995 гг.) были приняты новые гражданские кодексы с разделами, посвященными Международному частному праву, в Узбекистане (1996 г.), Армении (1998 г.), Казахстане (1998 г.), Белоруссии (1998 г.). Лишь только в Грузии был принят в 1998 г. отдельный закон о международном частном праве.

Вместе с тем во многих государствах до сих пор законодательство играет незначительную роль в качестве источника международного частного права. Эту роль выполняет судебная практика. Причем такое положение характерно не только для стран англо-американского права, в основе своей прецедентного, но и для других стран, например *Франции*. Французский гражданский кодекс (Кодекс Наполеона) 1804 г., явившийся выражением классического буржуазного гражданского права и послуживший образцом при становлении гражданского права во многих государствах (например, Кодекс Наполеона целиком действует в Бельгии), практически не содержит коллизионных норм. Есть несколько правил, устанавливающих пределы применения французского права или так называемые односторонние коллизионные нормы. На основе таких норм судебная практика в порядке их интерпретации сформулировала коллизионные нормы по различным видам гражданских правоотношений. В результате судебная практика (особенно практика судов первой и второй инстанций, так как неправильное применение иностранного закона не является основанием для кассации) является и в настоящее время основным источником международного частного права. Сложившаяся судебная практика была закреплена в законах о семье, что привело к включению в ГК Франции некоторых дополнительных коллизионных норм (ст. 310, 311/14-311/18).

Не существует кодификации международного частного права в *Великобритании и США*. Решающее значение здесь имеет система судебных прецедентов, хотя по отдельным вопросам издаются законодательные акты, в которых встречаются и правила международного частного права. Например, в Великобритании самым

значительным явлением стал Закон 1995 г. о международном частном праве (вопреки своему названию решает несколько отдельных вопросов). Кроме того, действуют Закон о завещаниях 1963 г., Закон об усыновлении 1968 г., Закон о признании судебных решений о разводе и раздельном жительстве супругов 1971 г., Закон о недобросовестных условиях договора 1977 г.; Закон о государственном иммунитете 1978 г.; Закон об иностранных сроках исковой давности 1954 г.

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

3.4. Роль международных договоров в развитии международного частного права

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

Исходным положением при решении данного вопроса является тот факт, что международное право и национальное право представляют собой две относительно самостоятельные правовые системы, не подчиненные одна другой, но находящиеся во взаимосвязи и взаимодействии. Эти системы имеют свои объекты регулирования (межгосударственные — внутригосударственные отношения), свои субъекты (государства — физические и юридические лица) и свои источники. Международный договор является источником международного права. Это, во-первых, результат меж-

дународного правотворчества как процесса согласования воли заинтересованных государств и, во-вторых, форма, которая содержит нормы международного права, регулирующего межгосударственные отношения путем установления прав и обязанностей участников-государств.

Международное право не способно регулировать внутригосударственные отношения так же, как механизм действия национального права не пригоден для регулирования межгосударственных отношений. Для того чтобы нормы международного права приобрели способность регулировать отношения с участием физических и юридических лиц, они должны войти в правовую систему страны, приобрести юридическую силу национального права. Иными словами, они должны приобрести официально-юридическую форму суверенного, независимого, единоличного волеизъявления государства, т. е. форму национального права. Только в таком качестве нормы международного договора будут регулировать внутригосударственные отношения, устанавливать права и обязанности для физических и юридических лиц этого государства.

Все изложенное в равной степени относится к международному частному праву, которое, регулируя отношения между физическими и юридическими лицами, входит в систему национального права. Но есть здесь и своя специфика, заключающаяся в том, что речь идет об отношениях между субъектами национального права различных государств. Правовое регулирование таких отношений в одном государстве затрагивает интересы других государств. Это порождает стремление заинтересованных государств каким-то образом координировать национальное право на межгосударственном уровне, в том числе с помощью международных договоров — двусторонних, многосторонних, универсальных. В результате международный договор играет значительно большую роль в регулировании частных правоотношений с иностранным элементом, чем в какой-либо иной области внутригосударственных отношений.

Тем не менее количество не перерастает в новое качество. Как бы ни увеличивалось число международных договоров в сфере трансграничных частнопровых отношений, все они лежат в системе международного (публичного) права. Регулируя отношения между государствами, договоры обязывают государства: брать на себя обязательство принимать все необходимые меры для того, чтобы сформулированные в договоре нормы применялись повсеместно на его территории всеми физическими и юридическими лицами и его правоприменительными органами. Последние подчиняются только национальному праву. Отсюда следует, что для осуществления норм международных договоров им следует придать силу национального права. Это сделает их юри-

дически обязательными для участников частноправовых отношений. Юридический механизм данного процесса предусматривается внутренним правом государства и обычно именуется трансформацией международно-правовых норм в национально-правовые¹.

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

Национально-правовые механизмы подобного восприятия (трансформации), существующие в разных государствах, отличаются друг от друга, но между ними много общего². В России основу этого механизма составляет п. 4 ст. 15 Конституции, согласно которому «...международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора» (это положение воспроизведено в ст. 7 ГК РФ). Тем самым Конституция нормам международного договора придает юридическую силу национальных правовых норм.

Конституция включает в национальную правовую систему «договоры Российской Федерации». Речь идет о договорах, к которым Россия присоединилась, т. е. выразила согласие на их юридическую обязательность. Порядок и правовые формы присоединения России к международным договорам определяются Федеральным законом «О международных договорах Российской Федерации» 1995 г.³ Согласие России на обязательность международного договора выражается либо в форме федерального закона (согласие в форме федерального закона дается при ратификации договора, если исполнение договора требует изменения действующих или принятия новых федеральных законов или договор устанавливает иные правила, чем предусмотрены законом и в некото-

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

² См. об этом: *Лукашук И. И.* Международное право в судах государств. СПб., 1993. С. 112 и след.

³ СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

рых других случаях — п. 1 ст. 15 Закона), либо в форме указа Президента или постановления Правительства¹.

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

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

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

Непризнание за международным договором качества источника национального права ни в коей мере не умаляет его роли в развитии международного частного права. Договор закрепляет результаты тех стадий правотворческого процесса, посредством которых формируются нормы международного частного права — самая сложная и трудно-

¹ Например, в форме постановления Правительства Россия присоединилась к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 г., Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 г. и к Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г. (см.: СЗ РФ. 1994. № 29. Ст. 3046).

осуществимая задача создания норм права. Конечная стадия правотворческого процесса (придание этим нормам юридической силы в пределах национальной юрисдикции государства) осуществляется в национально-правовых формах, которые и выступают официально-юридическими источниками международного частного права.

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

Гражданский кодекс в соответствии с п. 4 ст. 15 Конституции указывает, что если «международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила международного договора» — абз. 2 п. 2 ст. 7. Гражданский кодекс вслед за Конституцией предусматривает приоритетное применение норм международного договора к гражданским отношениям, в том числе к гражданским отношениям, осложненным иностранным элементом (аналогичные правила закреплены в других частноправовых законах). С позиции последних практическое значение имеет применение унифицированных коллизионных и унифицированных материальных норм, созданных международными договорами. И те, и другие действуют как национально-правовые нормы. Однако они не отменяют аналогичных норм внутреннего права, а действуют параллельно с ними: не сливаются с нормами внутреннего права в единый массив, а сохраняют в нем обособленность, обусловленную их международным происхождением.

Объясняется данное положение тем, что унифицированные нормы сохраняют связь с международным договором, в рамках которого они созданы. Это порождает ряд особенностей их применения. Договор определяет *пространственную сферу применения унифицированных норм* (она всегда уже пространственной сферы соответствующей внутренней нормы, так как применяется только в отношениях между договаривающимися государствами); договор определяет *предметную сферу применения нормы* (например, нормы Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. применяются к купле-продаже при условии, если стороны имеют коммерческие предприятия на территории разных государств); договор определяет специфику *толкования и восполнения пробелов* (например, согласно ст. 7 Конвенции 1980 г. при ее толковании надлежит учитывать ее международный характер и необходимость достижения единообразия в ее применении, а пробелы подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана); договор определяет *временные рамки действия унифицированных норм* и др.¹

В результате унифицированные (договорные) нормы всегда «иные» по сравнению с аналогичными внутренними нормами.

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

Как таковые они являются специальными нормами. Соответствующие нормы российского законодательства являются общими. Согласно известному принципу права специальные нормы всегда имеют преимущественное применение перед общими: *lex specialis derogat lex generalis*. Поэтому п. 1 ст. 1186 ГК РФ, перечисляя нормативные акты, на основании которых определяется право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, на первое место ставит международные договоры Российской Федерации, которые уже выступают в качестве национальных правовых актов.

Кроме правила о преимущественном применении абз. 1 п. 2 ст. 7 ГК устанавливает еще одно специфическое правило, на которое следует обратить внимание (в других частноправовых законах этого положения нет, например ст. 6 СК воспроизводит только конституционную формулировку о преимущественном применении норм международного договора). В обозначенном пункте ст. 7 ГК говорится о «непосредственном» применении международных договоров к гражданским правоотношениям, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта. Указание на «непосредственное применение» терминологически неудачно, так как вводит в заблуждение и противоречит Конституции, положение которой воспроизведено в п. 1 этой же статьи, и конституционному Закону о международных договорах 1995 г. На самом деле никакого непосредственного применения международного договора нет, так как международный договор стал частью правовой системы России благодаря соответствующей норме Конституции и национально-правовым актам о согласии России на его обязательность (например, Закона о ратификации).

Термин «непосредственное применение» следует понимать условно. Его смысл раскрывается в п. 3 ст. 5 Закона о международных договорах, который закрепил широко признанное деление международных договоров на самоисполнимые и несамоисполнимые¹. К первым Закон отнес положения договоров, для применения которых не требуется издания внутригосударственных актов. Они содержат правила, пригодные для применения в таком виде, как сформулированы в договоре, и в этом смысле они применяются «непосредственно». Кстати, в частноправовой сфере, как правило, действуют именно такие договоры. Ко вторым отнесены договоры, для осуществления которых необходимо издать конкретизирующие их правовые акты, и потому они не могут применяться непосредственно. Отметим, что Закон при этом подчеркивает еще один момент: применяться могут только договоры,

¹ Подробнее об этом см.: Лукашук И. И. Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997. С. 45–46.

«официально опубликованные». Это является еще одним аргументом в пользу того, что международный договор не применяется «прямо», «непосредственно» к внутренним отношениям, а только после его полного восприятия национальным правом, включая официальную публикацию. Итак, международный договор, не будучи юридическим источником международного частного права, играет большую роль в его развитии: в нем сформулированы нормы, которые впоследствии становятся правовыми нормами (унифицированными коллизионными или материальными) международного частного права того или иного государства. Договор тем самым является важным этапом в их создании. Причем в современных условиях развитие международного частного права на договорной основе приобретает все большее значение, охватывая практически все сферы частных правоотношений, осложненных иностранным элементом. Одновременно возрастает роль международных организаций в развитии международного частного права, в рамках которых разрабатываются и подготавливаются проекты соответствующих международных соглашений.

Старейшей организацией в рассматриваемой области является *Гаагская конференция по международному частному праву*, созданная еще в XIX в. (переговоры по ее созданию были начаты по инициативе Италии в 1867 г., а первая официальная сессия была созвана правительством Нидерландов в Гааге в 1893 г.). Многие годы организация не имела постоянной основы, созывалась по инициативе правительств, а с 1955 г. стала постоянно действующей (в 1951 г. был принят Статут, который вступил в силу в 1955 г.). До 1917 г. Россия активно участвовала в работе созывавшихся сессий, но затем прекратила и не была участником организации. РФ (СССР) принимала участие в работе сессий (сессии проводятся раз в четыре года) в качестве наблюдателя. Указом Президента РФ от 22 февраля 2001 г. Россия стала ее полноправным членом¹. Основная задача Гаагской конференции — унификация правил международного частного права, прежде всего коллизионного, а также норм международного гражданского процесса.

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

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

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

Наибольшее значение приобрели разработанные в рамках Гагской конференции конвенции по гражданскому процессу. Прежде всего это относится к Конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. (СССР присоединился к ней в 1966 г.), рассмотревшей ряд важных проблем международного гражданского процесса. Были приняты также акты по отдельным вопросам судебного рассмотрения частных дел, осложненных иностранным элементом, такие как Конвенция о признании и исполнении решений по делам об алиментных обязательствах в отношении детей 1958 г.; Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам 1965 г.; Конвенция о сборе за границей доказательств по гражданским и торговым делам 1970 г.¹; Конвенция об облегчении доступа к правосудию за границей 1980 г. Отметим также Конвенцию 1961 г. об отмене легализации иностранных официальных документов. Россия стала ее участником в 1992 г.

В 1926 г. в целях прогрессивного развития и сближения частного права была создана межправительственная международная организация — *Международный институт по унификации частного права* в Риме (УНИДРУА). Россия как правопреемница СССР

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

также является ее членом, что было подтверждено постановлением Правительства РФ от 20 октября 1995 г.¹ Помимо подготовки проектов международных конвенций Римский институт проводит большую исследовательскую работу в области унификации частного права и издает ежегодник. Причем в отличие от Гаагской конференции Римский институт специализируется на унификации материального частного права. Были разработаны проекты важных конвенций в разных сферах частноправовых отношений, но преимущественно по международным перевозкам и международной торговле. Подготовленные проекты затем принимаются на дипломатических конференциях. В Гааге в 1964 г. были приняты, вступили в силу, хотя и не получили широкого применения, две конвенции. Это Конвенция о единообразном законе по международной купле-продаже товаров и Конвенция о заключении договоров международной купли-продажи товаров. Они ставили цель унифицировать право международной торговли. К этой сфере также относятся разработанные УНИДРУА Женевская конвенция о представительстве в международной купле-продаже товаров 1983 г., Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г. (Россия присоединилась в 1998 г.²), Оттавская конвенция о международном факторинге 1988 г.

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

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

¹ Постановление Правительства РФ «О продолжении участия Российской Федерации в Международном институте по унификации частного права» от 20 октября 1995 г. №370//СЗ РФ. 1995. №18. Ст. 1664.

²СЗ~РФ. 1998. №7. Ст. 787.

сегодня является участницей только одной конвенции — Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.¹

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

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

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

Международный договор играет все более важную роль в регулировании частно-правовых отношений между странами — членами

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

СНГ. Наиболее значимыми являются Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов государств—участников СНГ 1998 г., Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г., Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности 1993 г., Соглашение о защите прав инвесторов 1997 г., Евразийская патентная конвенция 1995 г. и др.

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

Важное место в развитии международного частного права занимают *двусторонние договоры*, заключаемые между государствами. Особая роль принадлежит договорам об оказании правовой помощи по гражданским делам. Они предусматривают применение взаимосогласованных коллизионных норм по широкому кругу частных правоотношений с иностранным элементом (право- и дееспособность физических и юридических лиц, отношения собственности, наследственные, семейно-брачные отношения и др.), а также содержат правила по гражданскому процессу. Среди двусторонних договоров заметную роль играют консульские соглашения, соглашения о взаимной защите инвестиций, касающиеся интеллектуальной собственности и др. Они создают правовую основу для регулирования международных частноправовых отношений, существенно восполняя российское законодательство.

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

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

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

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

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

При этих же условиях и ограничениях обычаи делового оборота будут применимы к отношениям в области предпринимательской деятельности, осложненным иностранным элементом, но только тогда, когда коллизионный вопрос будет решен в пользу российского права. В таком качестве санкционированные обычаи делового оборота не являются источником международного частного права. Другое дело, если среди обычаев делового оборо-

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

та встретится коллизия норма. Такой обычай будет источником российского международного частного права. Именно в таком качестве называет ст. 1186 ГК РФ «обычаи, признаваемые в Российской Федерации». Среди оснований, на которых определяется право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, ст. 1186 перечисляет международные договоры, гражданское законодательство и *обычаи, признаваемые в Российской Федерации*. Здесь подчеркиваются два качества обычая как источника международного частного права. Во-первых, подчеркивается, что речь идет о санкционированном государством обычае; во-вторых, выбор применимого права возможен только на основе коллизионных норм, поэтому речь может идти об обычаях, устанавливающих коллизионные нормы.

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

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

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

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

Так же, как и при санкционировании национального обычая, законодатель не только признает юридическую силу за обычаем международного делового оборота, но и определяет сферу его применения и место в иерархии правовых норм. В рассматриваемом примере международные обычаи торгового мореплавания, включая Йорк-Антверпенские правила, применимы для решения трех вопросов: 1) является ли авария общей морской аварией; 2) размеры общеаварийных убытков; 3) распределение убытков между участниками отношений по общей морской аварии. Последовательность применения правовых норм: прежде всего применяются нормы, предусмотренные соглашением сторон, в том числе обычаи торгового мореплавания, если стороны на них сослались (обычаи в этом случае применяются как контрактные условия); затем, при отсутствии соглашения сторон, применяются нормы правопорядка, избранного на основании коллизийных норм; и наконец, если нормы избранного правопорядка не отвечают на один из перечисленных выше вопросов или дают неполный ответ, применяются Йорк-Антверпенские правила и другие международные обычаи торгового мореплавания.

Примером санкционирования обычаев международного торгового оборота совместно государствами в форме международного

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

²РГ. 1999. 1-5 мая.

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

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

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

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

обладать силой национального права, если по согласованию между двумя и более государствами, то они будут обладать силой норм международного права.

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

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

Судебная практика может рассматриваться в качестве источника международного частного права в странах англо-саксонской системы права, которое именуют прецедентным правом. Но в этом случае терминологически правильно говорить не о судебной практике, а о судебном прецеденте как источнике права—конкретном судебном решении, за которым признается государством сила закона.

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

тановлении содержания иностранного права обращаться к доктрине соответствующего иностранного государства.

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

Глава 4. УНИФИКАЦИЯ И ГАРМОНИЗАЦИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

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

Интернационализация права проявляется в двух взаимосвязанных, но различающихся по своему содержанию процессах — *унификации и гармонизации права*.

4.1. Унификация права

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

Унификация охватила все отрасли внутреннего права государств, в том числе уголовное (например, комплексы правовых норм по некоторым группам преступлений), уголовный процесс (например, институт выдачи преступников), административное право (например, единообразные нормы, регулирующие таможенные отношения) и т. д. Этот процесс проник даже в святая святых внутреннего права — в конституционное право (например, закрепленные конституциями многих государств права и свободы человека соответствуют общепризнанным международно-правовым стандартам). Но наиболее ощутимых результатов процесс унификации достиг в международном частном праве, что объясняется его спецификой.

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

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

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

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

Иначе говоря, нормы международного договора должны быть «санкционированы» государством для применения их в национально-правовой сфере, т. е. им должна быть придана юридическая сила национального права. Только в этом случае они будут способны регулировать отношения между субъектами национального права. Восприятие международно-правовых норм национальным правом государств — второй этап унификации права. Это су-

губо национальное дело, и он реализуется с помощью национально-правовых механизмов.

Таким образом, унификация права как правотворческий процесс имеет два этапа (две стадии). На первой создается комплекс соответствующих правовых норм в форме международного договора и государства берут на себя международно-правовые обязательства обеспечить их применение. Трудно переоценить значение этой стадии. Собственно на этом этапе создаются единообразные нормы. Данный процесс трудоемкий, сложный и часто длительный. Он сопровождается поисками компромиссных решений с целью согласования позиций разных государств, на которые влияют не только особенности собственных правовых систем, но политические и другие интересы. Иногда тексты договоров согласовываются десятилетиями. Например, прошло более 20 лет, как Комиссия международного права ООН в 1977 г. начала работать над проектом конвенции об юрисдикционных иммунитетах, и работа еще продолжается.

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

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

Восприятие международно-правовых норм национальным правом называется либо *трансформацией*, либо *национальной имплементацией*. Процесс восприятия обеспечивается национально-правовыми механизмами. В праве разных государств они различны, но имеют много общих черт. В Российской Федерации правовая основа этого процесса предусмотрена в п. 4 ст. 15 Конституции: «...Международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы». Конституция устанавливает общий принцип действия международных договоров в России как

части ее правовой системы. Поэтому данное правило можно рассматривать в качестве общей или генеральной трансформационной нормы, согласно которой нормам международных договоров, в которых участвует Россия или в которых она будет участвовать, придается национально-правовая сила (этот же принцип повторяется в специальных частноправовых законах, например в ст. 7 ГК РФ).

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

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

Заканчивая рассмотрение вопроса об особенностях правового механизма унификации права, следует подчеркнуть еще одну особенность современного процесса унификации. Он имеет ярко выраженный институционный характер: первая стадия унификации преимущественно осуществляется в рамках международных организаций. Эта черта особенно проявилась во второй половине XX в., что является отражением общей тенденции роста роли международных организаций.

¹СЗ РФ. 1995. №29. Ст. 2757.

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

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

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

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

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

Примерами унификации материальных частнопрововых норм являются Женевская конвенция относительно единообразного закона о простом и переводном векселе 1930 г., Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г. (Россия участвует во всех трех).

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

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

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

Особое положение в классификационном ряду унификации занимают договоры об оказании правовой помощи. В них содержатся унифицированные нормы по гражданскому процессу (подсудность, исполнение судебных поручений, признание и исполнение судебных решений и др.), и значит, их можно включить в классификацию по предметному критерию. Однако часто такие договоры содержат унифицированные коллизионные нормы по широкому кругу частноправовых отношений и отдельные материальные частноправовые нормы. Следовательно, их можно отнести к смешанной унификации в широком смысле слова, включающей и первую, и вторую классификацию.

Третья классификация связана с *классификацией международных договоров*, прежде всего основанной на их субъектном составе. По субъектам международные договоры делятся на многосторонние (в том числе универсальные и региональные), и двусторонние.

В зависимости от этого различают унификацию универсальную, региональную, двустороннюю.

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

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

Россия принимает активное участие и в региональной унификации, осуществляемой в рамках СНГ¹. 15 сентября 1992 г. Межпарламентская ассамблея приняла специальный документ — Основное направление сближения национальных законодательства государств — участников Содружества. В нем указан широкий круг областей, в которых необходимо сближение законодательства: экономические связи, транспорт, статус хозяйствующих субъектов,

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

трудовые права, инвестиции, патентное право и др.¹ Отметим наиболее важные договоры, принятые государствами — членами СНГ в области унификации частного права. Это Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников СНГ 1992 г., Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г., Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников СНГ 1998 г., Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности 1993 г., Соглашение о защите прав инвесторов 1997 г., Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г., Евразийская патентная конвенция 1994 г.

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

Особенности применения унифицированных норм. Из рассмотренного выше следует, что унифицированные нормы вообще и международного частного права в частности действуют как национально-правовые нормы. Однако ни коллизионные унифицированные нормы, ни материальные частноправовые унифицированные нормы не отменяют аналогичных норм внутреннего права, а действуют параллельно с ними. При этом они не сливаются с нормами внутреннего права в единый массив, а сохраняют в нем обособленность, обусловленную их договорным происхождением.

Объясняется это тем, что унифицированные нормы сохраняют связь с международным договором, в рамках которого они были созданы. Связь с международным договором порождает ряд осо-

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

бенностей их применения. Прежде всего договор определяет *пространственную сферу реализации* унифицированных норм. Она всегда уже сферы применения соответствующих внутренних норм права. Например, коллизионная норма Российско-польского договора о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 16 сентября 1996 г., устанавливающая применение к наследственным отношениям законодательства государства, гражданином которого был наследодатель в момент смерти (п. 1 ст. 39), предназначена только для решения коллизий между российским и польским законами¹. Пространственная сфера применения внутренних коллизионных норм (например, п. 1 ст. 1224 ГК РФ, предусматривающий применение для регулирования наследственных отношений закона последнего постоянного места жительства наследодателя) практически ничем не ограничена: они применяются даже в отношении непризнанных государств, что рассматривалось в гл. 6.

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

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

Целью любого унифицирующего международного договора является обеспечение единообразного регулирования определенного вида трансграничных частноправовых отношений. Для ее достижения недостаточно наличия одинаковых (унифицированных) коллизионных или материальных правовых норм. Необходима

¹ См.: Бюллетень международных договоров. 2002. № 5. С. 68.

единообразная практика их применения, что предполагает единообразное толкование. Сказанное подтверждается тем, что многие договоры прямо дают толкование терминов и понятий, входящих в унифицируемые правовые нормы, устанавливая их содержание. Например, ст. 3 Сеульской конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г. «для целей настоящей Конвенции» раскрывает содержание некоторых терминов и понятий¹. Такое толкование является обязательным в национально-правовой практике договаривающихся государств, что способствует единообразию применения унифицированных норм.

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

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

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

1. Коллизия между унифицированными нормами и внутренними в целом разрешена Конституцией России (п. 4 ст. 15). Она устанавливает: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Эта норма повторяется в ГК РФ и в других частноправовых законах.

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Международное частное право... С. 99.

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

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

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

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

Выделение взаимной гармонизации связано еще с одной ее классификацией: во-первых, гармонизация, осуществляемая исключительно с использованием национально-правовых средств, и во-вторых, осуществляемая с использованием международных средств, в том числе международно-правовых. Гармонизация на национально-правовой основе всегда односторонняя: государство в свое национальное право вводит отдельные нормы иностранного права, или целые комплексы норм, или целые законы.

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

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

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

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

Конституция предусматривает приоритетное применение норм международного договора, а следовательно, и унифицированных норм по отношению к внутренним нормам, если первые содержат «иные» правила. Как было рассмотрено выше, унифицированные нормы всегда «иные» по сравнению с аналогичными внутренними нормами (по предмету, по действию в пространстве, по действию во времени, по толкованию). Как таковые, они являются специальными нормами. Соответствующие нормы российского законодательства являются общими. Согласно известному принципу права специальные нормы всегда имеют преимущественное применение перед общими (*lex specialis derogat lex generalis*).

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

3. Конфликт между унифицированными нормами универсального, регионального и двустороннего характера при совпадающей сфере применения (например, в России порядок выполнения иностранных судебных поручений установлен российским законодательством, Гаагской конвенцией по вопросам гражданского процесса 1954 г., Конвенцией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.,

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

4.2. Гармонизация права

Гармонизация права — процесс, направленный на сближение права разных государств, на устранение или уменьшение различий в нем. Понятно, что гармонизация и унификация — взаимосвязанные процессы. Унификация, предполагающая введение в национальное право разных государств одинаковых норм права, ведет к сближению национально-правовых систем, к стиранию различий между ними. Но гармонизация — более широкое понятие, так как сближение осуществляется и за пределами унификации. Поэтому следует различать гармонизацию права в широком смысле слова, которая охватывает также унификацию и гармонизацию права в узком смысле слова, отличную от унификации. В данном параграфе будет идти речь собственно о гармонизации.

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

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

Гармонизация права осуществляется *стихийно и целенаправленно*. Суть стихийной гармонизации в том, что в процессе взаимодействия между государствами возникало похожее или единообразное регулирование. Такое взаимодействие могло принимать любые формы, в том числе и насильственные. Например, посто-

парламентам стран-участниц, принимаемая в целях согласования правовой политики и *сближения законодательства*.

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

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

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

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

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

с международными характеристиками прежде всего необходимо выбрать применимое право.

4. Иногда международный договор становится основой гармонизации. Речь идет о государствах, не участвующих в договорах. Нет никаких препятствий для участвующих государств включить нормы договора в свое национальное право. Но в этом случае договор действует в качестве не юридически обязательного акта, а типовой модели.

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

Глава 5. КОЛЛИЗИОННЫЕ НОРМЫ

5.1. Понятие коллизионных норм

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

Коллизионная норма — это норма, определяющая, право какого государства должно быть применено к данному частноправовому отношению, осложненному иностранным элементом. Отсюда главная ее особенность: коллизионная норма сама по себе не дает ответа на вопрос, каковы права и обязанности сторон данного правоотношения, а лишь указывает компетентный для этого правоотношения правопорядок, определяющий права и обязанности сторон. Отсюда вытекает вторая особенность коллизионной нормы: как норма отсылочная она применяется только вместе с теми материальными частноправовыми нормами, к которым отсылает. Особая природа коллизионных норм предопределяет специфику их строения и применения.

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

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

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

пример, признание соглашения сторон о выборе права недействительным, возмещение причиненных убытков и т. д.¹

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

Например, согласно п. 1 ст. 1224 ГК РФ: «Отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства». Данная статья не устанавливает права и обязанности участников наследственных отношений, а отсылает к праву государства места жительства наследодателя. Это коллизионная норма, состоит она из двух элементов: объема — «отношения по наследованию», привязки — «определяются по закону той страны, где наследодатель имел последнее место жительства».

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

В этом пункте две коллизионные нормы. Объем первой нормы — обязательства, возникающие вследствие причинения вреда. Однако этот объем конкретизируется в ст. 1220, которая называется «Сфера действия права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда». Она содержит шесть пунктов: 1) способность лица нести ответственность за причиненный вред; 2) возложение ответственности за

¹ См.: *Садиков О. И.* Коллизионные нормы в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1982. М., 1983. С. 207.

вред на лицо, не являющееся причинителем вреда; 3) основания ответственности; 4) основания ограничения ответственности и освобождения от нее; 5) способы возмещения вреда; 6) объем и размер возмещения вреда. Сфера действия применимого права—это круг вопросов, которые должны решаться по праву государства, указанного в привязке. Поэтому реальная формулировка объема первой коллизионной нормы не совпадает с формулировкой ч. 1 рассматриваемой статьи, так как она дополнительно включает в себя все пункты, перечисленные в ст. 1220. К этому объему следует привязка: «применяется право страны; где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда».

Более сложно сформулирован объем второй коллизионной нормы. Прежде всего в него полностью входит объем первой нормы: обязательства, возникшие вследствие причинения вреда, включая все шесть перечисленных в ст. 1220 пунктов. Но этот объем дополняется двумя условиями. Первое условие, когда в результате действия или иного обстоятельства вред наступил в другой стране (т. е. не в той стране, где имело место вредоносное действие или иное вредоносное обстоятельство); второе условие—«если причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране». К этому весьма сложному объему следует своя привязка: «может быть применено право этой страны». Иными словами, может быть применено право страны, где наступил вред. Наличие в данной норме дополнительных условий, т. е. фактических обстоятельств, при которых норма может быть применена, подтверждает, что объем коллизионной нормы является не чем иным, как гипотезой.

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

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

Первые две рассмотрены выше. Третья норма — к обязательствам из причинения вреда, если вред причинен за границей и если стороны являются гражданами или юридическими лицами одной страны, применяется право этой страны; четвертая норма — к обязательствам из причинения вреда, если вред причинен за границей и если стороны не являются гражданами одной страны, но имеют место жительства в одной стране, применяется право этой страны; пятая норма — к обязательствам из причинения вреда после совершения вредоносного действия или наступления иного вредоносного обстоятельства, стороны могут договориться о применении права суда.

Как показывает практика кодификации международного частного права, осуществленной в ряде европейских стран, происходят дальнейшая дифференциация и усложнение коллизионных норм, что соответствует многообразию и сложности регулируемых отношений. Эта тенденция, оформившаяся к началу XXI в., нашла отражение и в кодификации международного частного права в России, как в Семейном кодексе, так в еще большей степени и в разд. VI Гражданского кодекса.

5.2. Виды коллизионных норм

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

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

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

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

Рассмотренный выше п. 1 ст. 1224 ГК РФ является примером такой нормы. Привязка ее формулирует общий признак—«последнее место жительства наследодателя». Выбор права будет зависеть от фактических обстоятельств: если умерший в момент смерти проживал во Франции, то следует применить, к наследственным отношениям французское право, если он проживал в России—российское право. Следовательно, используя один и тот же признак, можно прийти к разному результату и выбрать либо свое собственное, либо иностранное право.

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

Для привязки двусторонней нормы характерно наличие общего признака, с помощью которого выбирается право. Поэтому

при толковании и нужно такой признак найти, но при том, однако, условии, чтобы воля законодателя не была извращена. При анализе абз. 3 п. 1 ст. 165 Основ 1991 г. обращает на себя внимание, что законодатель связал форму сделки по поводу строения с российским правом потому, что строение находится на территории России. Этот факт — место нахождения строения — способен стать общим признаком для привязки двусторонней нормы, которая может быть сформулирована следующим образом: подчиняется праву того государства, на территории которого находится строение. С учетом этого двусторонняя норма будет выражена следующим образом: форма сделок по поводу строений подчиняется праву того государства, на территории которого находится строение. Такая норма, не извращая воли законодателя (если строение находится на территории России, выбирается российское право), создает правовое основание для выбора права, если строение расположено за пределами России.

Механизм превращения односторонней нормы в двустороннюю посредством интерпретации сложился во французской судебной практике⁴, которая вынуждена была решать разнообразные частные дела с иностранным элементом на базе весьма малочисленных коллизионных норм, содержащихся в Кодексе Наполеона. Главное значение для коллизионного права имела ст. 3 Кодекса, в которой сформулировано несколько базовых правил, определяющих случаи применения французского права, т. е. односторонние коллизионные нормы. Например, вопросы о недвижимости, находящейся на территории Франции, даже если она принадлежит иностранцам, решаются по французским законам; французские законы, касающиеся гражданской право- и дееспособности лиц, распространяются на французов, даже проживающих в иностранных государствах. Судебная практика посредством толкования вывела из этой статьи целую систему двусторонних коллизионных норм, с помощью которых определяются пределы применения иностранного права во Франции. Вот почему во Франции до сих пор основным источником коллизионного права является судебная практика.

С учетом того, что односторонние нормы часто не отвечают потребностям регламентации всего многообразия частноправовых отношений международного характера, современные кодификации международного частного права отказываются от использования односторонних коллизионных норм в качестве базовых правил для выбора компетентного правопорядка. Эта новая тенденция нашла отражение и в новой российской кодификации. В частности, относительно рассмотренного примера односторонняя норма заменена двусторонней: «Форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество» (п. 3 ст. 1209 ГК). Означенное не означает, что односто-

ронные нормы перестали существовать. Они продолжают играть важную роль в системе коллизионных норм либо в качестве дополнительных, уточняющих привязок, либо когда с их помощью защищаются особо важные интересы государства, требующие применения отечественного права.

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

Например, п. 3 ст. 1219 ГК предусматривает: «После совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда, стороны *могут* (курсив наш. — Г. Д) договориться о применении к обязательству, возникшему вследствие причинения вреда, права страны суда», т. е. права государства, суд которого рассматривает дело.

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

В качестве примера можно привести абз. 1 п. 1. ст. 1209 ГК РФ: форма сделки подчиняется праву места ее совершения. Однако сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если выполнены требования российского права.

Объемом этой коллизионной нормы является «форма сделки». К нему предусмотрены две альтернативные привязки: во-первых, закон места совершения сделки и, во-вторых, российское право. Вместе с тем закон устанавливает жесткую последовательность их возможного применения. Главной привязкой является первая—форма сделки должна быть прежде всего рассмотрена по закону места ее совершения. И только тогда, когда форма сделки не будет отвечать требованиям этого закона, что привело бы к ее недействительности, нужно применить российское право. Если

форма сделки будет соответствовать требованиям российского права, она должна быть признана действительной.

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

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

В существующих кодификациях и унификациях международного частного права широко применяется регулирование с помощью генеральных и субсидиарных норм¹. Причем их система бывает довольно сложной: используются субсидиарные нормы первой, второй, третьей и так далее степеней, т. е. субсидиарные к субсидиарным. Часто субсидиарные нормы дополнительно детализируются по своему объему. В результате образуются последова-

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

тельные цепочки, своего рода *ассоциации норм, основанных на внутренних связях*.

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

Генеральная (основная) коллизионная норма содержится в п. 1 ст. 1210 ГК, согласно которому «стороны договора могут... избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору». Возможность выбрать право, которое будет регулировать взаимные договорные обязательства сторон, является главным коллизионным правилом, подлежащим преимущественному применению. Такая характеристика вытекает из ст. 1211, которая предусматривает применение к договорным обязательствам других коллизионных привязок, но только «при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве». В частности, «применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан». Вторая норма является субсидиарной по отношению к первой.

В свою очередь, право страны, с которой договор наиболее тесно связан, детализируется по признаку места жительства или основного места деятельности стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Закон не формулирует эту субсидиарную коллизионную норму для всех договорных обязательств (как сформулированы генеральная норма и субсидиарная норма первой степени), а предусматривает отдельные коллизионные привязки для разных видов договоров: для договора купли-продажи — право страны продавца, для договора дарения — право страны дарителя и т. д.).

Усложнение коллизионных норм является тенденцией развития коллизионного права, связанной с общей целью — с устранением пробелов в правовом регулировании частных правоотношений международного характера. Ассоциации коллизионных норм широко применяются и в международных конвенциях.

5.3. Основные формулы прикрепления

Как отмечалось в предыдущем параграфе, формула прикрепления лежит в основе привязки двусторонней коллизионной нормы. Применение формулы к конкретным фактическим обстоятельствам ведет к выбору права того государства, которое компетентно регулировать конкретное трансграничное частноправовое отношение, указанное в объеме этой нормы. Каждое государство создает свое коллизионное право, исходя из собственных интересов, из особенностей своего исторического, национального, культурного развития и т. д. Однако сколь бы ни были многочислен-

ны и разнообразны коллизионные привязки, которые используются государствами единолично при построении своей национальной системы коллизионного права или совместно в процессе международно-правовой унификации коллизионных норм, все они строятся на некоторых одинаковых правилах, сложившихся в течение многовековой практики развития коллизионного права разных государств и взаимных влияний. *Формулы прикрепления*—это наиболее типичные, максимально обобщенные правила, которые чаще всего используются для построения коллизионных норм. Их называют *коллизионными принципами, коллизионными критериями или типами коллизионных привязок*.

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

Разграничение между сферами применения закона гражданства и закона места жительства является преимущественно территориальным: исторически сложилось, что одни страны для регулирования перечисленных вопросов используют личный закон в форме закона гражданства, другие — в форме закона места жительства. Считается, что в европейских странах, за исключением Норвегии, Дании, Исландии, в ряде латиноамериканских (Куба, Коста-Рика, Панама и др.) и арабских стран (Алжир, Египет и др.) действует коллизионный принцип гражданства. Напротив, в странах «общего права» (Великобритания, США, Канада, Индия и др.) действует принцип закона места жительства. Сюда же относятся и некоторые латиноамериканские страны (Аргентина, Бразилия и др.) и три указанные выше европейские страны. Наряду с этим существуют страны, в которых действует «смешанная система» личного закона, то есть применяются оба его варианта. К ним относятся, в частности, Австрия, Швейцария, Венгрия, Мексика, Венесуэла и др.

Необходимо отметить, что в настоящее время изложенная схема теряет свою абсолютность и носит условный характер. Можно говорить о той или иной форме личного закона для соответст-

вующего государства как об исходном коллизионном начале, имеющем преимущественное применение; все чаще она дополняется применением и другой формы этого закона. В результате все больший круг государств использует смешанную систему, что в значительно большей степени соответствует разнообразию регулируемых отношений. Переход к смешанной системе личного закона является характерной чертой современного развития международного частного права, что повышает его эффективность.

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

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

По такому же пути идет развитие российского коллизионного права. В российском праве еще с советских времен преимущественно использовался личный закон в форме закона места жительства. Вместе с тем в Основах гражданского законодательства 1991 г. для одного случая предусматривалось применение личного закона в форме закона гражданства: дееспособность иностранного гражданина определяется по закону страны, гражданином которой он является (п. 2 ст. 160). Уже это давало формальное основание причислить Россию к странам со смешанной системой личного закона. Данная тенденция нашла свое развитие в новом Семейном кодексе РФ 1995 г., который широко использует обе формы. Принятие ч. 3 ГК завершило переход нашего коллизионного права от закона места жительства к смешанной системе личного закона. В ГК включена отдельная ст. 1195, озаглавленная «Личный закон», предусматривающая разные варианты личного закона в зависимости от ситуационных обстоятельств, причем основным является закон гражданства.

Таким образом, переход к смешанной системе личного закона является характерной чертой современного развития международного частного права, что повышает его эффективность.

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

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

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

применяется в российском международном частном праве (подробнее об этом будет рассмотрено в главе о юридических лицах).

3. Закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*) — одна из первых формул прикрепления, сложившихся в практике международного частного права. *Она означает применение права того государства, на территории которого находится вещь, являющаяся объектом частноправовых отношений.* Если сущность этой формулы прикрепления не изменилась с древних времен (правда, менялось юридико-философское обоснование ее применения), то сфера ее использования серьезно изменилась. Когда-то закон места нахождения вещи применялся исключительно к недвижимости, в настоящее время в сферу его действия включается и движимое имущество.

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

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

4. Закон, избранный сторонами гражданского правоотношения (*lex voluntatis*), означает применение права того государства, которое выберут сами стороны—участники частного правоотношения. Такой способ выбора права используется лишь в одной группе частных правоотношений — в договорных обязательствах. Хотя эта формула прикрепления возникла относительно недавно (конец XIX в.), она в настоящее время является общепризнанной. Как национальное коллизионное право, так и международные договоры исходят из того, что при решении всех коллизионных вопросов в сфере договорных обязательств решающей является воля сторон. Данная формула прикрепления, называемая еще «автономией воли», в российском коллизионном праве выражена в ст. 1210 ГК, в п. 1 которой сказано: «Стороны договора могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору». Из содержания статьи видно, что воля сторон договора в выборе права пользуется приоритетом, другие способы выбора права, предусмотренные в последующих статьях, применяются только при отсутствии соглашения сторон.

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

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

говор потерял реальную, физическую связь с территорией какого-либо государства.

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

В странах Европы, в том числе в России, напротив, считается, что договор заключен в том месте, где получен акцепт. В результате договор, заключенный по переписке между российским и английским контрагентами, в случае, когда акцепт отправлен из Москвы и получен в Лондоне, юридически вообще не будет иметь своего места заключения. С другой стороны, когда акцепт отправлен из Лондона в Москву, договор будет иметь два юридических места заключения. Этот пример достаточно ярко свидетельствует о юридических сложностях, которые могут возникнуть при обращении к закону места заключения договора, что привело к сужению сферы его действия.

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

5.2. Закон места исполнения договора (*lex loci solutionis*) означает применение права того государства, где обязательство, вытекающее из договора, подлежит исполнению. Как формула прикрепления закон места исполнения обязательства используется так же, как и предыдущий, для регулирования договорных частноправовых обязательств. В таком виде эта формула прикрепления сложилась и применялась в немецком праве. Обращается к этой привязке Закон о международном частном праве и процессе, принятый Турцией в 1982 г. Его ст. 24 устанавливает, что если

стороны не выбрали право, то применяется «право места исполнения, а при нескольких местах исполнения — право исполнения того действия, которое образует центр тяжести обязательствано-правоотношения».

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

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

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

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

5.5. Наиболее распространенным, признанным вариантом закона места совершения акта является его применение для разрешения коллизий законов, связанных с формой гражданско-правового акта. *Форма акта (сделки, договора) определяется по закону*

места его совершения (locus regit actum). Это правило используется и в российском международном частном праве. Так, согласно п. 1 ст. 1209 ГК «форма сделки подчиняется праву места ее совершения». Точно так же форма доверенности определяется по праву страны, где была выдана доверенность (абз. 2 того же пункта).

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

Первыми национально-правовыми актами, в которых закон страны продавца был применен для разрешения коллизий в сфере обязательственного права, были чехословацкий Закон о международном частном праве и процессе 1963 г. (§ 10) и польский Закон «Международное частное право» 1965 г. (ст. 27). Впоследствии эта формула разрешения коллизий была применена в Законе о международном частном праве Венгрии 1979 г. (§ 25), в Законе о разрешении коллизий между законом и нормами иностранного права в определенных правоотношениях Югославии 1982 г. (ст. 20), Законе о международном частном праве Австрии 1978 г. (§ 36), а также в Общих условиях поставок товаров 1968/1988 гг., в Гагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже, 1986 пив других актах.

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

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

В российском праве впервые закон страны продавца в узком и широком смысле был применен в Основах 1991 г. Согласно абз. 2 ст. 166 при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны, где учреждена,

имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся: продавцом — в договоре купли-продажи (узкое значение); наймодателем — в договоре имущественного найма; хранителем — в договоре хранения и т. д. (всего 12 договоров), что свидетельствует об использовании закона страны продавца в широком значении. Такой вывод подтверждается п. 5 ст. 166, который дополнительно указывает, что к неперечисленным договорам применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, *«которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора»*. Аналогичное положение закреплено в ст. 1211 ГК РФ.

7. Закон наиболее тесной связи (Proper Law) означает применение права того государства, с которым данное правоотношение наиболее тесно связано. Чаще всего эта формула прикрепления используется тогда же, когда и закон страны продавца, для решения коллизионных вопросов в сфере договорных обязательств. Но иногда ее используют в качестве общего подхода для регулирования всех частноправовых отношений с иностранным элементом. Примером такого подхода является Закон о международном частном праве Австрии 1978 г., первый параграф которого устанавливает общее правило, заключающееся в том, что правоотношения с иностранным элементом подчиняются правопорядку, с которым имеется наиболее тесная связь.

Сложилась эта формула прикрепления в теории и практике англо-американского международного частного права и применялась для выбора права к договорным обязательствам, поэтому ее принято обозначать как Law of the Contract или Proper Law of the Contract. Несмотря на неопределенность содержания и серьезные трудности фактического применения (правопорядок устанавливается путем толкования договора и всех относящихся к нему обстоятельств, что ведет к субъективизму правоприменительных органов), данная формула прикрепления не только сохраняет, но и расширяет свои позиции в международном частном праве. Обращается к ней и разд. VI ГК РФ, который закрепил данное правило в качестве основной субсидиарной формулы прикрепления к договорным обязательствам (п. 1 ст. 1211) и в качестве общего направления выбора компетентного правопорядка для всей совокупности гражданско-правовых отношений с иностранным элементом (п. 2 ст. 1186). Это новое для российского права коллизионное начало подробнее рассмотрено в главе «Договорные обязательства в международном частном праве».

8. Закон суда (lex fori) — формула прикрепления, решающая коллизию права в пользу права того государства, где рассматривается частноправовой спор (в суде, арбитраже, третейском суде или в ином органе). *Согласно этой формуле суд или иной правоохрани-*

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

Как формула прикрепления закон суда находит свое применение в сфере любых видов частноправовых отношений и в этом качестве может подменить любую из существующих формул прикрепления. *Так, выражением закона суда являются односторонние коллизионные нормы.* Однако иногда закон суда в качестве формулы прикрепления используется в двусторонних коллизионных нормах. В прошлом российском законодательстве этого правила не было; разд. VI ГК РФ использует его в двусторонних коллизионных нормах неоднократно. Например, в отношении обязательств, возникающих вследствие неосновательного обогащения, стороны могут договориться о применении права страны суда (абз. 2 п. 1 ст. 1223).

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

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

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

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

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

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

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

Изложенное позволяет сделать общий вывод. Современные тенденции развития международного частного права нашли отражение в особенностях развития коллизионных привязок, что подтверждается новыми кодификационными актами в европейских странах и международными договорами, направленными на унификацию коллизионного права. Выделяются две современные особенности развития коллизионных привязок. Первая — стремление к отказу от жестких привязок, основанных на одном определенном критерии. Это не означает, что традиционные привязки, основанные на традиционных критериях, исчезают. Меняется их

¹ См.: Довгерт А. С. Правовое регулирование международных трудовых отношений. Киев, 1992.

роль. Часто они используются в качестве дополнительных (субсидиарных) привязок (например, закон места совершения договора). В качестве же главного способа выбора права используются гибкие правила, дающие возможность учесть все конкретные обстоятельства дела, например выбор права, с которым данное правоотношение наиболее тесно связано (*Proper Law*).

Вторая особенность развития коллизионных привязок заключается в том, что для выбора права по одному вопросу используется не одна, а целая система взаимосвязанных привязок с целью обеспечить адекватное регулирование всего многообразия международных частноправовых отношений. В результате возникают целые цепи из генеральной и дополнительных коллизионных привязок, внутренне связанных.

Глава 6. ОБЩИЕ НАЧАЛА ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Процесс регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, состоит из двух взаимосвязанных стадий: первая — разрешение коллизии права и выбор с помощью коллизионных норм компетентного правопорядка; вторая — применение норм избранного правопорядка. На каждой из этих стадий возникают специфические, требующие своего рассмотрения проблемы. На первой стадии возникают проблемы в связи с применением коллизионных норм, т. е. проблемы, связанные непосредственно с процессом выбора права. Среди них: проблема квалификации, обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства, выбор права и обход закона, множественность коллизионных привязок и др. На второй стадии специфические проблемы встают тогда, когда в качестве применимого избрано иностранное право. Иными словами, на второй стадии возникают проблемы, связанные с применением иностранного права. Если коллизия решена в пользу своего собственного, отечественного права, то никаких специфических вопросов, как правило, не возникает. Несмотря на наличие иностранного элемента в этом случае отечественное право будет применяться на основе общих правил правоприменительного процесса, установленных своим же правом.

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

Для решения обозначенных проблем в доктрине и практике международного частного права сложились определенные правила. В нынешнем российском праве подобные правила в той или иной степени закреплены нормативно. Прежде всего это ст. 1187—1194

ГК РФ. Понятно, что предусмотренные этими статьями нормы не являются коллизионными. Но они тесно связаны с ними, так как сопровождают процесс выбора и применения компетентного права. И в этом плане они могут быть рассмотрены как общие начала правоприменения в международном частном праве.

6.1. Проблемы, связанные с применением коллизионных норм

6.1.1. Обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства

Проблема обратной отсылки (собираательный термин, включающий и отсылку к праву третьего государства) стала обсуждаться в доктрине международного частного права с XIX в., после решения французского суда 1878 г., в котором была применена обратная отсылка. И в мировую практику проблема вошла под французским термином «renvoi». Правда, подобная проблема обсуждалась в английском суде значительно раньше, в 1841 г., но суд не называл ее обратной отсылкой, и термин такой еще не был известен. До сих пор проблема не решена однозначно. Не существует единого подхода к ней в законодательстве и в судебной практике разных государств, нет единой точки зрения и в теории даже в рамках одного государства. Можно утверждать, что обратная отсылка относится к наиболее обсуждаемым проблемам в международном частном праве¹. О практической значимости проблемы в наше время свидетельствует тот факт, что один из вопросов повестки дня сессии Института международного права, состоявшейся в ноябре 1998 г., был вопрос об обратной отсылке, по которому принята резолюция «О применении иностранного международного частного права»².

¹ Ни в советской, ни в российской науке международного частного права нет специальных работ, посвященных данной проблеме. Преимущественно она освещалась в рамках учебных курсов либо в работах, посвященных какому-либо комплексу проблем международного частного права, например в монографии В. М. Корецкого «Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права», опубликованной в 1948 г., очерк третий посвящен обратной отсылке (см.: *Корецкий В. М. Избранные труды. Кн. 1. Киев, 1989. С. 285 и сл.*). Пожалуй, известен один представитель российской науки А. Б. Левитин, который посвятил обратной отсылке специальную статью, в которой он высказал свое резко отрицательное отношение к этому институту (см.: *Левитин Ф. Б. Спорные вопросы международного частного права (отсылка) И Ученые записки ВИЮН. 1957. Вып. 2/6.*

² Институт международного права (Брюссель) — это международная общественная научная организация, созданная в 1873 г. Объединяет лиц, проявивших себя в области как теории, так и практики международного права независимо от государственной принадлежности. Институт принимает резолюции по актуальным проблемам международного права, которые пользуются значительным авторитетом (см.: *Annuaire de L'Institut de Droit International. Session de Berlin. Vol. 68—1. Paris, 1999. P. 13—56.*

Для понимания института обратной отсылки важно изложить хотя бы коротко содержание дел, рассмотренных в Англии и во Франции, которые положили начало этому институту. После смерти британского подданного Руана (1829 г.), проживавшего в последние годы жизни в Бельгии, остались завещательные распоряжения, которые не удовлетворяли требованиям бельгийского права, но были действительными с точки зрения английского права. В деле, которое рассматривал английский суд в 1841 г., возник вопрос о действительности завещания. Согласно уже сложившимся к тому времени английским конфликтным правилам судьба наследства должна была определяться по законам, действующим в стране, где умерший был домицилирован в момент смерти (*lex domicilii*), т. е. по бельгийским законам. По бельгийским законам завещание недействительно. Но в бельгийском праве имеются свои конфликтные нормы, согласно которым завещание должно рассматриваться по национальному закону умершего (*lex patriae*), т. е. по английскому праву. Термин «обратная отсылка» («renvoi») еще не был известен. Английский судья рассуждал таким образом: заседая в Англии, он должен решить дело так, «как если бы он заседал в Бельгии», а в Бельгии судья сослался бы на английский закон. Английский суд применил английское право, и завещание было признано действительным¹.

Во французском суде в 1878 г. также было рассмотрено наследственное дело. После смерти Форго — баварского подданного, внебрачного ребенка, всю жизнь прожившего во Франции, остались вклады во французских банках; завещание не было составлено. На имущество претендовали баварские кровные родственники. По французскому праву наследование движимого имущества определяется по национальному закону, т. е. по баварскому праву. Баварское право уже в то время признавало наследование после внебрачных детей, и, следовательно, иск баварских родственников должен был быть удовлетворен. Но в дело вмешался прокурор и потребовал применения французского права, которое не признавало наследования после внебрачных детей и имущество переходило в собственность государства. Кассационный французский суд при решении спора обратил внимание на следующее. Французская коллизионная норма выбирает баварское право, но в баварском праве есть своя коллизионная норма, согласно которой наследование движимого имущества должно определяться по закону фактического домицилия, т. е. по французскому праву. Если отсылку французской коллизионной нормы понимать как отсылку к баварскому праву в целом, то надлежит руководствоваться и баварской коллизионной нормой, которая в данном случае «отослала обратно»: к французскому праву. Французский суд

¹ Подробнее см.: *ий*

В. М. Указ. соч. С. 285—287.

принял обратную отсылку, и наследственные права баварских родственников после умершего Форго не были признаны¹.

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

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

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

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

¹ Подробнее см.: Луниц Л. А. Международное частное право. М., 1970. С. 310-311.

жительства, то суд, руководствуясь ст. 163 СК РФ («При отсутствии совместного места жительства родителей и детей права и обязанности родителей и детей определяются законодательством государства, гражданином которого является ребенок»), выбирает немецкое право, на основании которого он должен решить все спорные вопросы. Но так же, как и в первом рассмотренном примере, в систему избранного немецкого права входит и коллизионная норма касательно отношений между родителями и детьми. Статья 21 Вводного закона к ГГУ предписывает следующее: если брак прекращен, применять к правоотношениям между родителями и детьми «право государства, в котором ребенок имеет свое обычное место пребывания». Ребенок проживает вместе с отцом в Алжире, следовательно, следует применить алжирское право.

Российская коллизионная норма отослала к немецкому праву (отсылка к праву второго государства), российский суд применил немецкое право, так как его должен применить немецкий судья, а немецкий судья, руководствуясь немецкой коллизионной нормой, применил бы алжирское право. Произошла отсылка к праву третьего государства. Может произойти отсылка к праву и четвертого, и пятого и т. д. государства. Хотя такую ситуацию трудно смоделировать, но теоретически возможно.

Причины возникновения обратной отсылки достаточно ясны. Их две: 1) коллизионное право имеет национальную природу и является составной частью внутреннего права каждого государства; отсюда — подлежащее применению иностранное право представляет собой единую систему, куда входят и коллизионные нормы этого иностранного права; 2) вторая следует из первой: коллизионные нормы разных государств по-разному решают вопрос о выборе права для регулирования однородных частноправовых отношений. Следовательно, речь идет о принципиально новом явлении в международном частном праве. До сих пор рассматривались проблемы, порождаемые коллизией материальных норм частного права разных государств. *Обратная отсылка — это результат столкновения, коллизии коллизионных норм разных государств (сокращенно — коллизии коллизий).*

Коллизии коллизионных норм могут быть двух видов: *положительные коллизии и отрицательные коллизии*. Положительные коллизии означают, что два или более государств рассматривают конкретное правоотношение с иностранным элементом предметом регулирования своего собственного права. Например, фирма зарегистрирована в России, но основным местом хозяйственной деятельности является Алжир. В соответствии со ст. 1202 ГК РФ она будет рассматриваться как юридическое лицо российского права (по месту регистрации), а в соответствии со ст. 50 ГК Алжира она будет считаться алжирским юридическим лицом (по

месту основной деятельности)¹. Права обоих государств претендуют на применение.

Отрицательные коллизии означают, что ни одно государство, с которым связано правоотношение, не рассматривает его как «свое», которое должно регулироваться собственным правом. В разобранном выше примере о наследовании после смерти российского гражданина, проживавшего в Германии, было показано, что при рассмотрении дела в российском суде будет избрано немецкое право как право государства, где умерший постоянно проживал в момент смерти. Напротив, если бы дело рассматривалось в немецком суде (по месту нахождения спорного имущества), то он выбрал бы российское право как право государства, гражданином которого был умерший. Право обоих государств отказывает в применении, признавая себя некомпетентным. На отрицательных коллизиях возник институт обратной отсылки.

Понятно, что возникновение «коллизий коллизий» становится еще одним дополнительным препятствием юридико-технического свойства на пути правовой регламентации международных частноправовых отношений. Существуют два выхода из ситуации: 1) не обращать внимания на существование данной проблемы и решать возникающие вопросы строго в соответствии со своими коллизионными нормами: раз коллизионная норма предписывает применение иностранного права, то и следует применить его материальные нормы; 2) найти какие-то возможности учитывать иностранные коллизионные нормы и стремиться к более гармоничному регулированию отношений, находящихся в правовом поле разных государств.

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

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

1. Страны, законы которых предусматривают применение обратной отсылки в полном объеме (Австрия, Польша, Финляндия, Югославия). Наиболее показателен австрийский Закон о международном частном праве 1978 г., § 5 которого предусматривает, что отсылка к иностранному правопорядку охватывает и его коллизионные нормы; если иностранный правопорядок отсылает на

¹ Об алжирских правовых нормах по поводу юридических лиц см.: *Иссад М.* Указ. соч. С. 361.

зад, применяются австрийские материальные нормы; в случае отсылки к закону третьего государства применяются с учетом дальнейших отсылок материальные нормы правопорядка, которые со своей стороны уже никуда не отсылают или к которым было впервые отослано¹. Как видим, австрийский закон предусматривает применение не только обратной отсылки к австрийскому праву, но и отсылки к праву третьего государства, четвертого и т. д. до тех пор, когда будет избрано право, которое, признав себя компетентным, никуда далее не отсылает. В случае возникновения замкнутого круга отсылок компетентным будет право, к которому произошла первая отсылка.

2. Страны, законы которых предусматривают применение обратной отсылки в целом, но оговаривают ее применение каким-то принципиальным условием (Германия, Италия, Мексика, Португалия, Чехия, ФРГ). Например, чехословацкий Закон о международном частном праве предусматривает возможность обратной отсылки вообще, если это «отвечает разумному и справедливому упорядочению этого отношения». К такой группе примыкают страны, ограничивающие применение обратной отсылки в целом случаями, указанными в законе (Швейцария, Швеция). В ст. 14 швейцарского Закона о международном частном праве 1987 г. говорится: «Если применимое право предусматривает отсылку к швейцарскому праву или к другому иностранному праву, то она (отсылка) принимается во внимание, если она предусматривается настоящим законом». Эта же статья добавляет, что в вопросах личного или семейного характера должна приниматься лишь отсылка к швейцарскому праву.

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

4. Страны, законы которых целиком отвергают всю проблему (Бразилия, Греция, Египет, Перу и др.). При этом либо указывается, что применяются «материальные нормы» избранного права, либо исключается применение норм международного- частного права, т. е. коллизионных, избранного права. Например, согласно ст. 27 ГК Египта в случае отсылки к иностранному праву подле-

¹ Международное частное право. Иностранное законодательство / Сост. А. Н. Жильцов и А. И. Муратов. М., 2001. С. 158.

жат применению нормы внутреннего права соответствующего государства «и исключается применение норм международного частного права».

5. Страны, законы которых вообще не решают эту проблему (Алжир, Аргентина, Болгария, Китай). К этой же группе стран до вступления в силу части третьей ГК следовало отнести и Россию, законодательство которой не содержало правил по поводу обратной отсылки.

Российский вариант решения вопроса об обратной отсылке предусмотрен в ст. 1190 ГК. Он условно может быть отнесен к третьей группе стран, но с некоторыми особенностями: в качестве исключения возможно применение только обратной отсылки, т. е. отсылки к российскому праву, и только по ограниченному кругу гражданско-правовых отношений. Кстати, Семейный кодекс вообще не решает проблему обратной отсылки.

Прежде всего, Гражданский кодекс в п. 1 ст. 1190 устанавливает общий принцип отрицательного отношения к институтам и обратной отсылки, и отсылки к праву третьего государства: «Любая отсылка к иностранному праву в соответствии с правилами настоящего раздела должна рассматриваться как *отсылка к материальному, а не коллизионному праву соответствующей страны*, кроме случаев, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи» (курсив наш. — Г. А). Указание законодателя на то, что отсылка к иностранному праву должна пониматься как отсылка к материальному, а не коллизионному праву, исключает саму возможность возникновения проблемы обратной отсылки, включая отсылку к праву третьего государства.

Исключения из данного правила предусмотрены в п. 2 статьи, согласно которому «обратная отсылка иностранного права может приниматься в случаях отсылки к российскому праву, определяющему правовое положение физического лица (статьи 1195—1200 настоящего Кодекса)». Как видим, исключение касается только обратной отсылки в узком понимании: как отсылки иностранного права, которое избрано на основе российской коллизионной нормы, назад — к российскому праву. В свою очередь, отсылка к российскому праву ограничена двумя факторами. Во-первых, она применима в узкой сфере гражданско-правовых отношений, а именно, связанных с правовым положением физического лица. Причем эти отношения не только названы, но и перечислены с указанием на определенные статьи. Поэтому этот перечень не может толковаться расширенно, он исчерпывающий. Обратная отсылка к российскому праву применима при выборе компетентного права по следующим вопросам: 1) при определении правоспособности физического лица (ст. 1196); 2) при определении дееспособности физического лица (ст. 1197); 3) при определении прав физического лица на имя (ст. 1189); 4) при установлении

опеки и попечительства (ст. 1199); 5) при признании физического лица безвестно отсутствующим и объявлении умершим (ст. 1200). Применение обратной отсылки даже в этих ограниченных случаях не является императивным. Как сказано в п. 2 ст. 1190, она «может приниматься». Следовательно, в конечном итоге ее применение будет зависеть от воли правоприменительного органа.

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

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

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

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

Таким образом, решение проблемы обратной отсылки Гражданским кодексом соответствует традициям российской школы, представители которой всегда ратовали за применение обратной отсылки к своему отечественному праву.

Изложенное позволяет сделать общий вывод: лишь немногие государства в явно выраженной форме отрицают проблему обратной отсылки в целом. Большинство государств либо в законах, либо в судебной практике¹ применяют обратную отсылку, но лишь немногие — безоговорочно в обоих вариантах: и обратную отсылку к своему праву, и отсылку к праву третьего государства. Большинство государств, применяющих данный институт, предусматривают какие-либо ограничения: либо применяют только обратную отсылку к своему праву, но не применяют отсылку к праву третьего государства, либо применяют ее в конкретных указанных в законе случаях, либо обуславливают эту возможность соображениями справедливости, целесообразности.

Чаще всего государства используют обратную отсылку, отказываясь от применения отсылки к третьему государству. При этом преобладают не теоретические, формально-логические обоснования, а соображения целесообразности. Если отечественная коллизионная норма выбрала иностранное право, а оно отправляет назад, то такую отсылку нужно рассматривать как подарок и безусловно ее принять. Тем самым суд избавляется от проблем, связанных с применением иностранного права. Обратная отсылка — это юридико-техническая возможность отказа от применения иностранного права. Отсылка к праву третьего государства такого результата не дает, напротив, серьезно осложняет процесс выбора компетентного правопорядка, поэтому лучше к ней не обращаться.

Теория международного частного права выступает против такого утилитаризма, подчеркивая его теоретическую порочность. Проблема обратной отсылки появляется потому, что иностранное право, к которому отправляет отечественная коллизионная норма, рассматривается как система права, охватывающая и коллизионные нормы, которые, собственно, и отправляют назад, к отечественному

¹ Обратная отсылка в обоих вариантах занимает важное место в английской судебной практике, начиная с дела, рассмотренного в 1829 г.; американская практика и доктрина очень долго отрицали и необходимость обращения к данному явлению (в одном из дел американский суд подчеркнул, что «нет места для обратной отсылки в нашей юриспруденции». См.: *Lorenzen E. G. Cases on the conflict of laws selected from decisions of English and American courts.* St. Paul, 1924. P. 842). Но к середине XX в. американские суды стали применять обратную отсылку, однако она не занимает в американской практике такого большого места, как в английской. Например, Гражданский кодекс Луизианы 1825 г., в который в 1991 г. была включена кн. IV «Коллизия законов», отрицает применение обратной отсылки в целом, за исключением «указаний об ином» (ст. 3417); ст. 3417, исключения указаны в п. 2 этой же статьи, (см.: *Международное частное право. Иностранное законодательство...* С. 541).

праву. Но эти исходные позиции обязывают рассуждать дальше: в свою очередь отечественное право, к которому отослала назад иностранная коллизионная норма, тоже является системой права, составным элементом которой являются отечественные коллизионные нормы, которые вновь отсылают назад к иностранному праву, и так до бесконечности — «международный пинг-понг».

Институт международного права в своей резолюции «О применении иностранных норм международного частного права» высказался против превращения важного института обратной отсылки в международные игры и подчеркнул существенную роль, которую он может сыграть в обеспечении большей гармонизации права разных государств. Задача международного частного права состоит в обеспечении поиска правовой системы, наиболее подходящей к конкретному правоотношению с иностранным элементом для достижения единообразия в выборе компетентного правопорядка. Выполнению этой задачи служат все институты международного частного права, как старые, так и новые (например, закон наибольшей связи), в том числе институт обратной отсылки¹. Учитывая значимость и сложность института обратной отсылки, Институт высказался за унификацию правил ее применения на международной основе².

Особо было подчеркнуто значение обратной отсылки для обеспечения признания и исполнения судебного решения за рубежом. В перечень условий, необходимых для признания или исполнения иностранных судебных решений, право разных государств включает, как правило, условие о правильном выборе применимого права (эти вопросы будут рассмотрены в главе о международном гражданском процессе). Правильность выбора права определяется на основе своих собственных коллизионных норм, а не коллизионных норм того государства, чье судебное решение должно исполняться. Если решение вынесено без учета иностранных коллизионных норм, то это может стать достаточным основанием для отказа в его исполнении на территории соответствующего государства, если иное не предусмотрено в международных договорах.

Последнее, на что нужно обратить внимание. Право, но главным образом практика всех государств, которые применяют институт обратной отсылки полностью либо с ограничениями, при-

¹ См. : *Annuaire de L'Institut de Droit International...* 1999. P. 54—56.

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

держиваются одного общего исключения: обратная отсылка не применяется в сфере договорных обязательств международного характера или согласно нашей терминологии в сфере обязательств, вытекающих из внешнеэкономических сделок. Объясняется исключение господством в сфере этих отношений принципа «автономии воли»: стороны, выбирая право, имеют в виду применение норм материального права соответствующего государства; обращение к обратной отсылке может привести к выбору права иного государства, что исказит волю сторон. Это правило было распространено на все случаи выбора права по договорным обязательствам независимо от того, избрано право сторонами либо оно избрано на основе других коллизионных норм.

Данное исключение было закреплено в ряде международных договоров и иных актов. Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. объясняет, что термин «право» означает действующее в государстве право, за исключением коллизионных норм (ст. 15). Отсюда невозможны ни обратная отсылка, ни отсылка к праву третьего государства. Аналогичная норма включена в региональные конвенции: ст. 15 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., ст. 17 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г.

Исключение применения обратной отсылки предусмотрено Типовым законом ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 г., ст. 28 которого устанавливает, что любое указание сторонами права или системы права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам. Общепризнанность подобного исключения констатировала и резолюция Института международного права «О применении иностранных норм международного частного права».

Примером внутреннего права государства, закрепляющего данное исключение, может быть Вводный закон к ГТУ. Кроме общей статьи об обратной отсылке, которая была рассмотрена выше (ст. 4), Закон содержит специальную ст. 35 в разделе о договорных обязательствах, согласно которой под правом, подлежащим применению к договорным обязательствам, «понимаются действующие в этом государстве материальные нормы». Как видим, и международные акты, и национальные законы одинаково решают вопрос об обратной отсылке в сфере международных коммерческих контрактов: запрещают ее применение.

В России также сформировалось отрицательное отношение к обратной отсылке в сфере внешнеэкономических обязательств. Вопрос о применении обратной отсылки к советскому праву возникал в практике ВТАК при ТПП СССР и был решен отрицательно. В 1966 г. ВТАК рассмотрел дело по иску английской фир-

мы к ВТО «Совэкспортфильм» о взыскании убытков в связи с невыполнением ответчиком обязательств по предоставлению советского фильма в прокат. Договор был подчинен английскому праву. Ответчик, пытаясь освободиться от уплаты упущенной выгоды, требуемой английским правом, но не известной советскому праву, заявил, что в деле речь идет об уступке авторских прав, а по английскому праву уступка авторских прав должна рассматриваться по месту их возникновения, т. е. по советскому праву. Эта конструкция была арбитражем отвергнута: «Принятие обратной отсылки, — сказано в решении, — зависит от советского коллизионного права, а последнее, в согласии с господствующей доктриной и практикой, не применяет обратной отсылки при разрешении споров по внешнеторговым сделкам...»¹.

Сложившаяся практика о неприменении обратной отсылки при рассмотрении международных коммерческих споров в настоящее время закреплена в российском Законе о международном коммерческом арбитраже 1993 г., ст. 28 которого воспроизводит правило ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ: указание сторон на выбор права «должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам».

6.1.2. Конфликт квалификаций

Применение любой правовой нормы немислимо без ее толкования: установление ее смысла и идентификации ее с теми фактическими обстоятельствами, в которых она должна быть применена. Юридическая квалификация фактов в соответствии с правовой нормой и условий ее применения (сферой применения) является одним из аспектов толкования права. Конкретные приемы и правила толкования могут быть разными, но все они не должны выходить за пределы правовой системы того государства, правовая норма которого толкуется и применяется. В любом случае результаты толкования правовой нормы не должны противоречить основным целям и принципам права (как в целом, так и отрасли права) и его нормативным предписаниям.

Точно так же толкование сопутствует применению коллизионной нормы. Она, как и любая другая правовая норма, состоит из различных юридических терминов и терминологических конструкций, или правовых понятий. Объем коллизионных норм содержит такие правовые понятия, как «форма брака», «форма завещания», «форма сделок», «недвижимость», «искковая давность», «дееспособность» и т. д. Юридические понятия составляют основу привязок коллизионных норм: «место совершения сделки», «закон места жи-

¹ См.: Торгово-промышленная палата СССР. Сборник информационных материалов. 1969. Вып. 22. С. 38.

тельства», «закон постоянного места жительства», «закон суда» и т. д. Поэтому чтобы применить коллизионную норму, необходимо, во-первых, уяснить, т. е. раскрыть содержание этих юридических понятий, а во-вторых, соотнести их с фактическими обстоятельствами, при которых эта норма должна быть применена, с тем чтобы убедиться, что фактические обстоятельства соответствуют объему и привязке коллизионной нормы. Иначе говоря, необходимо дать толкование коллизионной норме в неразрывной связи с фактическими обстоятельствами, при которых она должна быть применена, или дать *юридическую квалификацию*.

Однако толкование или юридическая квалификация коллизионных норм серьезно отличается от толкования других правовых норм. Особенности порождаются тем, что фактические обстоятельства, при которых коллизионная норма должна быть применена, связаны с разными государствами и соответственно находятся в правовом поле разных государств. Проблемы, возникающие при этом, можно проиллюстрировать на следующем примере.

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

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

Российское семейное и гражданское право не знает отмены завещания фактом вступления в брак. Если квалифицировать

данные фактические обстоятельства по российскому праву, то они могут быть отнесены только к наследственному статусу, а следовательно, для выбора права нужно применить коллизионную норму по наследственным отношениям. В соответствии с п. 2 ст. 1224 ГК РФ («способность лица к составлению и отмене завещания... определяется по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления завещания или акта») будет применено российское право, согласно которому завещание действительно и супруг по второму браку не имеет права на спорное имущество.

Если квалифицировать те же фактические обстоятельства по английскому праву, то отмена завещания относится к последствиям вступления в брак, т. е. к семейному статусу. Поэтому для выбора права, регулирующего спорное отношение, российский суд должен обратиться к коллизионным нормам семейного права. Согласно п. 1 ст. 161 СК РФ (взаимоотношения между супругами определяются правом государства, на территории которого супруги имеют совместное место жительства). Компетентным является английское право, по которому завещание недействительно.

Из рассмотренного примера можно сделать несколько выводов.

1. Чтобы применить коллизионную норму и выбрать подлежащее применению право, необходимо прежде всего толковать, квалифицировать коллизионную норму на предмет уяснения содержания юридических понятий, из которых она состоит, и их соотносимости с фактическими обстоятельствами, к которым она должна быть применена.

2. Так как выбор права сопровождает процесс регулирования правоотношений, осложненных иностранным элементом, то фактические обстоятельства (элементы правоотношения) всегда лежат в праве разных государств. Право разных государств по-разному регулирует одинаковые отношения, а значит, дает одним и тем же фактическим обстоятельствам разную правовую окраску, *разную правовую квалификацию*.

3. Юридические понятия, из которых состоят объем и привязка коллизионных норм разных государств, могут словесно, по форме совпадать, но иметь разное содержание. Выше подробно было рассмотрено одинаковое по форме юридическое понятие «способность лица к составлению завещания», но имеющее разное содержание в английском и российском праве. Примеров подобного расхождения множество. «Исковая давность» в англо-американском праве является институтом процессуального права, а в континентальном праве, включая Россию, — институтом материального права; «согласие родителей на заключение брака несовершеннолетних детей» в Англии относится к форме брака, а во Франции — к материальным условиям брака; «место заключения договора» в англо-американском и японском праве понима-

ется как место отправления акцепта, а в континентальном праве, включая Россию,—место получения акцепта, и т. д.

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

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

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

6. Из этого следует, что наличие во внутреннем праве разных государств одинаковых коллизионных норм —еще не гарантия одинакового выбора подлежащего применению права. Даже если представить гипотетически, что все государства имеют одинаковые коллизионные нормы, применение их судами разных государств, которые основывались бы на своих собственных юридических понятиях, приводило бы к разным решениям по однородным делам. Известно достаточно много примеров, когда в коллизионном праве разных государств сложились одинаковые коллизионные нормы. В рассмотренном выше примере изучалась возможность применения двух коллизионных норм, которые по форме одинаковы: способность лица составлять завещание определяется по закону места жительства и в России, и в Англии; отношения между супругами определяются по закону их совместного места жительства и в России, и в Англии. Но это не гарантирует одинакового решения спорного вопроса. Российский суд может дать квалификацию вопроса об отмене завещания последующим браком с точки зрения российского права и отнесет его к способности лица составлять завещание, поэтому выберет рос-

сийское право (завещание составлено в России) и признает завещание действительным. Английский суд отнесет этот вопрос к семейным отношениям, выберет английское право (супруги проживали в Англии) и признает завещание недействительным¹.

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

7. От того, с точки зрения какого права будет осуществлена квалификация, прямо зависит выбор права, компетентного регулировать соответствующие отношения, а это в конечном итоге непосредственно влияет на решение вопроса по существу. Так, в рассмотренном примере при толковании по английскому праву спорных отношений как семейно-брачных российская коллизионная норма (п. 1 ст. 161 СК РФ) предписала применить английское право, по которому завещание недействительно. Напротив, при толковании тех же обстоятельств с точки зрения российского права в качестве наследственных российская коллизионная норма предписала (п. 2 ст. 1224 ГК РФ) применить российское право, по которому завещание действительно. Вот почему проблему квалификации иногда называют *предварительным вопросом*, так как он возникает до того, как избран компетентный правопорядок, и прямо влияет на его избрание².

¹ Можно привести более простой пример: договор купли-продажи заключен между российским и английским предпринимателями путем переписки, при этом акцепт был отправлен английской стороной из Лондона в Москву. Какое право будет регулировать их отношения (Англия не является участницей Венской конвенции). И в России, и в Англии существовала одинаковая коллизионная норма: права и обязанности сторон определяются по закону места ее совершения. Но вопрос о применимом праве решался по-разному, поскольку в российском и английском праве существует разное понятие: место совершения сделки в России — место получения акцепта, а в Англии — место отправки акцепта. Российский суд, основываясь на российской квалификации и применяя формально одинаковую коллизионную норму, выберет российское право; английский суд, применяя такую же по форме коллизионную норму, обратится к английской квалификации и выберет английское право.

² В международном частном праве «предварительный вопрос» встречается в другом варианте. Например, при рассмотрении дела о наследовании возник вопрос о действительности брака между наследодателем и пережившим супругом. От его решения будет зависеть право последнего на имущество. Но подобный вопрос не является вопросом коллизионного права, это вопрос материального права.

Таким образом, проблема квалификации сводится к тому, с точки зрения права какого государства осуществлять толкование коллизионных норм. Она возникает из особенностей коллизионной нормы и тех отношений, к которым она должна быть применена. С одной стороны, речь идет о трансграничных отношениях, элементы которых связаны с правом разных государств. С другой стороны, коллизионная норма, являясь национально-правовой нормой, может предписать применение не только своего национального права, но и иностранного. В *этом специфика коллизионной нормы: она как бы связана с правом разных государств (мы уже говорили, что коллизионное право — это мост, связывающий национальное право с иностранным). В этих условиях и возникает вопрос: по праву какого государства нужно квалифицировать коллизионную норму, в соответствии с правом какого государства раскрывать те юридические понятия, из которых она состоит.*

Однозначного ответа ни в доктрине международного частного права, ни в законодательной, ни в судебной практике нет. Существуют три возможных способа решения конфликта квалификаций.

1. Квалификация по своему отечественному праву или квалификации по *lex fori*. Это наиболее распространенный способ разрешения конфликта квалификаций. Этот способ квалификации связан с именами немецкого юриста Этвенна Бартена и французского юриста Франца Кана, которые с интервалом в несколько лет в конце XIX в. открыли эту проблему и обосновали единственную возможность ее решения по закону суда¹. Коллизионная норма является нормой национального права, и поэтому в ней используются понятия национальной правовой системы. Все те правовые термины, конструкции, из которых состоит коллизионная норма («право- и дееспособность», «способность к составлению завещания», «форма брака», «место жительства», «место совершения договора» и пр.) имеют то же содержание, какое они имеют в материальном частном праве своего государства. Законодатель, применяя коллизионную норму, использует правовые понятия своего права, а не иностранного.

Однако при таком подходе полностью игнорируется, что разные фактические обстоятельства одного и того же отношения связаны с правом разных государств и отечественная коллизионная норма может привести к выбору иностранного права. Первоначальная квалификация по отечественному праву, осуществленная при применении коллизионной нормы, избравшей в конеч-

¹ См. подробнее: *Луц Л. А. Международное частное право. М., 1970. С. 247 и сл.; Kegel G. Internationales Privatrecht. 6 aufl. München, 1987. S. 216—225. Американские коллизионисты подчеркивают, что в американской доктрине проблема конфликта квалификаций не получила большого распространения (см.: *Raitman M. Conflict of Laws in Western Europe. N.-Y., 1995. P. 24.*)*

ном итоге иностранное право, может привести к искажению содержания этого иностранного права. Например, американские суды, исходя из своего права, квалифицировали отношения по национализации имущества без компенсации как карательные отношения и на этом основании отказывали в применении советских законов о национализации как уголовно-правовых законов (известно, что суд не применяет иностранное уголовное право)¹.

Квалификация по закону суда становится особенно затруднительной, когда нужно дать толкование институту иностранного права, который вообще отсутствует в отечественном праве. Пример с институтом отмены завещания последующим браком достаточно показателен. Российское право, не знающее этого института, не дает правовых точек опоры при его толковании².

Тем не менее квалификация по закону суда часто является единственно возможной, так как потребность в ней возникает тогда, когда еще не известно, какому праву будет подчинено спорное правоотношение.

2. Второй способ — квалификация по праву страны, с которой связано правоотношение в целом, или квалификация по *lex causae*. Этот способ возник в ответ на основной недостаток квалификации по закону суда, которая может извратить содержание иностранного закона, избранного на основе собственной коллизионной нормы. Автор этого способа М. Вольф подчеркивает, что исследовать иностранное право, подлежащее применению, без обращения к его квалификации значит не рассматривать его таким, как оно есть, закрыть глаза «перед подлинными портретами и удовлетвориться коллекцией карикатур»³.

Этот способ квалификации представляется достаточно ценным и разумным, так как он направлен на то, чтобы не допустить извращения возможно применимого иностранного права квалификациями с точки зрения понятий своего собственного права, осуществленными еще до выбора права. Однако на практике воспользоваться таким способом чаще всего невозможно, так как проблема решается до того, как станет известно, какое право будет применено. В рассмотренном примере фактические обстоятельства связаны в равной мере как с российским, так и с английским правом, и неизвестно, какое право будет компетентным, а дать квалификацию следует до выбора права. Квалификация по *lex causae* не разрешает проблему, а загоняет ее в тупик.

¹ См.: *Корецкий В. М.* Указ. соч. С. 311 и след.

² Американский юрист Матиас Рейманн считает, что «в подобном случае необходимо искать во внутреннем праве наиболее близкий аналог понятию иностранного права (См.: *Reimann M.* Op. Cit. P. 26).

³ См.: *Вольф М.* Международное частное право / Пер. с англ. М., 1948. С. 174.

Однако можно указать по крайней мере на три ситуации, когда квалификация по *lex causae* вполне приемлема. Первая, когда все фактические обстоятельства спорного правоотношения связаны с правом одного государства, а спор по каким-либо причинам рассматривается в суде другого государства. Ничто не мешает суду при выборе права воспользоваться понятиями, свойственными иностранному праву, с которым правоотношение связано. Вторая ситуация, когда известно право, которому подчинено отношение в целом, а из всего комплекса отношений выделился вопрос, по отношению к которому возникла необходимость выбора права, а значит, и необходимость в квалификации соответствующих фактов. Третья ситуация, когда иностранное право содержит юридические понятия, которые не известны отечественному праву.

Рассмотрим такой пример. В наследственный имущественный комплекс, оставшийся после смерти российского гражданина, проживавшего в России, входил дом с земельным участком на территории Мальты. По завещанию имущество должно перейти детям от первого брака. Однако на часть дома и земельного участка претендовала жена по второму браку, живущая в Мальте в этом доме, ссылаясь на мальтийское законодательство, по которому она имеет так называемую вдовью долю. В соответствии с российской коллизионной нормой наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где имущество находится (абз. 2 п. 1 ст. 1224 ГК), т. е. по мальтийскому праву.

Итак, в целом весь комплекс наследственных отношений регулируется мальтийским правом. Однако из всей совокупности обстоятельств выделяется один вопрос — о праве жены на вдовью долю. Можно ли этот вопрос обсуждать по мальтийскому праву? Чтобы на него ответить, вначале надо квалифицировать понятие «право на вдовью долю». По мальтийскому праву отношения по поводу «вдовой доли» регулируются нормами семейного права и, значит, не входят в наследственный статут. Напротив, так как российское семейное право не знает института вдовой доли, то спорный вопрос, исходя из российской квалификации, может быть отнесен только к наследственному статуту. Следовательно, квалификация спорного вопроса по мальтийскому праву как вопроса семейно-брачных отношений приведет к выбору российского права (согласно п. 1 ст. 161 СК РФ отношения между супругами, не имеющими совместного места жительства, определяются по российскому праву) и к отказу в исковых притязаниях жены; квалификация по российскому праву включает спорный вопрос в наследственный статут (мальтийское право), что приведет к признанию ее права на имущество.

В данном случае есть все основания применить квалификацию по *lex causae*, т. е. по иностранному праву: во-первых, это иностранное право уже известно, так как в целом дело о насле-

довании подчинено мальтийскому праву; во-вторых, квалификация вопроса о «вдовой доле» как вопроса семейного права полностью соответствует мальтийскому праву, подлежащему применению. Следовательно, российский суд применил бы мальтийское право так, как оно применяется «дома» мальтийским судом.

3. Третий способ разрешения конфликта квалификаций получил название «автономная квалификация». Он основан на том, что коллизийная норма, будучи национально-правовой по природе, связывает отечественное право с иностранным и не может игнорировать это обстоятельство. Для того чтобы выполнять роль связующего звена между правом разных государств, коллизийная норма должна пользоваться, по утверждению автора этого способа квалификации немецкого юриста Э. Рабеля, некими общими для права разных государств понятиями, которые выводятся путем сравнительного изучения и обобщения однородных цивилистических понятий права разных государств¹. Идея автономной квалификации пользуется поддержкой в доктрине международного частного права². В последней редакции своего учебника М. М. Богуславский утверждает, что объем коллизийной нормы (сфера ее действия) должен быть выражен посредством «обобщенных» юридических понятий — общих для различных правовых систем; привязки должны пользоваться понятиями своего собственного права (гражданского, семейного, трудового), т. е. должны квалифицироваться по закону суда. Более того, по его мнению, это общий подход нашей доктрины к проблеме квалификации³. Представляется, что такое утверждение достаточно спорное с точки зрения нашей доктрины и не соответствует нашей практике.

Сама идея создать коллизийные нормы, состоящие из юридических понятий, общих для права разных государств, не вызывает никаких возражений, ибо только таким образом они смогут выполнить свою функцию выбора компетентного правопорядка наилучшим образом. Но где взять такие «общие», «обобщенные»

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

² В статье, опубликованной посмертно, Л. А. Лунц окончательно пришел к выводу о том, что коллизийная норма (по крайней мере, ее объем) «должна быть выражена посредством «обобщенных» юридических понятий — общих для различных правовых систем» (см.: *Лунц Л. А. Квалификация в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980. С. 215*). Известный болгарский юрист Ж. Сталев для обоснования такого же вывода прибегает к образному выражению: чтобы построить мост (применить коллизийную норму. — У. Д.) надо изучить оба берега и на обоих берегах поставить опоры» (см.: *Сталев Ж. Сущность и функция на международное частное право. София, 1982. С. 153—154*).

³ См.: *Богуславский М. М. Международное частное право. 3-е изд. М., 1998. С. 90.*

юридические понятия? Как правило, говорят о сравнительном изучении права разных государств, сравнительном правоведении, которое играет в международном частном праве более важную роль, чем в других секторах права. Действительно, в процессе сравнительного анализа юридических понятий можно выделить то общее, что присуще им независимо от того, к праву какого государства они относятся. Но сразу же возникает вопрос, кто должен делать сравнительный анализ права разных государств и формулировать «общие» понятия?

Обычно этой деятельностью занимаются ученые-правоведы. Но их выводы не имеют юридически обязательного характера. Это частное мнение отдельного ученого. Судьи должны применить коллизионную норму и выбрать право. Юридически только судьи вправе в процессе правоприменения сделать сравнительный анализ права всех тех государств, с которыми данное разнонациональное правоотношение связано, вычленив то общее, что объединяет нужное юридическое понятие в праве разных государств, и на основе такого общего понятия применить отечественную коллизионную норму и выбрать право. Во-первых, едва ли возможно возложить на судей столь трудоемкий и требующий высокой специальной профессиональной подготовленности процесс сравнительного правоведения в каждом случае, когда возникает необходимость выбора компетентного правопорядка. Во-вторых, даже если судья справится с такой задачей, то это будет его субъективное мнение, которое может расходиться с решением другого судьи, выносимым им при аналогичных обстоятельствах.

Сказанное не означает, что автономная квалификация должна быть отвергнута. Общие понятия, из которых должны формироваться коллизионные нормы, существуют, и их, безусловно, следует искать. Когда говорят «собственность», «наследование», «дееспособность», «юридические лица», «гражданство», «домицилий» и пр., независимо от того, о каком праве идет речь, на каком языке эти термины выражены, все юристы представляют их суть, хотя конкретное содержание может серьезно расходиться. Сформулировать общие для права разных государств понятия — задача сравнительного правоведения. Результаты сравнительного правоведения могут послужить основой для унификации права, материального и коллизионного, в процессе которой неизбежно возникает вопрос и о создании унифицированных, одинаковых юридических понятий. Унификация права должна сопровождаться унификацией правовых понятий. Только при унификации правовых понятий, из которых правовые нормы состоят, возможно достичь единообразия в правовом регулировании трансграничных частноправовых отношений. Это более сложный процесс, так как касается глубинных основ права разных государств.

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

Таким образом, автономная квалификация как способ толкования коллизионных норм не может быть положена в основу деятельности суда и других правоприменительных органов по выбору права. Юридически такая квалификация возможна только в рамках международных договоров, направленных на унификацию материального и коллизионного права. Из всех трех рассмотренных способов разрешения конфликта квалификаций наиболее реальным и чаще всего используемым является способ «по закону суда».

По этому пути идет и законодательная практика государств. Проблема квалификации настолько сложна, что, как правило, государства не решают ее законодательно. Но те законы, которые обращаются к этой проблеме, в основном решают ее в пользу закона суда. Например, ст. 9 алжирского ГК 1970 г. устанавливает, что для квалификации категории, к которой относится спорное правоотношение, с целью определения применимого закона применяется алжирский закон. В этой статье закреплено два важных положения: а) квалификация осуществляется на стадии выбора права, т. е. на стадии применения коллизионной нормы; б) такая квалификация осуществляется по алжирским законам¹.

Более полно решает проблему венгерский Закон о международном частном праве 1979 г. (§ 3). Он устанавливает два правила. Одно общее: в случае спора о правовой квалификации фактов или отношений, рассматриваемых в правовом споре, с точки зрения определения применяемого закона следует исходить из толкования норм и понятий венгерского права. Это правило составлено юридически более квалифицированно, но по содержанию совпадает с алжирской нормой. Второе правило в § 3 сформулировано как исключение: если правовой институт не может быть определен путем толкования норм венгерского права (например, институт неизвестен венгерскому праву), то при его правовой

* См.: *Иссад М.* Указ. соч. С. 108. Для сравнения — ст. 6 Кодекса Бустаманте 1928 г.: «...каждое государство будет применять свои собственные квалификации к правовым институтам или к отношениям при установлении Применимого права, если конкретная норма не предусматривает иное» (см.: *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Международное частное право... С. 13).

квалификации необходимо учесть также иностранное право, регулирующее данный правовой институт¹.

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

Рассматриваемая статья содержит два правила. Одно общее: при определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий осуществляется в соответствии с российским правом, если иное не предусмотрено законом. Как видим, ГК решает конфликт квалификаций юридических понятий наиболее реальным и доступным приемом — по закону суда. Коллизионная норма носит национальный характер и должна «говорить» на российском юридическом языке. Отдельные исключения могут быть предусмотрены законом. Как исключение из общего правила сформулировано второе правило разрешения конфликта квалификаций, касающееся случаев, когда с помощью российского права невозможно установить содержание юридических понятий. Пункт 2 ст. 1187 указывает на два подобных случая: если юридические понятия, требующие правовой квалификации, неизвестны российскому праву и если они известны под другим названием или с другим содержанием, в результате чего они не могут быть определены путем толкования в соответствии с российским правом. В этих случаях «при их квалификации может применяться иностранное право». Нельзя не отметить, что обращение к квалификации по иностранному праву сформулировано диспозитивно и такое обращение ставится в зависимость от воли правоприменительного органа.

Кроме того, исключения из общего правила квалификации по закону суда можно найти и непосредственно в разд. VI ГК. Так, п. 2 ст. 1205 устанавливает, что принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам определяется по праву страны,

¹ В некоторых законах дается решение проблемы только в отношении отдельных коллизионных норм. Например, Вводный закон к Бразильскому гражданскому кодексу устанавливает, что «квалификация имущественных объектов <...> происходит по законам страны, где объект находится» (ст. 8), и «квалификация обязательств <...> происходит по законам страны, где обязательства возникли» (ст. 9). По этим же законам предусматривается и регулирование имущественных и обязательственных отношений.

где это имущество находится. Если имущество находится на территории иностранного государства, то и отнесение его к движимому или недвижимому будет осуществляться по этому иностранному праву. С учетом п. 1 данной статьи, согласно которому вещные права определяются по праву страны, где имущество находится, следует признать, что п. 2 предусматривает квалификацию по *lex cause*, т. е. по праву страны, которому подчинено само правоотношение.

Таким образом, действующее право России исходит в целом из квалификации по *lex fori* (по российскому праву) и в отдельных случаях предусматривает возможность квалификации по *lex cause* (деление имущества на движимое и недвижимое) либо по иностранному праву, с которым связан институт, неизвестный российскому праву, — *Proper Law*. При всех вариантах законопроект указывает, что они применяются на стадии выбора права, подлежащего применению.¹

Обращение к автономной квалификации при применении российских коллизионных норм не предусмотрено. Этот способ квалификации связан с международными договорами. Во многих договорах, в которых участвует и Россия, включена норма о толковании и применении конвенционных положений в соответствии с общими целями конкретного договора. Например, в Венской конвенции 1980 г. (ст. 7) указывается, что при толковании ее норм «надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении...». Если же в конкретном договоре нет специального указания о толковании, то применяется общая норма, установленная в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., участницей которой является Россия и которая устанавливает об-

¹ В нашей литературе часто обсуждают практику внешнеторгового арбитража по толкованию исковой давности. В 1967 г. ВТАК вынесла решение по делу по иску британской фирмы «Хьюсон, Чапмен энд К° ЛТД» к ВТО «Экс-портлес», в котором был применен английский 6-летний срок давности. Российская сторона требовала применить 3-летний срок давности, предусмотренный российским правом, и отказать в иске. Ее требования были основаны на том, что обязательство в целом подчинено английскому праву, а по английскому праву исковая давность является институтом процессуального права. Поскольку суд не применяет иностранного процессуального права, то вопрос об исковой давности следует решить по российскому праву и отказать в иске. По российскому праву исковая давность — институт материального права, поэтому ее нужно рассматривать по английскому праву. Как видим, квалификация истечения определенного срока по английскому праву ведет к выбору российского права, а квалификация по российскому праву ведет к выбору английского права. ВТАК осталась на позиции российского права и поэтому имела возможность применить 6-летний срок давности, предусмотренный английским правом (см.: Торгово-промышленная палата СССР. Сборник информационных материалов. 1970. Вып. 23).

щее правило, что все международные договоры должны толковаться в свете целей и принципов соответствующего договора.

И последнее, что нужно дополнительно подчеркнуть, хотя выше об этом говорилось неоднократно. Проблема квалификации и способов ее преодоления существует только на стадии выбора права, при применении своих собственных (внутренних или договорных) коллизионных норм. Все изложенные трудности возникают именно потому, что право еще не избрано. После того как компетентный правопорядок избран, эти проблемы не должны возникать. Любое толкование, сопутствующее применению права, должно осуществляться на основе того права, которое избрано. Подлежащее применению право должно быть применено так, как оно применяется «у себя на родине», что будет подробно рассмотрено в следующем разделе.

6.2. Проблемы, связанные с применением иностранного права

6.2.1. *Общий подход к пониманию иностранного права*

Национальное (внутреннее) право государств в отличие от международного публичного права обладает территориальным характером, т. е. действует в пределах территории своего государства. Однако интересы международного общения требуют признания и применения в определенных пределах иностранного права. В этих случаях говорят об экстратерриториальном действии права¹. При перемещении человека из одного государства в другое за ним сохраняются имущественные и личные неимущественные права, приобретенные на основе права первого государства. Например, право собственности на автомобиль, состояние в браке, право на имя и пр. признаются на территории иностранного государства, тем самым признается действие норм иностранного права, на основе которых эти права возникли. Экстратерриториальное действие иностранного права, в том числе норм публичного права, приобретает все более широкий характер.

Экстратерриториальное действие права — явление многоаспектное, охватывающее как частное, так и публичное право. Особое место в нем занимает *применение иностранного права*. Здесь уже речь идет о правоприменительном процессе, осуществляемом судом и другими правоприменительными органами. Если экстратерриториальное действие права в целом — это преимущественно пассивное признание иностранного права (точнее, субъективных

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

прав, возникших под действием иностранного права), то применение иностранного права — это активная деятельность правоприменительных органов по разрешению каких-либо вопросов на основе норм иностранного права. Последнее характерно для частного права, включая международное частное право.

Выделим три принципиальных положения, определяющих основы применения иностранного права.

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

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

3. Применение иностранного права осуществляется также в соответствии с общепризнанными принципами международного права. Основы применения иностранного права определяются такими принципами международного права, как суверенное равенство государств, самоопределение, невмешательство во внутренние дела. В соответствии с этими принципами государства обязаны уважать право друг друга свободно определять свою политико-правовую систему и не препятствовать ее функционированию. Право государства издавать и применять законы является одним из его суверенных прав, которые должны уважаться другими государствами. Правоприменительные органы должны с уважением относиться к применяемому иностранному праву, его особенностям с тем, чтобы предписания иностранного права были реализованы с максимальной тщательностью. Уважение иностранного права вытекает из принципа суверенного равенства государств.

Следовательно, иностранное право применяется на основе и в рамках национального права и в соответствии с общепризнанными принципами международного права.

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

Применение иностранного права предусмотрено также в ст. 11 ГПК РФ 2002 г., согласно которой суд при разрешении гражданских дел не только применяет нормы российского права, источники которого перечислены в п. 1 этой статьи, но и «в соответствии с законом или международным договором Российской Федерации при разрешении дел применяет нормы иностранного права» (п. 5). В этой норме закреплено несколько положений, имеющих принципиальное значение для российской концепции применения иностранного права: 1) иностранное право применяется судом, а значит, и другими правоприменительными органами; 2) применение иностранного права при наличии отсылки к нему в российском законе или в международном договоре является юридической обязанностью суда; 3) иностранное право понимается как система правовых норм («применяет нормы иностранного права»), т. е. как юридическая субстанция (аналогичное правило • закреплено в п. 5 ст. 13 АПК РФ 2002 г.).

Положения ст. 11 ГПК и ст. 13 АПК получили развитие в ст. 1191 ГК, значение которой шире ее официального названия «Установление содержания иностранного права». Именно она определяет общие начала применения иностранного права в России. Во-первых, в ее первой части подтверждены положения, сформулированные в ст. 11 ГПК и ст. 13 АПК: иностранное право применяется судом и другими правоприменительными органами. Во-вторых, сформулирован общий подход к пониманию иностранного права. Общий подход имеет столь важное значение, что заслуживает того, чтобы ч. 1 ст. 1191 воспроизвести полностью: «При применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве».

Согласно этой норме подлежащее применению иностранное право рассматривается как живой социальный организм, функционирующий в единстве и взаимодействии со всеми элементами правовой действительности, особенно с юридической практикой и правосознанием, соответствующего иностранного государства, составляющими его единую правовую систему¹. Формулировка ч. 1 ст. 1191 соответствует Семейному кодексу РФ (ч. 1 ст. 166),

¹См.: Алексеев С. С. Указ. соч. Т. 1. С. 86—8

она почти в том же виде была закреплена в предшествующем законодательстве—в п. 1 ст. 157 Основ гражданского законодательства 1991 г. Это свидетельствует о ее признании. Кстати, подобный подход к пониманию подлежащего применению иностранного права всегда обосновывала российская наука международного частного права¹.

Устанавливая содержание норм иностранного права, подлежащего применению по предписанию российской коллизионной нормы, судья, разумеется, прежде всего обращается к официальным текстам законодательных актов соответствующего государства. Но сами по себе тексты недостаточны. Чтобы правильно применить правовые нормы для разрешения конкретного дела, их надо правильно осознать в контексте всей правовой системы данного государства. При этом судья не вправе руководствоваться своим правосознанием, которое вытекает из российского права и является его продолжением и которое ведет к ложному осознанию нормы иностранного права; он должен руководствоваться господствующим в данном иностранном государстве правосознанием. Вот почему суд, как предписывается ст. 1191 ГК, должен обратиться к официальному толкованию норм иностранного права (официальное — значит юридически обязательное; оно может содержаться в документах, принимаемых парламентом, правительством, в разъяснениях судебных органов и других актах), которое разъясняет содержание правовой нормы, исходя из господствующего правосознания.

Суд также может обратиться к доктрине иностранного государства. Доктрина — это частное мнение и частное правосознание автора. Однако в учебниках, в научных работах неизбежно отражаются и господствующее правосознание, и общепринятое толкование правовых норм. Очень часто учебники являются тем первичным материалом, с помощью которого судья знакомится с иностранным правом. И наконец, суд должен обратиться к практике применения норм права в соответствующем государстве. Значение практики для понимания права трудно переоценить: судебные решения раскрывают право «реальное», «живое», приспособленное к конкретным фактическим обстоятельствам.

Исходя из изложенного можно сделать вывод, что задача суда заключается в том, чтобы применить иностранное право так, как оно применяется у себя на родине. Иначе говоря, российский судья должен как бы встать на позиции, например, французского судьи и решить дело так, как решил бы его французский судья на ос-

¹ См., например: Луц Л. А. Международное частное право. М., 1970. С. 340—342; Богуславский М. М. Порядок применения и установления содержания иностранного права // Международное частное право. Современные проблемы. Кн. 2. М., 1993. С. 209.

нове французского права. Понятно, что это крайне трудная задача. Тем более что и практикой применения иностранного права наши суды не богаты. Такая практика существует при рассмотрении внешнеэкономических споров. Нельзя не отметить, что и в западных странах, где дела международного характера рассматриваются довольно часто, к применению иностранного права относятся настороженно. По признанию известного коллизониста Е. Рабеля, «национальные суды мира при всем том, что делает их гордостью своих стран, оказались не в состоянии содействовать формированию сколько-нибудь надежного комплекса коллизонных норм... Даже суды, известные своим уважением к иностранному праву в принципе, часто делают это от случая к случаю, в силу вежливости, а не подчиняясь юридической обязанности, нанося таким образом ущерб подлинному применению права, открывая простор непредсказуемой местной политике»¹.

6.2.2. Установление содержания иностранного права

Решение данной проблемы предполагает ответы на три вопроса: кто должен устанавливать содержание иностранного права, как установить его содержание и какие юридические последствия возникнут, если содержание иностранного права не будет установлено.

1. Правоприменительный процесс построен на постулате, что судья и другой правоприменительный орган знает свое право и его применяет. Но иностранное право судья не знает, не обязан знать и не может знать. Вот почему при применении иностранного права приобретает столь большое значение установление его содержания. Решение вопроса, кто обязан это делать, предопределяется общим подходом к пониманию иностранного права. Из рассмотренного выше концептуального подхода к пониманию иностранного права следует: 1) суд по должности — *ex officio* — обязан применить иностранное право; 2) суд применяет иностранное право как систему юридически обязательных предписаний (норм права); 3) отсюда логически следует, что суд по должности обязан установить содержание применяемого права. В ч. 1 ст. 1191 ГК это прямо закреплено: «При применении иностранного права суд... устанавливает содержание его норм...» Такой подход характерен для стран континентального права.

Страны англо-американского права исходят из принципиально иного отношения к иностранному праву и по-иному решают вопрос, кто обязан устанавливать его содержание.

Согласно англо-американской доктрине и практике суд применяет только свое собственное право, но он может признать

¹ См.: *Rabel E. International Tribunalas for Private Matters // Rabels Zeitschrift. 1986. Bd. 50. P. 324.*

субъективные права, возникшие под действием иностранного права. При этом иностранное право рассматривается как фактическое обстоятельство, которое наряду с другими фактическими обстоятельствами выступает доказательствами по делу. Представить суду доказательства обязаны стороны, отсюда все доказательства, связанные с содержанием норм иностранного права, под действием которых возникло спорное субъективное право, обязана представить заинтересованная сторона. Суд лишь оценивает представленные сторонами доказательства, в том числе и по поводу содержания конкретного правила иностранного права и обоснованности притязаний на основе этого правила. Следовательно, суд не применяет иностранное право как юридически обязательные предписания, а оперирует им как фактом по делу (as a fact).

Согласно классической английской доктрине «единственным законом, применяемым судьей, является закон места рассмотрения дела (lex fori)... Но ввиду наличия в деле иностранного элемента иностранный закон — это факт, который должен быть принят во внимание...»¹. Если вопрос об иностранном праве не поднимается заинтересованной стороной, то суд решает дело на основе английского права, даже «когда дело связано исключительно с каким-либо иностранным государством». Бремя доказывания содержания иностранного права лежит на той стороне, которая ссылается на иностранное право. «Таким образом, иностранное право считается вопросом факта, но это — вопрос факта особого рода»².

В российском праве, как уже было сказано, принципиально иная позиция по поводу иностранного права: суд по должности применяет иностранное право и по должности устанавливает его содержание. Вместе с тем закон разрешает сторонам представить документы, подтверждающие содержание соответствующих норм иностранного права: согласно абз. 2 п. 2 ст. 1191 «лица, участвующие в деле, могут 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». Но, во-первых, стороны не обязаны это делать, во-вторых, конечная оценка и осознание содержания норм иностранного права являются обязанностью суда.

Несколько иной подход к установлению содержания иностранного права предусмотрен в абз. 3 этого же пункта. Этот особый подход может применяться лишь к определенной категории

¹ См.: Чешир Дж., *Норт П.* Международное частное право / Пер. с англ. М., 1982. С. 24-25.

² См. там же. С. 149-150.

дел, а именно: по требованиям, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности. По таким делам «бремя доказывания содержания норм иностранного права может быть возложено судом на стороны». Если суд своим решением обяжет стороны представить доказательства содержания норм иностранного права, то это уже будет юридической обязанностью сторон. Суд перекладывает свою обязанность на стороны, но сохраняет за собой право оценить представленные доказательства. Обратим внимание, что данное правило сформулировано диспозитивно: суд *может* обязать стороны представить доказательства, но не обязан это делать. Данные правила воспроизведены в ст. 14 АПК 2002 г.

2. Установление содержания иностранного права — исключительно трудное дело, поэтому в ГК РФ (п. 2 ст. 119) дается примерный перечень организаций, которые могут оказать содействие суду. Такой же перечень присутствует и в ст. 166 СК РФ. Это Министерство юстиции РФ, иные компетентные органы или учреждения в России и за границей. Кроме того, суд может привлечь экспертов, воспользоваться помощью научно-исследовательских учреждений, дипломатических и консульских представительств за рубежом.

Еще в советское время существовала практика обращения судов и нотариальных контор для получения сведений об иностранном праве в Министерство юстиции. В свою очередь, Минюст может в установленном порядке запросить такие сведения в учреждении юстиции иностранного государства. Положением о Министерстве юстиции Российской Федерации, утвержденном Указом Президента от 2 августа 1999 г., осуществление обмена правовой информацией с иностранными государствами отнесено к основным функциям Министерства (подп. 20 п. б)¹.

Значительную роль в решении этой проблемы играют договоры об оказании правовой помощи, в которые часто включают правила о предоставлении информации о действующем праве. Так, Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенная между государствами СНГ в 1993 г., предусматривает, что центральные учреждения юстиции Договаривающихся Сторон по просьбе представляют друг другу сведения о действующем или действовавшем на их территориях внутреннем законодательстве и о практике его применения учреждениями юстиции (ст. 15). Аналогичные положения есть в договорах о правовой помощи с Албанией (ст. 15), Болгарией (ст. 15), Венгрией (ст. 12), Италией (ст. 15), Польшей (ст. 14), Финляндией (ст. 15), Югославией (ст. 14) и др.²

¹ СЗ РФ. 1999. № 32. Ст. 4043.

² См.: Сборник международных договоров, Российской Федерации по оказанию правовой помощи. М., 1996.

В 1968 г. под эгидой Совета Европы была заключена Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства. Она предусматривает специальный механизм, призванный облегчить процесс установления содержания иностранного права. Каждое договаривающееся государство создает на своей территории Специальный орган (его обязанности могут быть возложены на любую существующую организацию). В случае необходимости суды одного государства через Специальный орган своего государства обращаются в Специальный орган другого государства за информацией о его праве. Специальный орган либо сам готовит ответ, либо передает запрос в другой официальный орган, компетентный ответить на поставленные вопросы. Информация передается безвозмездно. Россия участвует в Конвенции с 13 мая 1991 г.

В европейских странах так же, как и в России, установление содержания иностранного права является обязанностью суда. При этом стороны, заинтересованные в применении иностранного права, также могут представлять информацию о его содержании. Так, по Гражданско-процессуальному кодексу Польши 1964 г. суд применяет иностранное право и устанавливает его содержание. При установлении содержания иностранного права суд вправе обратиться к министру юстиции с просьбой предоставить необходимую информацию или запросить заключение экспертов; заинтересованная сторона может также представить сведения об иностранном праве.

Более лаконично этот вопрос решен в австрийском Законе о международном частном праве 1978 г.: «...иностранное право устанавливается по долгу службы. Допустимыми подсобными средствами для этого являются: содействие сторон, справки Федерального Министерства юстиции и заключения экспертов» (§ 4)¹. Согласно швейцарскому Закону о международном частном праве также «содержание подлежащего применению иностранного права устанавливается по долгу службы» и к этому могут привлекаться стороны. Однако дополнительно предусматривается возможность перекладывания бремени доказывания на стороны: «По имущественно-правовым требованиям бремя доказывания может быть переложено на стороны» (ст. 16)².

Данная новелла не является императивной, но если суд примет такое решение, то стороны целиком будут нести ответствен-

1 См.: *Марышева Н. И.* Новые иностранные законы о международном частном праве /I ВНИИ советского законодательства. Законодательство зарубежных стран. Обзорная информация. М., 1987. Вып. 1. С. 16; Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 158.

2 См.: *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Международное частное право... С. 32.

ность за установление содержания иностранного права. Важно отметить, что право суда в определенных случаях возложить бремя доказывания содержания иностранного права на стороны воспринято ст. 1191 ГК РФ.

Таким образом, концепция, нашедшая отражение в праве многих государств, согласно которой содержание иностранного права устанавливается судом по должности, но заинтересованные стороны могут представить свои доказательства, в настоящее время является преобладающей.

3. Последний вопрос, связанный с установлением содержания иностранного права: какие юридические последствия могут возникнуть, если содержание иностранного права не будет установлено? Законы некоторых государств включают специальные предписания на этот случай. К числу таких государств следует отнести и Россию: если содержание норм иностранного права, несмотря на предпринятые меры, не установлено, то применяется российское право (п. 3 ст. 1191 ГК). Практически все государства, законодательно решающие рассматриваемый вопрос, в этой ситуации предписывают применение своего собственного права-*lex fori* (ст. 7 Закона о международном частном праве Польши; п. 3 § 5 Закона о международном частном праве Венгрии; § 4 Закона о международном частном праве Австрии; п. 2 ст. 16 Закона о международном частном праве Швейцарии и др.).

6.2.3. Применение и толкование иностранного права

Общий ответ на эти вопросы прямо вытекает из вышеизложенного—из концептуального подхода к пониманию иностранного права, из порядка установления его содержания. Выше был сделан вывод, что в России и в большинстве европейских государств подлежащее применению на основе собственных коллизионных норм иностранное право понимается не как фактическое обстоятельство по делу, а как система правовых норм, которая функционирует во взаимодействии всех факторов правовой действительности соответствующего иностранного государства, т. е. в рамках его правовой системы, и что нормы иностранного права применяются судом, который и обязан установить их содержание. Отсюда логически следует еще один вывод: *нормы иностранного права должны применяться так же, как они применяются «у себя на родине».* Поэтому толковаться эти нормы должны так, как они толкуются в стране своего происхождения. Судья, перед которым стоит задача решить дело на основе норм иностранного права, должен как бы встать на место иностранного судьи и решить дело так, как решил бы его иностранный судья, применяющий родные для него нормы права.

Так как последний вывод прямо следует из общеконцептуального подхода к иностранному праву, то действующее законода-

тельство редко содержит специальные нормы о порядке применения и толкования норм иностранного права. В качестве примера можно сослаться на Закон о международном частном праве Австрии 1978 г., согласно которому иностранное право подлежит применению так, как оно применяется в сфере действия страны происхождения (§ 3)¹. Пожалуй, наиболее точную формулировку содержит Гражданский кодекс Мексики 1988 г., согласно которому (п. 1 ст. 14) иностранное право применяется так, как его применил бы соответствующий иностранный судья².

Следовательно, иностранное право должно применяться и толковаться так, как оно применяется и толкуется в стране своего происхождения. На этом настаивала Постоянная палата международного правосудия еще в 1929 г. Рассматривая дела по сербским и по бразильским займам, Палата применила соответственно право Сербии и Бразилии. При этом Палата подтвердила правило, согласно которому при применении внутреннего права определенного государства не должно быть никаких сомнений в том, что оно должно применяться так, как оно применяется в соответствующем государстве³. Любой вопрос, который может возникнуть в процессе применения иностранного права, должен решаться согласно этому праву. Однако существует несколько особых вопросов, связанных с применением иностранного права, которые требуют специального рассмотрения. Среди них: *интерлокальные коллизии, интертемпоральные коллизии, взаимность, применение права непризнанного государства*.

Интерлокальные коллизии. Они связаны с наличием государств, в которых существуют административно-территориальные единицы с самостоятельными подсистемами права. Обычно это государства с федеративным устройством, субъекты которого имеют свои отличающиеся по содержанию системы частного права. Наиболее показательным является право США, каждый штат которых имеет свое право, сложившееся из собственных судебных прецедентов и принимаемых им законов. В результате возникают коллизии между правом разных штатов, именуемые межштатными коллизиями.

В прошлом существовал вопрос о коллизии законов республик в составе СССР. Они назывались межреспубликанскими коллизиями. Их разрешение предусматривалось в ст. 8 Основ 1991 г. Как межштатные, так и межреспубликанские коллизии (или ана-

¹ См.: *Марышева Н. И.* Новые иностранные законы о международном частном праве... С. 17; *Международное частное право. Иностранное законодательство...* С. 158.

² См.: *Международное частное право. Иностранное законодательство...* С. 430.

³ См.: PCIJ. Sen A20 (1929). P. 41, 53. Ser. 21 (1929). P. 121.

логичные коллизии в других государствах) возникают в пределах права одного государства, поэтому они являются внутренними, или межобластными, коллизиями в отличие от международных коллизий, которые возникают между правом разных государств и разрешение которых является основной задачей международно-частного права.

Практически проблема интерлокальных коллизий в процессе правовой регламентации частноправовых отношений международного характера возникает тогда, когда при разрешении коллизии между правом разных государств избрано право государства, в котором существуют административно-территориальные образования со своими подсистемами права. В этом случае возникает дополнительный вопрос, право какого территориального образования нужно применить? Современная практика и доктрина дает однозначный ответ: этот вопрос может решить только право того государства, которое избрано. Как уже неоднократно подчеркивалось, выбор права конкретного государства означает выбор системы права этого государства в целом, и поэтому любой вопрос, связанный с применением иностранного права, должен решаться с позиции самого иностранного права. Из таких же позиций исходит законодательство тех государств, которые обращаются к решению этого вопроса.

Например, ст. 5 польского Закона о международном частном праве 1965 г.: «Если в государстве, закон которого должен применяться, действует разная система права, то закон этого государства определяет, какая система должна быть применена». Весьма сходно с предписанием польского Закона правило § 5 Закона о международном частном праве Австрии 1978 г.: «Если иностранный правопорядок состоит из нескольких отдельных правопорядков, применяется тот из них, на который указывают содержащиеся в иностранном правопорядке правила. При отсутствии таких правил применяется тот правопорядок, с которым имеется наиболее тесная связь»¹. В данной норме австрийского Закона представляет интерес последнее положение, предусмотренное на тот случай, если не удалось установить, какая из подсистем иностранного права должна быть применена. Этот случай решается в плане общей тенденции развития международного частного права в конце XX в., связанной с применением коллизионного принципа наиболее тесной связи (*Proper Law*). Аналогично вопрос решен в Вводном законе к ГГУ (п. 3 ст. 4)².

¹ См.: *Марышева Н. И.* Новые иностранные законы о международном частном праве... С. 13; *Международное частное право. Иностранное законодательство...* С. 158—159.

² См.: *Дмитриева Г. К. Филимонова М. В.* Международное частное право... С. 33.

С таких же позиций впервые в российской практике решает данную проблему Гражданский кодекс. Ранее возможность ее разрешения рассматривалась только доктринально. В новый разд. VI ГК включена отдельная статья, которая называется «Применение права с множественностью правовых систем» (ст. 1188). Она устанавливает два правила: 1) в случае, когда подлежит применению право страны, в которой действуют несколько правовых систем, применяется правовая система, определяемая в соответствии с правом этой страны; 2) если невозможно определить в соответствии с правом этой страны, какая из правовых систем подлежит применению, применяется правовая система, с которой отношение наиболее тесно связано.

Следовательно, решение этой частной проблемы непосредственно вытекает из общего подхода к иностранному праву. Если суд должен применять избранное иностранное право так, как оно применяется у себя на родине, то и вопрос, какую из подсистем иностранного права нужно применить, должно решить само иностранное право. Если невозможно определить такую правовую систему, то применяется правовая система, с которой отношение наиболее тесно связано. Как видим, Гражданский кодекс учел тенденции современного международного частного права, предусмотрев применение закона наиболее тесной связи. Вариантом интерлокальных коллизий являются интерперсональные коллизии. Существуют государства, в которых действуют достаточно обособленные подсистемы права для определенного круга лиц, объединенных либо по критерию принадлежности к той или иной религии (например, мусульманской, индуистской, иудаистской в странах Востока), либо по критерию принадлежности к той или иной цивилизации (например, кодифицированное право для европейцев—чаще всего право бывшей метрополии —и обычное право разных племен для туземцев в странах Экваториальной Африки) и т. д.¹ Между подобными подсистемами права возникают многочисленные коллизии, которые и называют *интерперсональными*. По мере развития и совершенствования права стран Азии и Африки острота интерперсональных коллизий уменьшается, но они продолжают существовать.

С позиции международного частного права *интерперсональные* коллизии решаются так же, как и *интерлокальные*. Интерперсональные коллизии возникают в пределах одного государства, и их разрешение является внутренним делом этого государства. При регламентации частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, проблема интерперсональных коллизий может возникнуть только тогда, когда своя отечественная коллизи-

¹ См.: *Иссад М.* Международное частное право / Пер. с фран. М., 1989. С. 75—77; *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. С. 25—28.

онная норма выбирает право государства, в котором существуют различные персональные подсистемы права. Российский суд или другой правоприменительный орган обязан применить иностранное право так, как оно применяется у себя на родине. Следовательно, само иностранное право должно ответить на вопрос, какая из действующих в нем персональных подсистем права должна быть применена.

Рассмотренные выше законы предусматривают общий порядок применения иностранного права с различными подсистемами права независимо от того, являются ли такие подсистемы территориальными или персональными. Обращает на себя внимание, что ст. 1188 ГК РФ также предусматривает общий порядок применения иностранного права с множественностью правовых систем независимо от того, являются такие подсистемы территориальными или персональными. Для решения интерперсональных коллизий особо важное значение имеет предусмотренная данной статьей дополнительная возможность выбрать соответствующую систему по принципу наиболее тесной связи, так как на практике далеко не всегда можно с достоверностью разобраться в особенностях права государств, где существуют персональные системы права.

Интертемпоральные коллизии означают коллизии, возникающие из наличия разновременно принятых в одном государстве правовых норм, предусматривающих регулирование одних и тех же частноправовых отношений. Это проблема внутреннего права каждого государства и в общей теории права называется действием закона во времени.

В международном частном праве проблема действия законов во времени возникает тогда, когда отечественная коллизионная норма отсылает для правовой регламентации конкретного частноправового отношения к иностранному праву, в котором по данному отношению существуют два разновременно изданных закона (например, в момент возникновения отношения действовал один закон, а в момент рассмотрения дела действует другой закон). Эта проблема разрешается на тех же началах, которые используются при решении «интерлокальных» коллизий. Коллизионная норма, отсылающая к иностранному праву, отсылает к системе этого права в целом, включая и те специальные правовые установления, которые указывают, какой из разновременно изданных законов подлежит применению.

Так, если российская коллизионная норма о применении к наследственным отношениям права последнего постоянного места жительства наследодателя, который проживал на территории ГДР, отошлет к немецкому праву, то неизбежно возникнет вопрос о применении к этим отношениям либо ранее действующих законов ГДР, либо германского Гражданского уложения. От-

ссылка к немецкому праву будет означать и отсылку к Вводному закону к ГГУ, содержащему специальную главу (ч. 6 Вводного закона), которая устанавливает переходное право в связи с введением Гражданского уложения на территории бывшей ГДР. Только правила, предусмотренные в этой главе, компетентны ответить на возникший вопрос. Согласно ч. 1 § 1 ст. 235 прежнее право, т. е. право ГДР, продолжает применяться только тогда, когда наследодатель умер до вступления в силу Акта присоединения.

Взаимность. Категория взаимности играет большую роль в международном частном праве. Особенно велика ее роль при определении правового положения иностранных физических и юридических лиц, при правовом регулировании иностранных инвестиций, отношений, связанных с интеллектуальной собственностью, а также в сфере международного гражданского и арбитражного процесса. Все аспекты, связанные с категорией взаимности в этих сферах, будут рассмотрены в соответствующих главах настоящего учебника.

Вместе с тем взаимность играет и более общую, принципиальную роль в международном частном праве, связанную с признанием и применением иностранного права. Вопрос стоит так: должны ли российские суды признавать и применять иностранное право, если в этом иностранном государстве не признается и не применяется российское право. Иначе говоря, является ли наличие взаимности обязательным условием применения иностранного права или иностранное право применяется в силу юридически обязательного предписания отечественной коллизионной нормы?

Уважительное отношение к иностранному праву, его признание и применение бесспорно способствует обеспечению применения собственных законов иностранными судами. И в этом плане взаимность играет важную роль в стимулировании государства к применению иностранного права. Но это реальное, фактическое положение дел. *С точки же зрения права юридическая обязательность применения иностранных законов не должна зависеть от взаимности.* Такая позиция преобладает в теории и практике международного частного права¹.

Законодательство государств, как правило, не содержит общих норм о взаимности. Примером, где этот вопрос решен, может быть венгерский Закон о международном частном праве 1979 г., § 6 которого устанавливает, что применение иностранного закона если нормативный акт не предусматривает иного, не зависит от взаимности; если применение иностранного закона поставлено в зависимость от взаимности, то до тех пор, пока не доказано противоположное, следует считать, что взаимность существует;

¹ См.: Международное частное право. Современные проблемы. Кн. 2. М., 1993. С. 181.

если требуется взаимность, то о существовании или об отсутствии взаимности министр юстиции выдает обязательную для правоприменительного органа справку¹.

Впервые в российское международное частное право включена специальная ст. 1189 ГК, регламентирующая действие взаимности в качестве общего начала нашего права, которое должно соблюдаться при разрешении любой коллизии права в сфере гражданско-правовых отношений международного характера.

Статья содержит три взаимосвязанных правила, определяющих принципиальное отношение к взаимности в российском международном частном праве: 1) применение иностранного закона не зависит от взаимности (это правило можно рассматривать как принцип международного частного права). Применение иностранного права обусловлено только предписанием отечественной коллизионной нормы; 2) соблюдение взаимности может быть предусмотрено отдельными законами, и тогда норма иностранного права должна применяться только при наличии взаимности. Примером может быть ст. 36 Патентного закона Российской Федерации 1992 г., согласно которой «иностранцы пользуются правами, предусмотренными настоящим Законом, наравне с физическими и юридическими лицами Российской Федерации... на основании принципа взаимности»; 3) если применение нормы иностранного права поставлено в зависимость от взаимности, то считается, что взаимность существует до тех пор, пока не будет доказано обратное (презумпция наличия взаимности).

Иначе говоря, если решение конкретного вопроса российский закон связывает с наличием взаимности, суд должен решать этот вопрос, исходя из того, что взаимность существует. В каждом конкретном случае суд не обязан выяснять, существует ли взаимность. Вопрос об отсутствии взаимности может быть поставлен стороной в качестве основания для отказа в применении иностранного права либо отказа в признании субъективных прав иностранца со ссылкой на определенные обстоятельства. Вопрос о взаимности может быть поставлен и судом, если у него существуют какие-то сомнения о ее наличии. В этих и других подобных случаях необходимо доказать отсутствие взаимности.

Нельзя не отметить, что Гражданский кодекс, устанавливая, что взаимность существует, пока не будет доказано иное, не решает вопрос, кто и каким образом будет доказывать отсутствие взаимности в иностранном государстве. Для сравнения можно обратиться к венгерскому Закону о международном частном праве 1979 г., в котором также презумируется наличие взаимности, пока

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Международное частное право... С. 29.

не будет доказано обратное. Вместе с тем в § 6 содержится правило, имеющее серьезное практическое значение: если требуется взаимность, то о существовании или об отсутствии взаимности министр юстиции выдает обязательную для правоприменительного органа справку.

Видимо, этот вопрос в нашей практике следует решать через ст. 1191 ГК: поскольку для установления содержания иностранного права суд может обращаться в Министерство юстиции и иные компетентные органы или организации в Российской Федерации и за границей, постольку в эти же органы суд может обратиться за подтверждением взаимности.

Применение права непризнанного государства. В дипломатической и судебной практике нередко возникает вопрос о применении законов непризнанного государства или государства с непризнаваемым правительством. Известно немало судебных решений, исходящих из того, что непризнанное государство юридически не существует и потому его законы не подлежат применению. Такого рода решения были основаны на конститутивной теории признания, согласно которой признание делает государство субъектом международного права. Эта теория ушла в прошлое. Ныне считается, что международно-правовая субъектность государства не зависит от дипломатического признания и, следовательно, оснований для дискриминации непризнанного государства в международном праве нет.

В начале данной главы подчеркивалось, что применение иностранного права осуществляется в рамках национального права и в соответствии с общепризнанными нормами международного права. Поэтому общий вывод по рассматриваемому вопросу сводится к следующему: *поскольку отечественные коллизионные нормы, которые являются единственным юридическим основанием применения иностранного права, не содержат ограничений в отношении права непризнанного государства и современное международное право не предусматривает никаких дискриминационных положений в отношении непризнанного государства, то применение иностранных законов не должно ставиться в зависимость от признания этого иностранного государства.*

6.2.4. Ограничение применения иностранного права

Оговорка о публичном порядке. До сих пор речь шла о юридической обязательности в предусмотренных законом случаях применить иностранное право, причем так, как оно применяется в своей собственной стране. Но это только одна правда. Иностранное право применяется не в правовом вакууме, а в государстве, где существует собственный правовой порядок, что неизбежно влияет на результат. *Применяемые нормы иностранного права не должны нарушать основополагающие принципы местного правового порядка* — это твердо установившийся принцип международного частного права. Национальное

право допускает применение иностранного права, устанавливает порядок его применения и одновременно очерчивает допустимые границы его применения на своей территории. Этой цели служит особый институт международного частного права, называемый «оговорка о публичном порядке» (*ordre public* или *public policy*).

Оговорка о публичном порядке является общепризнанным институтом международного частного права. Она играет важную роль в механизме регулирования частноправовых отношений международного характера. Коллизионная норма сформулирована таким образом, что она может выбрать право любого существующего в мире государства, и потому невозможно предусмотреть все последствия такого выбора. Коллизионная норма — это своеобразный скачок в неизвестность.

При этом обычно вспоминают мусульманское право, многие нормы которого, являясь выражением религиозных догм шариата, противоречат европейским правовым традициям, и российским в том числе. Например: право мужчины на полигамный брак, чрезмерно низкий брачный возраст невесты (9 лет в Йемене), выкуп за невесту, ничем не ограниченное право мужа на расторжение брака без каких-либо формальностей (достаточно произнести: «Я тебя отвергаю») и пр. Но проблемы могут возникнуть и при отсылке российских коллизионных норм к европейскому праву. По законам ряда европейских государств женщина не имеет права вступать в брак в течение определенного периода (10 месяцев или 300 дней) после развода или после смерти мужа. Поскольку условия брака по российской коллизионной норме определяются по национальному закону брачующихся, то российские органы ЗАГС формально юридически обязаны отказать в регистрации такого брака, применив иностранную норму права, противоречащую конституционному принципу равноправия мужчин и женщин.

Для того чтобы предотвратить наступление возможных негативных последствий применения избранного на основании собственной коллизионной нормы иностранного права, применяется оговорка о публичном порядке. В самом общем виде она означает: *избранное на основе отечественной коллизионной нормы иностранное право не применяется, и субъективные права, возникшие под действием иностранного права, не получают защиты, если такое применение или такая защита противоречат публичному порядку данного государства*. Всеобщее признание оговорки о публичном порядке объясняется ее необходимостью для защиты основ правовой системы, интересов общества и государства. «Публичный порядок» — это устой правовой системы и коренные интересы общества и государства, основы их морали.

¹ См.: Мусульманское право. М., 1984. С. 120 и след.

Оговорка о публичном порядке известна в международном частном праве давно. Начало этому институту положила голландская школа международного частного права в XVII в. Голландский коллизιονист Ульрик Губер утверждал, что все законы носят чисто территориальный характер и потому иностранные законы на территории Голландии не применяются. Однако в исключительных случаях в силу «международной вежливости» (*comitas gentium*) допускается признание действия иностранного закона, но только если такое признание не умаляет суверенитет голландских провинций и прав их граждан (эти положения были поддержаны и развиты в работах другого голландского коллизιονиста того же периода Иоганнеса Вута)¹. Впоследствии представление об оговорке о публичном порядке совершенствовалось, но суть осталась неизменной.

Сегодня оговорка рассматривается как один из основополагающих принципов международного частного права. Она закреплена в законодательстве многих государств, в международных договорах, применяется судами в том числе и тех государств, чье законодательство не содержит ее прямого закрепления. Одновременно оговорка о публичном порядке переместилась и в гражданское процессуальное право, в ту его часть, которая регламентирует особенности рассмотрения гражданско-правовых споров с участием иностранного элемента и которая называется международным гражданским процессом. В частности, она применяется при исполнении иностранных судебных поручений и при признании и исполнении иностранных судебных и арбитражных решений.

Мировой практике известны два вида оговорки о публичном порядке: *позитивная* и *негативная*. Позитивная оговорка сложилась во Франции, где ее понимают как определенную совокупность норм французского права, в которых заинтересован «публичный порядок и добрые нравы» (ст. 6 ГК Франции) и которые устраняют применение норм иностранного права (такая же формулировка закреплена в ст. 24 ГК Алжира). Исходя из французской практики сложилась *общая концепция позитивной оговорки о публичном порядке как некоторой совокупности внутренних норм права, которые в силу особой, принципиальной важности (иногда говорят о высшей степени когентности) для защиты общественных и моральных устоев данного государства должны применяться всегда, даже если отечественная коллизιονная норма отошлет к иностранному праву*. Отсюда название «позитивная»: она исходит из того, что какие-то принципы и нормы национального права имеют особое, позитивное значение для государства.

Правда, ни французское право, ни доктрина, ни французская практика, которая обращалась к оговорке очень широко, не сфор-

мулировали перечень законов или отдельных норм, которые составляют французский публичный порядок. Чаще всего к оговорке обращались при рассмотрении вопросов, связанных с защитой частной собственности (особенно по отношению к советским законам и законам других государств о национализации частной собственности), с гражданским состоянием лица (правовое положение внебрачных детей, усыновленных, положение замужних женщин), с ответственностью за умышленное причинение вреда и др.¹ Практика свидетельствует, что позиция французского суда в аналогичных обстоятельствах может меняться в зависимости от конкретных условий и интересов².

*Негативная оговорка в отличие от позитивной исходит из со-
держания иностранного права: иностранное право, которое следует
применить по предписанию национальной коллизионной нормы, не
должно применяться, так как оно или его отдельные нормы несо-
вместимы с публичным порядком этого государства.* Негативная форма оговорки преобладает в международном частном праве, она закреплена в законах многих государств³. При этом используются похожие формулировки «публичного порядка».

¹ Подробнее об этом см.: *Луц Л. А.* Международное частное право. М., 1970. С. 270-274.

² В этом плане представляет интерес дело, рассмотренное в 1954 г. парижским судом о вилдикации нескольких картин Пикассо, вывезенных из СССР для экспозиции во французских музеях, по иску дочери С. Щукина, которому принадлежала известная Художественная галерея, национализированная советским правительством. Семья Щукиных эмигрировала и проживала во Франции. К этому времени сам С. И. Щукин умер, и его дочь Екатерина Щукина-Келлер как наследница обратилась с иском об истребовании картин, принадлежащих ее отцу. Рассматривая судебную практику ряда стран по делам, связанным с советской национализацией, Л. А. Луц отмечает, что иногда в судах признавались советские декреты о национализации. Позиция же французских судов была однозначной — со ссылкой на публичный порядок они не признавались. Лишь в судебном решении 1954 г. суд отошел от своей практики и признал советский закон о национализации и в иске Е. Щукиной отказал (см.: *Луц Л. А.* Международное частное право. М., 1970. С. 279 и след.). Объясняется это наметившимся улучшением советско-французских отношений, в чем были заинтересованы обе страны. Учитывая это, французский суд не применил оговорку, указав, что французский публичный порядок не был задет в такой мере, чтобы требовалось принятие срочных мер, ибо картины были приобретены долгое время тому назад иностранным сувереном от его собственных граждан на его собственной территории и в соответствии с законами страны (*Луц Л. А.* Указ. соч. С. 274). Данное решение не помешало впоследствии французскому суду вновь обращаться к оговорке о публичном порядке при применении законов о национализации других стран (*Луц Л. А.* Указ. соч. С. 287).

³ В англо-американской практике применяется оговорка о публичном порядке в негативной форме. Она играет заметную роль при разрешении дел, осложненных иностранным элементом (см.: *Корецкий В. М.* Избранные труды. Т. 1. Киев, 1989. С. 236 и ел.; *Чешир Дж., Норт П.* Указ. соч. С. 117 и след.).

Чаще всего используется формулировка «основы правопорядка». Например, согласно § 6 австрийского Закона о международном частном праве 1978 г. «норма иностранного права не подлежит применению, если ее применение привело бы к результату, не совместимому с основами австрийского правопорядка». Аналогичные формулировки закреплены в ст. 5 турецкого Закона о международном частном праве 1982 г., в ст. 17 швейцарского Закона о международном частном праве 1987 г. Используется также формулировка «основные принципы» правопорядка, права или законодательства: «основные принципы правопорядка» — ст. 6 польского Закона о международном частном праве 1965 г., «основные принципы германского права» — ст. 6 Вводного закона к ГГУ, «основные принципы законодательства» — ст. 828 вьетнамского Гражданского кодекса 1995 г. В Китае под публичным порядком понимают «общественные интересы КНР» (ст. 150 Общих положений гражданского права 1986 г., ст. 5 Закона о международных хозяйственных договорах 1985 г.); в венгерском Законе о международном частном праве 1979 г. используется формула «венгерский публичный порядок» (§ 7).

Приведенные формулировки свидетельствуют о том, что ни в одной стране, где законодательно предусмотрено применение оговорки о публичном порядке, не дается детальное определение «публичного порядка»: либо используется формулировка «публичный порядок» без каких-либо разъяснений, либо даются самые общие ориентиры в виде указания об основных принципах права, об основах правопорядка.

Негативная оговорка о публичном порядке, несмотря на свою распространенность, так же, как и позитивная, не имеет четко очерченного содержания. Видимо, законодатели самых разных стран не без оснований исходят из того, что детальное определение в праве понятия «публичный порядок» едва ли возможно. Слишком оно многогранно и зависит от конкретных условий. В результате центр тяжести переносится на правоприменительную деятельность судов, справиться с которой помогают накопленный мировой опыт применения оговорки и высокая квалификация судей.

Оговорка о публичном порядке играет принципиальную роль и в российском Международном частном праве. Она была закреплена в предыдущем законодательстве — в Основах 1991 г. (ст. 158), она предусмотрена в Семейном кодексе РФ (ст. 167), а также в ряде актов по гражданскому и арбитражному процессу, например в п. 1 ст. 412 ГПК РФ.

Как принципиальный институт российского международного частного права оговорка о публичном порядке сохраняет свое важное место и в разд. VI Гражданского кодекса. Она закреплена в ст. 1193: «Норма иностранного права, подлежащая применению

в соответствии с правилами настоящего раздела, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации».

Российские законы используют три формулы оговорки о публичном порядке.

Первая формула — «*основы правопорядка*» — закреплена в частноправовых законах. Например, согласно ст. 167 СК РФ «Нормы иностранного права не применяются в случае, если такое применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации». Эта же формула содержалась в ст. 158 Основ 1991 г. Она сохранена и в ст. 1193 ГК.

Вторая формула — «*суверенитет и безопасность*» — используется в процессуальных актах. Например, подп. 5 п. 1 ст. 412 ГПК РФ устанавливает, что российские суды не исполняют решения иностранных судов, если их исполнение «может нанести ущерб суверенитету Российской Федерации или угрожает безопасности Российской Федерации или противоречит публичному порядку Российской Федерации». Она повторена в п. 2 ст. 407 ГПК РФ о судебных поручениях.

Третья формула — «*публичный порядок*» — получила закрепление в Законе о международном коммерческом арбитраже 1993 г. (п. 2 ст. 34 и п. 2 ст. 36) и в Арбитражном процессуальном кодексе 2002 г. (подп. 7 п. 1 ст. 244) в качестве основания для отказа в признании и исполнении решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения.

Как видим, и в российском праве либо вообще не раскрывается понятие публичного порядка, либо используется лишь ориентировочная формулировка «основы правопорядка», которая сама нуждается в расшифровке. Главные элементы понятия публичного порядка раскрываются в литературе с учетом судебной практики.

Несмотря на различные подходы к представлению о публичном порядке в судебной практике разных государств и различные взгляды конкретных авторов, можно выделить те элементы, которые чаще всего включаются в его содержание: во-первых, это основополагающие принципы национального права соответствующего государства¹; во-вторых, это нормы морали и справедливо-

¹ По мнению советского юриста-международника Л. А. Алексидзе, речь идет о совокупности императивных норм, составляющих «костяк существующего в данном обществе правопорядка» (см.: Алексидзе Л. А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы JUS COGENS. Тбилиси, 1982. С. 215); по мнению немецкого юриста Л. Раапе, это особые, обладающие высшей силой, нормы права, которые имеют принципиальное значение для государства и его граждан (см.: Раапе Л. Международное частное право / Пер. с нем. М., 1960. С. 102—103).

сти¹; в-третьих, коренные интересы государства или его членов². В последнее время в связи с возрастающим влиянием международного права на национально-правовую сферу в «публичный порядок» включается четвертый элемент — общепризнанные принципы и нормы международного права, особенно нормы о правах человека.

Исходя из вышеизложенного есть все основания полагать, что понятие «основы правопорядка (публичный порядок) Российской Федерации» включает четыре взаимосвязанных основных элемента: 1) *основополагающие, фундаментальные принципы российского права, прежде всего конституционные, частноправовые и гражданско-процессуальные*; 2) *общепринятые принципы морали, на которые опирается российский правопорядок*; 3) *законные интересы российских граждан и юридических лиц, российского общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны*; 4) *общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью российской правовой системы, включая международно-правовые стандарты прав человека*.

Еще в советское время был сделан вывод о том, что применение оговорок о публичном порядке в советской практике — крайне редкое явление, так как в интересах развития сотрудничества СССР со всеми государствами независимо от их социально-экономического строя ее применение может быть лишь исключением. Отсутствием отечественной практики объясняется то, почему наши авторы вынуждены раскрывать содержание этого института, опираясь

¹ При обосновании применения оговорки о публичном порядке нарушением норм морали и справедливости, часто ссылаются на господствующие в собственном обществе представления о них. Так, английские юристы Чешир и Норт отмечают применение оговорки в случаях, «когда игнорируются фундаментальные концепции справедливости в ее английском понимании» и «когда нарушаются английские концепции морали» (см.: Указ. соч. С. 181); в германской юриспруденции подчеркиваются «основные нравственные воззрения немецкого народа» (см.: *Paane Л.* Указ. соч. С. 101). По мнению Л. А. Алексидзе, это «руководящие морально-политические принципы, не закрепленные юридически, но вытекающие из смысла правовой системы и социального строя, который она защищает» (см.: Указ. соч. С. 215). Отметим, что в американской судебной практике преобладают ссылки не на национальные, а на общие представления о морали и справедливости: оговорка применяется в случаях «нанесения ущерба морали цивилизованного общества» (иными словами, общепризнанным нормам морали) или «явной несправедливости в отношении государства и его членов» (см.: *Корецкий В. М.* Указ. соч. С. 241—242).

² В американской практике оговорку о публичном порядке применяют для предотвращения «причинения вреда государству и его членам» (см. *Корецкий В. М.* Указ. соч. С. 242), а в широко известном американском издании «Black's Law Dictionary» прямо говорится об «игнорировании интересов государства» (см.: *Black's Law Dictionary*. St. Paul, 1983. P. 603); в английской практике — для предотвращения нанесения ущерба интересам государства или его добрым отношениям с иностранными государствами (см.: *Чешир Дж., Норт П.* Указ. соч. С. 181).

на иностранную судебную практику. Однако объяснение отсутствия отечественной практики одним лишь стремлением развивать сотрудничество со всеми государствами явно недостаточно. Наши отечественные коллизионные нормы до вступления в силу Основ 1991 г. (они вступили в силу в 1992 г.) и особенно до принятия нового российского Семейного кодекса 1995 г. были сформулированы таким образом, что почти полностью исключали выбор иностранного права, а значит, и саму постановку вопроса об оговорке о публичном порядке.

Ситуация резко меняется в наше время¹. В соответствии с новыми коллизионными нормами Семейного кодекса 1995 г., Кодекса торгового мореплавания 1999 г. и особенно с принятием ч. 3 ГК наши суды, не только арбитражные, но и общей юрисдикции, все чаще будут встречаться с иностранным правом. Тем не менее сложившаяся ранее общая оценка оговорки о публичном порядке как явления исключительного нашла прямое закрепление в Гражданском кодексе. В ст. 1193 подчеркивается, что неприменение норм иностранного права на основании нарушения публичного порядка возможно только в «исключительных случаях». Это указание требует от суда серьезного обоснования в каждом случае необходимости применения оговорки о публичном порядке. В новой ситуации суды неизбежно будут обращаться к оговорке о публичном порядке и уже обращаются как к предохранителю нашей правовой системы от негативных последствий применения иностранного права. При этом суды вправе опираться на представления о содержании публичного порядка, сложившиеся в мировой практике.

Таким образом, опыт разных государств, в том числе нашего государства, свидетельствует о том, что законодатель, отдавая должное значению нормы о публичном порядке, ограничивается самым общим определением публичного порядка. Тем не менее современное законодательство стремится сформулировать ограничители применения оговорки о публичном порядке.

Во-первых, обращение к оговорке о публичном порядке обусловливается не противоречием самих иностранных норм права основам отечественного правопорядка, а *последствием их применения*: суд вправе применить оговорку только тогда, когда применение норм иностранного права может привести к результату, нарушающему публичный порядок. Этот аспект присутствует во всех рассмотренных выше законах разных стран, включая ст. 158 Основ 1991 г. и ст. 167 СК РФ. Но особенно четко он зафиксирован в австрийском Законе: норма иностранного права не подлежит

¹ Это не осталось незамеченным в нашей науке, и появились работы, стремящиеся осмыслить институт оговорки о публичном порядке на основе новых российских юридических реалий (см.: Белов Л. П. Публичный порядок: законодательство, доктрина, судебная практика // Право и экономика. 1996. №19—20; Монастырский Ю. Э. Понятие «Ordre Public» в международном частном праве // Российский ежегодник международного права. 1996—1997. СПб., 1998).

применению, «если ее применение привело бы к результату, несовместимому с основами австрийского правопорядка» (§ 6).

Объективное содержание нормы иностранного права и результат ее применения в конкретных условиях могут не совпадать. Классический пример с мусульманским правом, разрешающим полигамию. Сама по себе норма о полигамии противоречит основам российского правопорядка: конституционному принципу равноправия мужчин и женщин, принципу единобрачия семейного права. Иностранец, вступающий в брак на территории России, не может рассчитывать на регистрацию брака, если он уже состоит в браке, хотя его национальный закон разрешает такой брак (ст. 156 СК РФ отсылает к закону гражданства лица, вступающего в брак). Совсем по-другому будет решен вопрос о взыскании алиментов на содержание ребенка, рожденного в полигамном браке. В этом случае результат применения иностранной нормы права, признающей полигамный брак законным, а значит, ребенка от такого брака — законнорожденным, не нарушает основ правопорядка. Признание права ребенка на содержание со стороны его родителей прямо соответствует одному из основополагающих принципов всесторонней защиты прав и интересов ребенка.

В соответствии со сложившейся российской доктриной и мировой практикой ст. 1193 Гражданского кодекса РФ делает акцент на результатах, последствиях применения иностранного права, которые несовместимы с нашим правопорядком: норма иностранного права неприменяется, «когда *последствия ее применения*» несовместимы с российским правопорядком.

В этом плане показательное дело, рассмотренное Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда РФ об отмене решения МКАС при ТПП РФ. При рассмотрении жалобы был поднят вопрос о противоречии указанного решения публичному порядку Российской Федерации. Определением от 25 сентября 1998 г. Судебная коллегия указала на следующие моменты: 1) обоснование вынесенного третейским судом решения нормами российского права «вообще исключает возможность ссылки на нарушение публичного порядка, поскольку применение норм национального российского права не может трактоваться как нарушение публичного порядка Российской Федерации»; 2) «содержание понятия «публичный порядок Российской Федерации» не совпадает с содержанием национального законодательства Российской Федерации. Поскольку законодательство Российской Федерации допускает применение норм иностранного государства, наличие принципиального различия между российским законом и законом другого государства само по себе не может быть основанием для применения оговорки о публичном порядке».

Во-вторых, суд вправе обратиться к оговорке о публичном порядке, если применение иностранного права *явно не совместимо* с национальным правопорядком. Это новый ограничитель. Впервые такая формула была закреплена в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., затем была использована в универсальной Гаагской конвенции о праве, примени-

мом к договорам международной купли-продажи, 1986 г. (ст. 18). Она была воспринята внутренним правом. Характерна ст. 6 Вводного закона к ПГУ, так как в ней подчеркиваются и «результат применения», и «явная несовместимость»: норма иностранного права не применяется, «если ее применение ведет к результату, который явно несовместим с основными принципами германского права». Требование «явной несовместимости» обязывает суд доказать, что существует несовместимость без всяких сомнений, и тем самым исключает широкое применение оговорки о публичном порядке.

Складывающийся новый мировой опыт нашел отражение в Гражданском кодексе РФ. В сформулированном в нем положении об оговорке о публичном порядке также делается акцент на явную несовместимость: норма иностранного права не применяется, «когда последствия ее применения явно противоречили бы» основам российского правопорядка.

В-третьих, законы ряда государств, в том числе России, дополнительно содержат указание на то, что отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан лишь на отличии правовой, политической или экономической системы иностранного государства от собственной системы (ч. 2 ст. 1193 ГК РФ). В Основах 1991 г. (ст. 158) говорилось лишь об отличиях политической и экономической систем. Впервые данный ограничитель применения оговорки о публичном порядке был введен в § 7 венгерского Закона о международном частном праве 1979 г.: «В применении иностранного права не может быть отказано только на том основании, что общественно-экономический строй иностранного государства отличается от венгерского».

Появление такого указания было связано с распространенной в прошлом практикой многих государств, направленной на неприменение основанного на чуждом им социально-экономическом строе советского права, а затем и права других социалистических государств¹. Закрепление такого указания было направле-

¹ Показательно решение Верховного суда штата Калифорния, принятое в 1966 г. по наследственному делу. В суде рассматривалось дело о признании прав советского гражданина на наследственное имущество, находившееся в Калифорнии. По американскому праву за иностранцами признаются наследственные права на условиях взаимности, т. е. если на территории соответствующего иностранного государства признаются права американских граждан на наследование находящегося там имущества. Этот вопрос и обсуждался в суде. Было отмечено, что суд «не может найти ни одного случая, когда бы Советский Союз отрицал равенство наследственных прав граждан Соединенных Штатов или каких-либо иных иностранцев». Казалось бы, взаимность налицо. Однако суд занял позицию, «согласно которой никакое количество доказательств относительно советского права и практики в области наследования иностранцев не может быть достаточным для установления взаимности, требуемой нашим законом, так как структура советского правления и его приверженность философии коммунизма делают бессодержательными разговоры о наследственных правах в советских условиях» (см.: *In re Larkin's Estate U.S. Supreme Court of California*. 2 Aug. 1966 // *International Law Reports*. L., 1971. Vol. 42. P. 4.

но прежде всего на защиту своего права. Однако если отбросить политический фон, то следует признать, что закрепление рассматриваемого правила имеет серьезное значение для ограничения случаев применения оговорки о публичном порядке. Пока существует множество национальных государств с различными политическими, экономическими и правовыми системами, недопустимо применять оговорку при одной лишь констатации различия в системах, ибо это способно привести к полному отрицанию применения иностранного права вообще и отрицанию международного частного права в частности. Как уже подчеркивалось, для применения оговорки необходимо в каждом конкретном случае обосновать, что применение той или иной нормы иностранного права приведет вне всяких сомнений (явно) к результатам, несовместимым с национальным правопорядком.

Если в результате применения оговорки о публичном порядке отказано в применении нормы иностранного права, то какими нормами заполняется вакуум? Как правило, своим собственным правом. Так, в п. 1 ст. 1193 ГК РФ сказано, что при отказе в применении нормы иностранного права «при необходимости применяется соответствующая норма российского права». Однако исходя из предусмотренной ст. 1186 Гражданского кодекса возможности применения в качестве общего субсидиарного правила закона наиболее тесной связи (*Proper Law*) можно предположить, что если спорное отношение теснее связано не с российским, а с другим иностранным правом, то следует применить это иностранное право.

Императивные нормы. Необходимо отметить еще одну современную тенденцию в развитии института оговорки о публичном порядке. Выше отмечалось, что в большинстве государств сложилась и применяется негативная, оговорка. Позитивную оговорку связывают с французским правом, положения которого восприняты некоторыми другими странами. Однако в настоящее время ряд государств, которые традиционно применяли негативную оговорку, стали параллельно применять и позитивную.

Примером является швейцарский Закон о международном частном праве 1987 г. Наряду со ст. 17, предусматривающей применение оговорки о публичном порядке в традиционной негативной форме, в него включены еще две статьи, направленные на ограничение применения избранного иностранного права. Согласно ст. 18 «независимо от определяемого настоящим Законом права», т. е. права, избираемого на основании швейцарских коллизионных норм, «сохраняют свое действие положения швейцарского права, которые подлежат применению

в силу их особых целей». Отсюда следует, что существует некая совокупность норм швейцарского права, которые в силу особого, принципиального значения для швейцарского общества («в силу их особых целей»), должны применяться всегда, даже если швейцарская коллизионная норма отошлет к иностранному праву. Это не что иное, как позитивная оговорка о публичном порядке.

Швейцарский Закон пошел еще дальше и предусмотрел защиту «публичного порядка» иностранного государства. Эта новация связана с общей концепцией закона о применении «права наибольшей связи» (*Proper Law*), согласно которой, если по всем признакам очевидно, что существо отношения находится в большей связи с другим правом, а не с тем, на которое указывает швейцарская коллизионная норма, то можно применить это другое право. Защита «публичного порядка» этого другого права предполагается в ст. 19: при применении избранного права могут быть приняты во внимание императивные положения другого права, с которым существо отношения находится в тесной взаимосвязи, если этого требуют интересы сторон согласно швейцарской доктрине. Разумеется, речь не идет о всех императивных нормах иностранного права, с которым существо отношения наиболее тесно связано, а только о тех из них, которые согласно швейцарским представлениям имеют особое значение для интересов стороны (в п. 2 ст. 19 прямо подчеркивается их особая цель), т. е. о позитивном публичном порядке государства, с которым отношение наиболее тесно связано. Дополнительно подчеркнем, что ст. 19 носит диспозитивный характер: суд «может принять во внимание».

Подобные законодательные нововведения породили в ряде европейских стран представления о существовании «особых императивных норм», которые не являются частью «публичного порядка» и действуют независимо от собственных коллизионных норм¹.

¹ Считается, что начало этой доктрине положила Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., включившая положения об императивных нормах в ст. 7. Затем аналогичные положения вошли в Гаагскую конвенцию о праве, применимом к отношениям по доверительной собственности, 1985 г., Гаагскую конвенцию о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. (см.: *Lando O. The Conflict of Laws of Contracts. General Principles // Recueil des curs. 1984 —IV. P. 394—407; Dicey A. V. & Morris J. Conflict of Laws. 1 vol. 12th ed L. 1993. P. 21—25*). В российской доктрине первым на это явление обратил внимание О. Н. Садиков (см.: *Садиков О. Н. Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного права. 1992. № 2; см. также: Зевков В. П. Международное частное право. М., 1999. С. 143-150*).

Однако как общие подходы, так и конкретное содержание данных представлений серьезно расходятся в разных странах и у разных авторов. Различия касаются главным образом следующих вопросов: а) круг таких императивных норм¹; б) взаимоотношение этих норм с «публичным порядком»; в) нужно ли защищать императивные нормы только своего права или можно защищать и императивные нормы иностранного права, с которым отношение наиболее тесно связано; г) следует ли ограничить применение правила об императивных нормах только договорным правом или нужно применять его ко всей сфере частноправовых отношений².

Например, в немецкое право предписание об императивных нормах включено только в договорное обязательственное право (ст. 34 Вводного закона ГГУ) и только для защиты своего собственного права: выбор права на основании коллизионных правил, предусмотренных в подразделе «Договорные обязательственные отношения», «не затрагивает тех норм германского права, которые императивно регулируют отношения без учета права, применяемого к договорам».

Нет никаких оснований считать, что «особо императивные нормы» действуют отдельно от «публичного порядка». Они выражают позитивную оговорку о публичном порядке, которая, как рассматривалось выше, является зеркальным отражением негативной оговорки. Первая означает, что некоторые императивные нормы внутреннего права в силу их особой значимости должны применяться в любых обстоятельствах, а вторая означает, что некоторые нормы иностранного права столь несовместимы, что они не должны применяться при любых обстоятельствах. Обе они выражают концепцию «публичного порядка»³. Через призму единого содержания «публичного порядка», состоящего, как было показано выше, из четырех основных взаимосвязанных элементов, которые нашли широкое признание, можно понять природу «сверхимперативных норм». В противном случае эта категория теряет смысл.

Для подтверждения сказанного обратимся к ст. 17 Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г.: «Конвенция не препятствует применению тех положений закона суда, которые должны применяться независимо от права, регулирующего договор». Едва ли можно найти какие-либо критерии толкования этой нормы. Об-

¹ В международном частном праве сложилось едва ли оспоримое правило, согласно которому выбор иностранного права означает «уход» не только от диспозитивных норм отечественного права, но и императивных, кроме норм, составляющих «публичный порядок» (см.: *Paane Л.* Указ. соч. С. 434; *Луиц Л. Л.* Курс международного частного права. Общая часть. М., 1973. С. 329).

² О различных подходах см.: *Visher Sh.* General Course on Private International Law // *Recueil des cours.* 1992—1. P. 153—178.

³СМ.: *Reimann M.* Op. cit. P. 29—31.

ращение к оговорке о публичном порядке наполняет понятным содержанием эту статью: существует определенная совокупность положений права государства, суд которого рассматривает дело, которые в силу его особого значения для этого государства должны применяться всегда, даже если согласно коллизионным нормам Конвенции избрано иностранное право.

Новые тенденции в теории и практике международного частного права европейских государств, связанные с «сверхимперативными нормами», восприняты российским Гражданским кодексом (ст. 1192), причем с учетом наиболее широкого подхода, характерного для швейцарского права. И хотя сама статья называется «Применение императивных норм», из смысла правил, предусмотренных в ней, ясно, что речь идет не о всех, а об особых императивных нормах.

Так, в п. 1 ст. 1192 ГК предписывается применять императивные нормы российского права независимо от того, что иностранное право избрано на основании российских коллизионных норм. Законодатель выделяет две группы таких императивных норм: во-первых, те, в которых прямо об этом указано, и во-вторых, нормы, имеющие особое значение, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота. В отношении второй группы сомнений никаких нет — это позитивная оговорка о публичном порядке. Но и первая группа относится к этой же категории: в особо значимых случаях законодатель считает необходимым в самой норме указать, что она должна применяться всегда. Такие нормы у нас есть, например обязательная письменная форма внешнеэкономических сделок (п. 2 ст. 1209 и п. 3 ст. 162 ГК РФ); ряд требований, предъявляемых к условиям заключения брака (п. 2 ст. 156 и ст. 14 СК РФ) и др. Примеры свидетельствуют, что речь идет о нормах, имеющих особое значение для российского правопорядка, и в частности для обеспечения прав и законных интересов участников гражданского оборота.

Следовательно, п. 1 ст. 1192 ГК закрепляет позитивную оговорку о публичном порядке, которая совместно с негативной оговоркой должна защищать наш правопорядок и законные интересы. Нормы обладают свойством императивности по смыслу, придаваемому настоящей статьей, отсюда их особое значение для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота.

В Гражданском кодексе РФ имеется значительное количество норм, предоставляющих полномочия суду по своему усмотрению решать спорные вопросы между сторонами или применять те или иные нормативные предписания. К таким нормам, например, относятся: ст. 166 (о праве суда применить последствия недействительной сделки по своей инициативе), ст. 205 (о восстановлении

срока исковой давности), ст. 333 (предоставляющая право суду уменьшить неустойку, когда она явно несоразмерна убыткам), ст. 393 (о праве суда при определении размера убытков принять во внимание цены, существующие в день вынесения решения), ст. 395 (о праве суда определить день, на который принимается во внимание ставка банковского процента при взыскании процентов годовых), ст. 404 (о праве суда уменьшить размер ответственности должника при вине кредитора) и др. Подобные нормы, относящие решение какого-либо вопроса на судебное усмотрение, носят диспозитивный характер. Но эта диспозитивность обращена к суду: он может воспользоваться своим правом или нет. С точки же зрения правовой регламентации частноправовых отношений международного характера эти нормы, если суд к ним обратится, носят императивный характер для сторон правоотношения и должны применяться независимо от решения коллизионного вопроса в пользу иностранного права.

Например, особое значение ст. 333 ГК РФ для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота подчеркнуто Конституционным Судом РФ. В своем определении от 10 января 2002 г. Суд указал: «Возложив решение вопроса об уменьшении размера неустойки при ее явной несоразмерности последствиям нарушения обязательства на суды общей юрисдикции, законодатель исходил из конституционных прерогатив правосудия, которое по самой своей сути может признаваться таковым лишь при условии, что оно отвечает требованиям справедливости».

Соблюдение принципа соразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства представляет собой гарантию от причинения серьезного ущерба интересам общества и государства, выраженную в создании препятствий для изыскания с российских юридических лиц и предпринимателей необоснованных и неоправданно завышенных договорных неустоек, имеющих карательный характер.

Часть 2 ст. 1192 ГК РФ, подобно швейцарскому закону, предусматривает возможность защиты «публичного порядка» иностранного государства: при применении избранного на основе российских коллизионных норм права «суд может принять во внимание императивные нормы права другой страны, имеющей тесную связь с отношением, если согласно праву этой страны такие нормы должны регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. При этом суд должен учитывать назначение и характер таких норм, а также последствия их, применения или неприменения». Как видим, суд «может принять во внимание» (не императивно, а диспозитивно) не любые императивные нормы права страны, с которым отношение тесно связано, а имеющие особый «характер», особое «назначение» для иностранного правопорядка, в результате чего они должны применяться в этом иностранном государстве независимо

от избранного права. Здесь также выражена позитивная оговорка о публичном порядке, направленном на защиту иностранного правопорядка, с которым отношение тесно связано.

В российской норме есть два принципиальных отличия от соответствующей нормы швейцарского Закона: 1) при определении «сверхимперативности» иностранного права российский суд должен руководствоваться представлениями этого иностранного права (швейцарский Закон по вопросу установления «особой цели» иностранной нормы отсылает к швейцарской доктрине); 2) хотя в обоих законах указание о применении особых императивных норм иностранного права выражено в диспозитивной форме, в российской статье дополнительно указан еще один ограничитель—при применении императивной иностранной нормы суд должен учитывать последствия ее применения. Иначе говоря, императивная норма иностранного права может быть применена, если последствия ее применения не будут противоречить российскому публичному порядку.

Применение императивных норм иностранного права предписывается и в п. 5 ст. 1210 ГК РФ в качестве ограничителя «автономии воли» сторон, предусмотренной в этой же статье (в Модельном кодексе для стран—членов СНГ данного правила нет). Но здесь это правило сформулировано более жестко. Если в рассмотренном выше положении указывалось, что суд *«может принять во внимание императивные нормы права другой страны»*, то здесь, напротив, выбор права *«не может затрагивать действия императивных норм»* права другой страны, с которой договор реально связан. Если в общем правиле говорится о «тесной связи», то здесь требуется наличие «реальной связи лишь с одной страной», т. е. когда все обстоятельства договора связаны с правом одного государства, а стороны избрали право другого. Например, российский предприниматель, проведя переговоры на территории ОАЭ с предпринимателем из Эмиратов (ОАЭ не являются участником Венской конвенции 1980 г.), заключил с ним там же договор купли-продажи, по которому поставил товары со склада готовой продукции, находящегося в Эмиратах, и получил платеж в местном банке. Договор реально связан с одним государством—ОАЭ, а стороны при заключении договора выбрали английское право. При таких обстоятельствах законодатель предписывает применить императивные нормы ОАЭ. Круг таких норм может быть определен, как было рассмотрено выше, только через призму концепции позитивной оговорки о публичном порядке.

Исходя из вышеизложенного можно сделать общий вывод. Опыт государств свидетельствует, что законодатель, отдавая должное значение оговорке о публичном порядке, ограничивается самым общим определением «публичного порядка». Объясняется это, среди прочих причин, необходимостью применения данного

института в конкретных динамично меняющихся условиях. Показательно, что, привлекая в последнее время дополнительную категорию «императивных норм» для защиты своего правопорядка, законодатель также не раскрывает ее содержание. Поэтому главная ответственность за применение норм о «публичном порядке» и, следовательно, за защиту своего правопорядка ложится на суд и другие правоприменительные органы. В других странах задача облегчается достигнутым опытом. Что касается нашей страны, то такой опыт мал. Не только практические работники, но и ученые далеко не всегда имеют достаточно четкие представления о содержании и характере рассмотренных норм российского права.

Чем раньше нормы о «публичном порядке» войдут в российскую судебную практику, тем лучше для эффективности российской правовой системы и для обеспечения интересов общества и государства.

Осталось рассмотреть еще один вопрос: входят ли в концепцию публичного порядка, позитивного и негативного, включая категорию «сверхимперативных норм», нормы публичного права (конституционного, административного, финансового, налогового и пр.) либо она охватывает лишь частноправовые нормы? Обязательное применение норм публичного права не вызывает никаких сомнений. Они имеют строго территориальный характер. И если в последнее время и говорят об экстратерриториальности публично-правовых норм, то в ограниченном виде: суды в отдельных случаях *принимая во внимание* иностранные нормы публично-правовых законов, а *не применяют их*. Применяться могут лишь иностранные нормы частного права. Поэтому никакая коллизионная норма не может отменить действие конституционных и других норм публичного права¹.

Проблема «публичного порядка» в международном частном праве связана с частноправовыми нормами, которые в силу различных характеристик, что рассматривалось выше, имеют особое значение для собственного правопорядка и должны дополнительно защищаться. Нельзя не отметить, что некоторые публично-правовые нормы особенно тесно взаимодействуют с частноправовыми отношениями. Например, внешнеэкономическая сделка, совершенная с нарушением валютно-экспортного контроля, будет признана недействительной как не соответствующая требованиям закона. Однако в таком случае применяется не сама публично-правовая норма, а обсуждаются частноправовые последствия этой нормы, что предусмотрено гражданско-правовой нормой о недействительности сделки.

1 Э. Ю. Монастырский рассматривает как безусловное теоретическое достижение мнение о том, что признаки «публичного порядка» надо искать среди частноправовых актов (см.: *Монастырский Э. Ю.* Указ. соч. С. 165).

ЧАСТЬ ВТОРАЯ

СУБЪЕКТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Глава 7. ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

7.1. Правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства

Вопросы гражданско-правового статуса иностранцев на территории конкретного государства издавна являлись краеугольными в международном частном праве. Первоначально именно отношения, связанные с правовым положением иностранных купцов, по русской терминологии того времени — «заморских гостей», составляли основную сферу действия международного частного права.

Для международного частного права характерен дифференцированный подход к физическим лицам, находящимся в пределах юрисдикции конкретного государства, основанный, во-первых, на разделении на соответствующие категории, а во-вторых, установлении определенного правового режима в отношении каждой из них.

Таких категорий, как правило, три. Прежде всего это собственные (отечественные) граждане данного государства. Затем следуют иностранные граждане и, наконец, лица без гражданства. В последние годы становится все более актуальным выделение в отдельную позицию и еще одной группы лиц — беженцев.

Иностранный гражданин — это лицо, имеющее особую правовую связь — гражданство — с определенным государством. В связи с этим на гражданина любого государства, находящегося вне пределов юрисдикции своего отечества, распространяется по крайней мере два правопорядка: своего государства и иностранного, на территории которого лицо находится.

По общему правилу гражданская правоспособность лица — это его способность иметь гражданские права и обязанности, возникающая с момента рождения и устанавливаемая законом. Например, ст. 18 Гражданского кодекса РФ следующим образом раскрывает содержание гражданской правоспособности: «граждане могут иметь имущество на праве собственности, наследовать и завещать имущество, заниматься предпринимательской и любой иной не запрещенной законом деятельностью; создавать юридические лица самостоятельно или совместно с другими гражданами и юридическими лицами; совершать любые не противоречащие закону сделки и участвовать в обязательствах; избирать место жительства; иметь права авторов произведений науки, литературы и искусства, изобретений и иных охраняемых законом результа-

тов интеллектуальной деятельности, иметь иные имущественные и личные неимущественные права». Приведенные формулировки свидетельствуют, что закон отношь не ограничивает содержание гражданской правоспособности указанным перечнем правомочий лица. В практике международного частного права сложилось такое положение, когда иностранные граждане, обладая определенным объемом правоспособности, которая предоставлена им собственным (отечественным) правопорядком, во время своего пребывания на территории другого государства не вправе ссылаться на тот объем правомочий, которыми они располагают в своем государстве. В то же время объем прав, которыми наделены иностранные граждане в государстве пребывания, зачастую может быть более значительным, нежели тот, который они имеют в своем отечестве.

Иностранные граждане, пребывающие на территории других стран, обладают правоспособностью, определяемой местным правопорядком. Преимущественно это осуществляется на основе принципа национального режима. Национальный режим может быть установлен внутригосударственным актом или международным договором. Например, в Гражданском кодексе СРВ 1995 г. устанавливается, что «иностранные граждане имеют гражданскую правоспособность во Вьетнаме наравне с вьетнамскими гражданами, кроме случаев, когда иное установлено настоящим Кодексом и другими законодательными актами СРВ» (ст. 830). В новейшем российском законодательстве коллизионный аспект определения гражданской правоспособности физического лица соединен с материально-правовой нормой, устанавливающей общие рамки объемов правоспособности иностранных граждан и лиц без гражданства на территории РФ на основе принципа национального режима, закрепленного во многих других предписаниях отечественного правопорядка. Так, в части третьей ГК предусматривается, что «гражданская правоспособность физического лица определяется его личным законом. При этом иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами, кроме случаев, установленных законом» (ст. 1196 ГК РФ). Следует отметить, что обращение к такому средству определения правоспособности иностранца, как коллизионная норма, а именно привязке к личному закону, является совершенно новым для отечественного права, ибо в предшествующем регулировании коллизионные правила предусматривались лишь в части установления дееспособности индивидуумов, хотя в некоторых двусторонних международных соглашениях о правовой помощи подобный подход, оперирующий, однако, принципом гражданства лица, изредка встречался и раньше (в частности, в договорах, подписанных в 50-е гг. с Венгрией и Польшей). Ныне, следовательно, в российское пра-

во введена сама коллизийная формула «личного закона», а также распространено ее действие не только на дееспособность, но и на правоспособность физического лица. В этом смысле важно подчеркнуть, что, во-первых, устранен известный пробел в отечественной регламентации, в результате чего, например, российский суд, разрешая дела, касающиеся правоспособности иностранных граждан или лиц без гражданства, находящихся за границей, не имел возможности ни применить иностранное право, поскольку отсутствовала необходимая коллизийная норма, обеспечивающая привязку к нему отношения, ни обратиться к российскому материальному праву в силу неприменимости принципа национального режима; во-вторых, определение правоспособности посредством привязки отношения к личному закону физического лица отражает основную тенденцию мировой доктрины и нормативной практики международного частного права, учитывающей непосредственную связь между правоспособностью и личностью индивидуума.

Таким образом, действующее коллизийное право Российской Федерации, помимо закрепления нового коллизийного принципа (личного закона), применительно к вопросам правоспособности позволяет говорить о двух аспектах проблемы: правоспособности как таковой, определяемой на основе отсылки к личному закону лица, и объеме правоспособности, обусловленном принципом национального режима (своего рода ее «территориальном сегменте»).

Предписания об уравнивании в правах граждан договаривающихся государств содержатся в двусторонних соглашениях о правовой помощи. Так, в Договоре о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой от 19 июня 1992 г. указывается, что граждане одной договаривающейся стороны пользуются на территории другой договаривающейся стороны в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и граждане последней (ст. 1).

Согласно Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (СНГ) принцип национального режима имеет еще большую сферу действия, ибо он распространяется не только на граждан договаривающихся государств, но также и на другие категории субъектов, т. е. лиц, постоянно проживающих на территории соответствующей договаривающейся стороны.

Следовательно, если гражданин Болгарии постоянно проживает на территории Российской Федерации, определение его правового статуса, скажем, в Республике Молдова или Украине должно подчиняться принципу национального режима, т. е. он должен быть уречен в правах с собственными гражданами соответственно либо Молдовы, либо Украины.

Вместе с тем национальный режим не бывает полным. Каковы же основные изъятия из национального режима? Практически повсеместно иностранные граждане не могут занимать высшие государственные должности, избирать и быть избранными в представительные органы власти, исполнять воинскую обязанность, быть судьями, прокурорами, нотариусами, командирами экипажей речных, морских и воздушных судов, машинистами железнодорожных локомотивов и т. д.

Так, ст. 56 КТМ РФ предусматривает, что иностранные граждане и лица без гражданства не могут занимать должности капитана, старшего помощника капитана судна, старшего механика и радиоспециалиста судна, плавающего под Государственным флагом РФ. Вместе с тем согласно той же статье предусматривается возможность вхождения лиц указанных категорий в состав судовой команды. Условия, на которых иностранные граждане и лица без гражданства могут входить в состав экипажа судна, за исключением рыбопромыслового флота, определяются федеральным органом исполнительной власти в области транспорта, в состав экипажа рыбопромыслового судна — федеральным органом исполнительной власти в области рыболовства в соответствии с законодательством РФ о привлечении и использовании в РФ труда иностранных граждан и лиц без гражданства (п. 2 ст. 56 КТМ 1999 г.).

Воздушный кодекс РФ 1997 г. в положениях, посвященных авиационному персоналу, достаточно исчерпывающе регламентирует данный аспект об условиях, которым иностранное лицо должно отвечать, чтобы отправлять ту или иную должность: в состав летного экипажа гражданского воздушного судна РФ могут входить только граждане РФ, если иное не предусмотрено федеральным законом (ст. 56). Однако иностранные граждане допускаются в состав авиационного персонала наравне с российскими гражданами, если у них наличествует необходимый документ и признана его действительность. В этой связи, например, ст. 55 Воздушного кодекса предусматривает, что сертификат (свидетельство) иностранного государства, выданный лицу из числа авиационного персонала, признается в РФ действительным при условии, если он соответствует международным авиационным стандартам, признаваемым РФ, и федеральным авиационным правилам.

Правоспособность иностранных физических лиц может ограничиваться также и посредством установления перечня секторов экономики, в которых не может быть занят иностранец. Например, в РФ архитектурная деятельность иностранных граждан и лиц без гражданства осуществляется наравне с гражданами РФ, если это предусмотрено международным договором РФ. Однако при отсутствии соответствующего международного договора указанные категории лиц могут принимать участие в архитектурной деятельности на территории России только совместно с архитектором — гражда-

нином РФ или юридическим лицом, имеющими лицензию (ст. 10 Федерального закона «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации» 1995 г.).

Во многих государствах иностранцы дифференцированы на несколько категорий в зависимости от целей и сроков пребывания. Например, во Франции в соответствии с Законом Паскуа существуют посетители, т. е. временно пребывающие иностранцы: туристы, студенты, лица наемного труда (сезонные рабочие), коммерсанты; обыкновенные резиденты, т. е. лица, получившие разрешение—вид на жительство в течение 3 лет и «лица-резиденты»—лица, имеющие 10-летнее удостоверение—вид на жительство. К числу «привилегированных» иностранцев относятся граждане стран ЕС, для которых, например, не требуется получать французское удостоверение коммерсанта. Понятно, что именно принадлежность лица к той или иной категории определяет его правовое положение.

В других странах, в том числе бывших колониях Франции (Марокко, Алжире, Тунисе и т. д.), также практикуется деление иностранцев на группы, однако критерии иногда бывают несколько иными. В Марокко иностранцы, за исключением дипломатических и консульских представителей, подразделяются на туристов (подчиняющихся Дахиру от 16 мая 1941 г.), лиц, пребывающих на территории государства в порядке транзита, и иностранных граждан с длительным пребыванием, среди которых в особую категорию могут быть выделены иностранцы, имеющие контракт трудового найма в рамках технического содействия на основании международного договора, заключенного Марокко, с другим государством, причем такой контракт заменяет визу.

Испания также практикует разграничение иностранных граждан по категориям и подразделяет их на: туристов (с оформлением визы, допускающей пребывание до 90 дней); студентов (с оформлением учебной визы); работников по найму (с оформлением визы для получения вида на жительство); лиц, осуществляющих деятельность в Испании без контракта (предприниматели, инвесторы) и имеющих вид на жительство; лиц, проживающих в Испании без права получения доходов (с оформлением визы для получения вида на жительство); лиц, живущих на пенсию или ренту (с оформлением соответствующей визы и вида на жительство).

В принципе наиболее общей для многих государств сферой, в которой действуют ограничения правоспособности иностранных граждан и лиц без гражданства, являются трудовые отношения, а также отношения собственности, особенно в том, что касается вещных прав на недвижимость. В последнее время в научный и правовой оборот вошло понятие «экономическая иммиграция». Следует отметить, что многие европейские государства (ФРГ, Испания, Франция) в целях запрещения либо ограничения «эконо-

мической иммиграции» вводят вышеуказанные требования к въезду иностранцев на свои территории и их дифференциацию на соответствующие группы.

В Российской Федерации изъятия из принципа национально-го режима установлены федеральным законодательством. В ныне действующем Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г. устанавливается общее ограничение прав иностранцев в рамках понятия иностранной инвестиции: «Иностранная инвестиция — вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации в виде объектов гражданского права, принадлежащих иностранному инвестору, *если такие объекты гражданского права не изъяты из гражданского оборота или не ограничены в обороте Российской Федерации*» (курсив наш. — Л. А.) (ст. 2).

Участки недр, континентального шельфа, лесного фонда не могут находиться в собственности иностранных граждан и юридических лиц, а могут быть предоставлены им только на правах пользования или аренды при условии, что иностранные граждане и юридические лица наделены правом заниматься соответствующим видом деятельности (ст. 1—2 Закона РФ «О недрах» 1992 г., ст. 7 Закона РФ «О континентальном шельфе Российской Федерации» 1995 г., ст. 22 Лесного кодекса РФ 1997 г.).

Земельный кодекс РФ, принятый 25 октября 2001 г., устранил практически все ограничения прав иностранных граждан, иностранных юридических лиц и лиц без гражданства и приобретение ими в частную собственность земельных участков, которые были в предыдущем законодательстве. Согласно новому земельному регулированию данные категории лиц не могут иметь в собственности земельные участки лишь в приграничных территориях, перечень которых устанавливается Президентом РФ, и в иных особых территориях в соответствии с федеральными законами. Нужно иметь в виду, что на основании п. 5 ст. 3 Федерального закона «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»¹ право на приобретение в собственность земельного участка иностранных граждан и лиц без гражданства, предусмотренное в ст. 15 ЗК, вступает в силу после выхода Указа Президента РФ, в котором будет установлен перечень приграничных и других территорий, где право собственности этих лиц на земельные участки исключается.

7.2. Коллизионные вопросы дееспособности иностранцев

Национально-правовое регулирование. Вопросы дееспособности в международном частном праве традиционно определяются в ос-

¹ СЗРФ. 2001. №44. Ст. 4148.

г. Цуга, то и считаться швейцарским юридическим лицом оно не может. Следовательно, речь идет не об отсутствии «родства» с Швейцарией и швейцарским правопорядком, а о правосубъектности вообще.

Категория личного статуса чрезвычайно важна для юридического лица, поскольку, как было подчеркнуто, именно он отвечает на главный вопрос: является ли данное лицо юридическим, т. е. обладает ли волей, относительно независимой от воли лиц, объединяющихся в нем, иными словами, самостоятельным субъектом права? Таким образом, каждое иностранное юридическое лицо подчиняется иностранному (своему) правопорядку в вопросах возникновения, существования, деятельности и ликвидации, а также возможных способов и форм преобразования. Тем же правопорядком регулируется и объем правоспособности юридического лица, устанавливаются ее пределы. Личный закон юридического лица, кроме того, указывает на формы и порядок выступления юридического лица во внутреннем и внешнем хозяйственном обороте. Содержание личного статуса дает ответы на вопрос, вправе или не вправе рассматриваемое юридическое лицо в своей деятельности выходить за рамки отечественной юрисдикции и каковы условия, формы и специальные требования, предъявляемые к такому выходу. Следовательно, решение проблем личных прав в отношении данного юридического лица с третьими лицами надходит всецело в сфере действия личного статуса.

При ликвидации юридического лица, действующего за границей и имеющего на территории иностранного государства имущество, в том числе и недвижимое, личный закон, а не закон места нахождения вещи, как это обычно бывает в международном частном праве, будет решать судьбу последнего. В отдельных случаях обязательственных отношений, т. е. когда личность стороны в определенном роде обязательствах приобретает особое значение (например, при выдаче гарантии или поручительства, имеющих аксессуарный характер), содержание прав и обязанностей сторон в таком отношении будет также подчиняться личному закону юридического лица, являющегося подобной стороной, а не закону, избранному сторонами для регулирования взаимоотношений в рамках основного обязательства, или закона, применимого к существу отношения в силу коллизийной нормы.

Высказанные соображения подкрепляются конкретным нормативным материалом соответствующих государств. Так, в части третьей ГК РФ даны исчерпывающие ответы на вопрос о том, что входит в сферу действия *lex societatis*. На основе личного закона юридического лица определяются, в частности: 1) статус организации в качестве юридического лица; 2) организационно-правовая форма юридического лица; 3) требования к наименованию юридического лица; 4) вопросы создания, реорганизации и лик-

дательства некоторых государств исходят из названного критерия и в общем плане для достижения определенных целей, скажем, при налогообложении.

Поскольку нормы национального права различных государств, касающиеся требований о правосубъектности и право-, дееспособности юридических лиц не совпадают, в международном обороте нередко создаются ситуации, когда одно и то же образование в одних странах рассматривается как правосубъектное, а других—неправосубъектное, одни государства считают данную компанию как принадлежащую одному государству, а другие — к другому. В результате одно и то же юридическое лицо в некоторых случаях *внешне* может казаться обладающим двойной «национальностью», при иных же условиях —не имеющей «национальности» вообще. Так, включенное в торговый реестр Люксембурга общество, имеющее местопребыванием 5 из 7 членов его Совета директоров Кипр (там же они проводят заседания) и считающееся люксембургским юридическим лицом, с точки зрения законодательства Франции могло бы рассматриваться как кипрское юридическое лицо. Компания, созданная в соответствии с законами Британских Виргинских островов, но перенесшая на основании норм Ордонанса о компаниях международного бизнеса 1984 г. свой зарегистрированный офис в другую юрисдикцию (например, Панаму), будет рассматриваться и в Панаме, и во Франции, и в Швейцарии в качестве юридического лица панамского права, в Испании же, Португалии, Японии, Вьетнаме, России, Великобритании, большинстве штатов США и др. —как юридическое лицо Британских Виргинских островов.

Однако здесь должно последовать уточнение. Ранее сделанная оговорка о внешнем впечатлении не случайна. В действительности компания, обладающая сертификатом инкорпорации, выданным, скажем, Регистратором компаний Республики Кипр, но имеющая местопребыванием головного офиса Грецию, для того чтобы считаться греческим юридическим лицом, должна быть включена в торговый реестр соответствующей административной единицы Греции. Только в этом случае можно говорить о «двойной» национальности. Вместе с тем это объективно будет означать и наличие двух юридических лиц (хотя бы и состоящих, возможно, из одних и тех же участников, управляющих, с одинаковым уставным капиталом, сферой и видами деятельности и т. д.) — кипрского и греческого. Фактическое же присутствие в каком-либо государстве, разделяющем критерий «оседлости» юридического лица, без внесения в торговый реестр страны само по себе в правовом отношении мало что определяет. В силу этого если конкретное общество, имеющее местом пребывания административных органов г. Цуг в Швейцарии, не осуществило необходимых формальных процедур по внесению себя в Торговый реестр

телей. Несмотря на то что компания была инкорпорирована в Англии, зарегистрирована согласно английским законам, суд признал на основании выясненных обстоятельств данное юридическое лицо «вражеским», т. е. принадлежащим Германии.

Впоследствии в ходе Второй мировой войны в соответствии с британским актом 1939 г. о сделках с вражескими лицами к враждебным иностранцам вновь были отнесены юридические лица, контролируемые вражескими физическими лицами либо организованные или зарегистрированные по законам государства, состоящего с Англией в войне¹.

Другими примерами обращения к указанной доктрине выступают законы Швеции от 30 мая 1916 г. и от 18 июня 1925 г., использующих терминологию «контроля» в целях препятствования приобретению земли и рудников компаниями, которые хотя и были созданы в Швеции, но фактически контролировались иностранцами. Согласно же канадскому Закону о налогообложении доходов (Tax Revenue Asscued Act) компания, действующая за рубежом, для целей налогообложения считается канадской, если 10% ее акций контролируется канадскими резидентами.

В сегодняшней практике подобного рода критерий, как представляется, применяется не только в процессе ведения каких-либо военных действий, но и в совершенно мирное время на основании решений международной организации, скажем, при введении Советом Безопасности ООН санкций в целях обеспечения мира и безопасности. Например, во исполнение резолюций Совета Безопасности специальными распоряжениями Президента РФ ограничивались торговые и другие гражданско-правовые отношения российских хозяйствующих субъектов с предприятиями Боснии, Герцеговины, Югославии, Ирака и др.² Кроме того, законо-

¹ См.: *Перетерский И. С., Крылов С. Б.* Международное частное право. М., 1940. С. 85.

² В частности, известное дело «Банка Ливии против Бэнкерз Траст Компани» по иску, заявленному истцом в Высокий суд Англии в 1987 г., базировалось именно на использовании теории контроля при применении США экономических санкций против Ливии. Истец — Ливийский арабский внешний банк — ливийская государственная корпорация, контролируемая Центральным банком Ливии, 8 января 1986 г. в 14.00 по нью-йоркскому времени выдал поручение ответчику — Бэнкерз Траст Компани, корпорации, зарегистрированной в штате Нью-Йорк, — о переводе средств в Лондон, в филиал ответчика на счет клиента. Головной офис американской корпорации в Нью-Йорке не удовлетворил запрос своего филиала о перечислении средств его клиенту, поскольку в 16.00 того же дня была получена информация секретаря казначейства США о том, что Президент США подписал указ, запрещающий американским юридическим лицам, в том числе их филиалам за границей, выплачивать валютные средства ливийским учреждениям в качестве меры в рамках объявленных против Ливии экономических санкций (см.: *Блищенко И. П., Дориа Ж.* Прецеденты в международном публичном и частном праве. М., 1999. С. 297—302).

государство, присоединившееся к ней, могло применить собственную закрепленную в его национальном законодательстве или практике концепцию, будь то теория инкорпорации или эффективной оседлости. Нормы о признании, содержащиеся в ней, имеют более узкий смысл, поскольку установлены с целью достижения согласия государств в отношении признания гражданской и гражданско-процессуальной правоспособности (точнее, способности выступать в суде) юридических лиц. Конвенция 1986 г. строится на принципе инкорпорации.

Теория контроля. Начало использования этой теории связывается в истории и науке международного частного права с периодами Первой и Второй мировых войн. Дело в том, что во время вооруженных конфликтов проблема иностранных юридических лиц принимает новые очертания, а именно приобретает характер так называемых «враждебных иностранцев». Воюющие государства закономерно заинтересованы в том, чтобы любые контакты с последними, прежде всего экономические, были сведены к нулю. Формальные же признаки определения фактической и эффективной связи данного юридического лица с тем или иным правопорядком оказываются недостаточными. В связи с данным вопросом в циркуляре французского министерства юстиции от 24 февраля 1916 г. указывалось, что когда речь идет о вражеском характере юридического лица, нельзя довольствоваться исследованием «правовых форм, принимаемых компаниями: ни местонахождение административного центра, ни другие признаки, определяющие в гражданском праве национальность юридического лица, недостаточны, так как речь идет о том, чтобы ...выявить действительный характер деятельности общества». Вражеским, говорилось в документе, надо признать юридическое лицо, если его управление или его капитал в целом или большей части находится в руках неприятельских граждан, ибо в этом случае за фикцией гражданского права скрываются действующие физические лица¹.

В отечественной литературе по международному частному праву в качестве необходимого прецедента, давшего толчок в применении и развитию «теории контроля», указывается на дело *Daimler Co. v. Continental Tyre & Rubber Co.*, рассматриваемое английским судом в 1915 г. Суд при разбирательстве дела стал выяснять, кто является действительными участниками данного юридического лица, к какому гражданству они принадлежат и кто стоит во главе управления им. В ходе этого выяснилось, что из 25 тысяч акций, составляющих акционерный капитал компании «Даймлер», только одна принадлежала британскому подданному, а остальные находились в собственности германских держа-

¹ См.: Clunet. 1916. P. 701. Цит. по: Луиц Л. А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 42.

тах как место постоянного нахождения его органов управления или основное место его деятельности.

Определение места нахождения общества имеет значение для решения ряда правовых вопросов, возникающих в его деятельности, в частности для определения места исполнения обязательства, когда оно не указано в договоре или в правовом акте (ст. 316 ГК), установления компетентного учреждения для рассмотрения споров с участием общества и др.

Пример РФ не является единственным. Очень многие страны, которые приемлют принцип инкорпорации, требуют, чтобы местопребывание корпорации (компании), закрепленное в уставе, находилось в пределах территории того государства, чьим законодательством регулируется ее создание. Так, Торговый кодекс Японии, считающейся страной, исповедующей теорию «инкорпорации», недвусмысленно закрепляет: «Юридическим адресом товарищества считается местонахождение его головной конторы» (ст. 54). «Товарищество считается учрежденным с момента регистрации по месту нахождения его головной конторы» (ст. 57).

В этой связи в науке и практике международного частного права, относящимся к иностранным юридическим лицам, возникает проблема различного толкования понятия «местопребывание». В общем плане различают формальную — «статутарную», т. е. указанную в уставе, — и реальную — «эффективную» — оседлость. Различия между двумя категориями в принципе не имеют значения, если местонахождение юридического лица по уставу (местонахождение зарегистрированного офиса) и фактическое пребывание его органов управления существуют в одной и той же стране. Везде, кроме этой страны, такая компания будет рассматриваться как юридическое лицо, существующее в рамках иностранного правопорядка.

В двусторонних отношениях признание иностранных юридических лиц осуществляется, как правило, в торговых договорах, договорах о мореплавании и поселении, договорах о правовой помощи или о взаимном поощрении иностранных капиталовложений, об устранении двойного налогообложения. Есть незначительное количество и многосторонних договоров. В 1956 г. была заключена Гагская конвенция о признании правосубъектности иностранных компаний, объединений и учреждений, но она не вступила в силу. Конвенция в рамках Совета Европы о признании негосударственных организаций, заключенная 24 апреля 1986 г., вступила в силу с 1 января 1991 г. Она применяется к объединениям, обществам и иным частным учреждениям, которые образуются в соответствии (наряду с прочими требованиями) с условием об отсутствии цели извлечения прибыли в рамках деятельности, имеющей международный характер (ст. 1). Гагская конвенция 1956 г. не основывается ни на одной из двух главных рассмотренных теорий. Она сконструирована таким образом, чтобы любое

С другой стороны, поскольку за счет повышенной нормы прибыли функционирование в пределах их юрисдикции является достаточно выгодным и для иностранных контрагентов, их приток оказывается весьма существенным. В том же, что касается обеспечения контроля со стороны национальных органов государства пребывания за подобными юридическими лицами, то «привязку» их к отечественному правопорядку развивающееся государство может осуществить наиболее простым образом — с помощью именно критерия «центра эксплуатации». В результате указанные специальные акты по корпоративному праву многих стран, традиционно именуемых развивающимися, используют в своем законодательстве именно этот принцип. Так, Закон о компаниях 1956 г. Индии (в ред. Закона об изменениях и дополнениях в Закон о компаниях 1988 г.) в особом разделе, посвященном иностранным компаниям, особо оговаривает, что компания, учрежденная в соответствии с законами иностранного государства, может зарегистрироваться в Республике Индия как «иностранная компания, имеющая местом осуществления бизнеса Индию» (ст. 591—601).

Рассматриваемый признак может выражаться с помощью разнообразных формулировок. Так, в Инструкции ГНС РФ № 39 от 11 октября 1995 г. (в ред. от 29 декабря 1997 г.) для целей определения места реализации работ (услуг) устанавливается, что таково является «место экономической деятельности покупателя услуг, если покупатель этих услуг имеет место нахождения в одном государстве, а продавец — в другом».

Обзор теорий и подходов, закрепленных в праве различных государств в области решения вопроса о личном статусе юридического лица, при том, что имеются самостоятельные критерии, определяющие соответствующий выбор, позволяет, однако, констатировать, что в современном мире ни один из них не применяется изолированно от других. Для иллюстрации целесообразно провести сопоставление некоторых законоположений ряда стран.

Анализируя российское законодательство в той или иной сфере, так или иначе связанной с функционированием юридических лиц, — налоговым, валютным и т. д., можно заметить, что при общем закреплении в праве РФ критерия инкорпорации (ст. 1202 ГК РФ) в нем присутствует как определяющий также и признак «оседлости» — местонахождения.

В законах РФ об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью место нахождения общества определяется местом его государственной регистрации, если в уставе общества в соответствии с федеральными законами не предусмотрено иное. В то же время п. 2 ст. 4 Закона об обществах с ограниченной ответственностью допускает, что место нахождения общества может быть установлено в учредительных докумен-

рассматриваемое образование создано в соответствии с законами данного государства.

Критерий местонахождения общества, компании, товарищества или корпорации имеет значение и для стран, придерживающихся в своей законодательной и судебной практике теории инкорпорации. В частности, Закон № 218 «Реформа итальянской системы международного частного права» от 31 мая 1995 г. в принципе закрепляет критерий инкорпорации: «Общества, товарищества, ассоциации, фонды, а также любые другие правовые образования, как открытые, так и закрытые... регулируются правом страны, на территории которой был завершен процесс их учреждения» (п. 1 ст. 25). Однако далее следует положение, устраняющее для определенного рода случаев действие приведенного правила, что, безусловно, превращает Италию в страну, разделяющую наряду с прочими и критерий оседлости: «...в случае, когда орган управления таких обществ находится в Италии или когда их основная деятельность осуществляется на территории Италии, применению подлежит итальянское право».

В соответствии с постановлением Пленума Верховного Суда РФ, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «при государственной регистрации юридических лиц следует исходить из того, что местом нахождения юридического лица является место нахождения его органов». Материальные нормы Российской Федерации, относящиеся, к примеру, к обществам с ограниченной ответственностью, оперируют сочетанием нескольких имеющихся в этом отношении признаков: «Место нахождения общества определяется местом его государственной регистрации. Учредительными документами общества может быть установлено, что местом нахождения общества является место постоянного нахождения его органов управления или основное место деятельности» (п. 2 ст. 4 Закона об обществах с ограниченной ответственностью от 8 февраля 1998 г.).

Теория центра эксплуатации. Еще одним критерием отыскания личного статуса юридического лица выступает признак осуществления основной деятельности, который соответственно использован в «теории эксплуатации». Ее смысл достаточно прост: юридическое лицо в качестве личного закона имеет статут той страны, где оно ведет производственную (в широком смысле слова) деятельность. Этот критерий весьма свойствен практике развивающихся стран для целей объявления «своими» всех образований, которые ведут свои деловые операции на территории данного государства. Это имеет определенные корни как политического, юридического, так и экономического характера. Дело в том, что именно развивающиеся страны заинтересованы в привлечении иностранного капитала для развития национального хозяйства и, следовательно, облечении его в соответствующие отечественные организационно-правовые формы.

рядок которых в этой области строится на принципах инкорпорации. Имеются варианты этой теории.

Так, скандинавские страны придерживаются того, что компания подчиняется закону той страны, в которой сделана первая запись о ее регистрации (была занесена в реестр). В большинстве случаев это будет совпадать с государством, согласно закону которого компания была создана, поскольку обязательность первой записи в реестр связывается с получением статуса правосубъектного образования.

Имеются примеры законодательных актов, которые устанавливают целые «цепочки» норм, в силу которых на последовательной основе возможно определение личного закона юридического лица. В частности, в венгерском Законе о международном частном праве 1979 г. устанавливается иерархия коллизионных правил для целей отыскания правопорядка, являющегося личным статутом иностранного юридического лица. «Личным законом юридического лица является закон государства, на территории которого юридическое лицо было зарегистрировано. Если юридическое лицо было зарегистрировано согласно законодательству нескольких государств или если согласно закону, действующему по местонахождению его административного центра, указанному в уставе, регистрации не требуется, то его личным законом является закон, применяемый по местонахождению, указанному в уставе. Если юридическое лицо согласно уставу не имеет местонахождения или имеет несколько местонахождений и оно не было зарегистрировано по закону ни одного из государств, то его личным законом является закон государства, на территории которого находится место осуществления центральной администрации» (§ 18).

Теория оседлости. Согласно этой теории, называемой иногда теорией эффективного местопребывания, личным статутом юридического лица (компания, корпорации, правосубъектного товарищества) является закон той страны, в которой находится его центр управления (совет директоров, правление, иные исполнительные или распорядительные органы).

Существует мнение, что для применения теории оседлости не имеет значения, где осуществляется деловая активность такого юридического лица. К числу государств, придерживающихся данного критерия, относятся Австрия, Франция, Испания, Бельгия, Люксембург, ФРГ большинство других стран Европейского союза, а также Украина, Грузия, Швейцария, Польша и т. д. Анализируемый признак, как правило, закрепляется в уставе, поэтому считается, что, руководствуясь им, легко установить принадлежность данного юридического лица к соответствующему правопорядку. Однако то же самое можно сказать и о критерии инкорпорации, так как внесение в реестр компаний, корпораций или юридических лиц в иной правовой форме сопровождается выдачей свидетельства (сертификата) о регистрации с указанием в нем того, что

правопорядка. К их числу относятся критерии учреждения, или регистрации (инкорпорации), местопребывания головных органов (административного центра, центра управления) юридического лица, а также центра эксплуатации (основной производственной, коммерческой и т. п. деятельности). Кроме того, в некоторых ситуациях, особенно при рассмотрении конкретного дела судом, когда соответствующее юридическое лицо обладает несколькими признаками одновременно и ни один из них не квалифицируется решающим, может быть применен критерий «контроля».

Следует сказать, что поскольку данные критерии однозначно разрабатывались доктриной, принято различать и соответствующие теории, в основу которых положен тот или иной признак: теорию «инкорпорации», теорию «оседлости» — местонахождения административного центра, «центра эксплуатации».

Теория инкорпорации. В современном международном частном праве основными критериями, которые закрепляются в законодательстве и (или) судебной практике различных государств, выступают категории инкорпорации и местонахождения юридического лица. Принято считать, что первый признак для определения личного статуса иностранного юридического лица свойствен странам, принадлежащим к англосаксонской системе права: США (кроме штата Луизиана), Великобритания, государства, входящие в Британское Содружество Наций, т. е. бывшие английские колонии — Индия, Нигерия, Пакистан, Цейлон, Непал, Кения, Кипр, Зимбабве, Уганда, Танзания и т. д., доминионы — Австралия, Новая Зеландия, Южно-Африканская Республика, Канада (кроме провинции Квебек и др.), Сингапур, Филиппины, Западное Самоа, Багамские, Виргинские, Нормандские острова и т. д. Действительно, это так. Вместе с тем ныне и государства так называемой континентальной системы права в своем законодательстве и судебной практике активно используют рассматриваемый признак. Достаточно сказать, что Россия, Беларусь, Бразилия, Венесуэла, Казахстан, Китай, Чехия, Словакия, Нидерланды и др. отсылку к закону места инкорпорации (учреждения, регистрации) закрепляют как необходимый коллизионный принцип для определения личного статуса. Только в последние десятилетия он получил распространение (в том числе и благодаря перечисленным в последней группе странам) в качестве легально зафиксированного в нормативном материале соответствующих государств.

Основное содержание теории и самого критерия инкорпорации (учреждения) сводится к тому, что компания (применительно к США — корпорация), принадлежит правопорядку страны, в которой она учреждена в соответствии с ее законодательством (правом). Иными словами, компания, образованная по английскому закону и существующая на основании его предписаний, будет признаваться английской компанией в тех государствах, правопо-

циональных, юридических лиц, во-вторых, иностранных, т. е. принадлежащих к договаривающемуся государству, и, в-третьих, таковых «чужих» — принадлежащих к недоговаривающимся государствам.

Очень часто в международной жизни вопросы отыскания закона, которому подчиняется и в соответствии с которым было создано то или иное юридическое лицо, возникают в связи с налогообложением, являющимся важной составляющей его общего правового положения в зарубежной стране. Так, если договором об устранении двойного налогообложения, действующего между РФ и Бельгией, установлено, что от налогообложения на территории одного договаривающегося государства освобождаются доходы, полученные юридическими лицами от соответствующих видов деятельности, осуществляемой на территории другого договаривающегося государства, то необходимо как минимум подтвердить, является ли данное образование, претендующее, скажем, на освобождение от налога на прибыль в России, бельгийским юридическим лицом, и таким образом выявить, распространяются ли на него положения международного договора.

В том же, что касается понятий, правомерно и юридически точно употребляемых применительно к иностранным юридическим лицам, то к ним прежде всего следует отнести категорию «личного статуса» юридического лица. Легально в собственном качестве категория личного статуса" юридического лица закреплена в особой статье модельного гражданского кодекса, разработанного в рамках стран СНГ, — «Закон юридического лица», а также в разд. VI «Международное частное право» ГК РФ и аналогичных разделах кодексов стран Содружества, основанных на модели (Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Узбекистана и др.). В частности, ст. 1202 ГК РФ впервые в отечественной практике международного частного права ввела рассматриваемое понятие *lex societatis* — «личный закон юридического лица» в нормативный оборот, указав, что «личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо» (п. 1).

8.2. Основные доктрины определения личного статуса

Нормы национального права различных государств не совпадают по своему содержанию в определении того, какое лицо является «принадлежащим» к данному государству, вследствие чего их законодательство, практика (прежде всего судебная) и доктрина по-разному решает задачу отыскания правопорядка, в рамках которого данное юридическое лицо будет квалифицироваться «своим», т. е. национальным. Однако, несмотря на это, в мире были выработаны несколько признаков, руководствуясь которыми законодатель или судья квалифицировали соответствующее образование в качестве правосубъектного лица собственного или иностранного

лицо, т. е. компания, не зарегистрированная в Новой Зеландии, должно получить разрешение на инвестицию Комиссии по иностранным инвестициям в отношении определенных видов деятельности или действий (приобретения имущества новозеландской компании стоимостью свыше 10 млн новозел. долл., приобретения новозеландской компании стоимостью свыше 10 млн новозел. долл., инвестиций в создание нового бизнеса, превышающего 10 млн новозел. долл. и пр.), в отличие от отечественных юридических лиц, которым подобных разрешений не требуется. Другой пример. В ОАЭ на основании Закона о компаниях № 8 1984 г. (с изменениями и дополнениями, внесенными Законом № 13 1988 г.) 51% акций компании, создаваемой на территории ОАЭ, может владеть только физическое или юридическое лицо отечественного правопорядка. Следовательно, задача установления, идет ли в данном конкретном случае речь о местном или иностранном субъекте права, выступает как наиглавнейшая.

Наиболее красноречивой иллюстрацией указанной необходимости определения в каждом конкретном случае, о каком лице идет речь, — об отечественном или иностранном, следовательно, и о практической целесообразности постановки вопроса о «национальности» юридических лиц — является Указание ЦБ РФ от 12 февраля 1999 г. № 500-У, в котором устанавливается обязанность осуществления валютного контроля со стороны уполномоченных банков за правоммерностью совершения их клиентами валютных операций. Так, в соответствии с данным актом требуется предоставление информации в ЦБ РФ во всех случаях, когда в договоре или контракте, по которому произведен перевод за границу валютных средств, в пользу нерезидентов, зарегистрированных в государствах и на территориях, где расположены офшорные зоны, перечень которых указан в приложении к документу¹. Таким образом, анализируемый аспект, связанный с «национальностью» юридических лиц, активно проявляется на практике.

Кроме того, соответствующим двусторонним международным договором может быть установлено, что юридическим лицам, принадлежащим к договаривающимся государствам, на основе взаимности предоставляется национальный режим (либо режим наибольшего благоприятствования) для целей осуществления деятельности на территории другого договаривающегося государства. В этом случае также крайне необходимо разграничить, во-первых, своих, т. е. на-

¹ Аналогичная ситуация: скажем, если постановлением Правительства РФ «О внесении дополнения в перечень стран — пользователей схемой преференций Российской Федерации» от 25 января 1999 г. предусмотрено, что в указанный перечень включена Болгария, то для таможенных и иных органов России крайне важно установление принадлежности к ней соответствующих юридических лиц, осуществляющих внешнеторговую деятельность на территории РФ по ввозу товаров для целей распространения на них преференциального режима торговли.

Глава 8. ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

8.1. Основы правового положения юридических лиц: «национальность» и «личный статус»

Характерной чертой в правовом регулировании отношений в рассматриваемой области, равно как и в некоторых других институтах международного частного права, выступает разделение всех лиц, действующих на данной территории, на отечественных (национальных) и иностранных. Поэтому при оценке правового положения юридического лица в конкретном государстве служит критерий, по которому лицо в вышеуказанном смысле относят к какой-либо категории — к «своим», т. е. принадлежащим к данной стране, или «чужим» — т. е. другому государству. Важным фактором для уточнения гражданско-правового статуса иностранных юридических лиц в международном частном праве является то обстоятельство, что на них воздействуют по крайней мере две регулирующие системы — система национального права государства, считающегося для данного юридического лица «своим», и государства, на территории которого оно действует или предполагает действовать (территориальный закон).

Кроме того, определив принадлежность конкретного юридического лица к тому или иному государству, необходимо рассмотреть материальное содержание правовых норм, которые регулируют правовой статус: право-, дееспособность, ее объем, возникновение и условия ее прекращения, ограничения прав и обязанностей юридических лиц в гражданско-правовом отношении в соответствующей стране и т. д.

Представления личного закона, использовавшиеся в отношении физических лиц, в свое время были перенесены и на юридическую фикцию — юридических лиц, вследствие чего к ним по аналогии продолжали применяться понятия «национальность» и «оседлость». Категория «национальность» применительно к юридическим лицам является условной, неточной, поскольку она не может иметь исходного содержания — т. е. особой правовой связи лица с государством, выражаемой в институте гражданства, — но используемой в определенной мере лишь в целях удобства, краткости, обиходного употребления, и в юридическом отношении не может рассматриваться как надлежашая для целей обращения к ней при характеристике юридических лиц. Тем не менее обращение к ней в связи с юридическими лицами не вызывает возражений, если стоит задача отграничения, как было подчеркнуто ранее, отечественных правосубъектных образований от таковых иностранных.

Например, Правилами иностранных капиталовложений 1985 г. Новой Зеландии предусмотрено, что иностранное юридическое

способностью, т. е. способностью быть стороной в процессе, направленном на судебную защиту нарушенных или оспариваемых прав. Данный аспект правового положения индивидуумов-иностранцев на территории РФ в полном соответствии с конституционными предписаниями урегулирован преимущественно в ст. 398—399 Гражданского процессуального кодекса РФ 2002 г. и в ст. 254 Арбитражного процессуального кодекса РФ 2002 г. Подчеркнем в этой связи, что данная категория лиц вправе подавать заявления о признании недействительными актов государственных органов и органов местного самоуправления, которые должны приниматься и рассматриваться судами в общем порядке, и, кроме того, предъявлять требования о возмещении убытков, причиненных действием (бездействием) государственных органов, органов местного самоуправления или их должностных лиц либо в результате издания неправомерного акта.

Суды Российской Федерации также принимают иски иностранных физических лиц о признании недействительными актов, изданных органами управления юридических лиц, участниками которых являются указанные физические лица, если они не соответствуют закону и иным нормативным правовым актам и нарушают права и охраняемые законом интересы таких лиц (например, решения собраний акционеров, правления и иных органов юридического лица — акционерного общества, общества с ограниченной ответственностью либо корпоративного образования иной организационно-правовой формы, — нарушающие права акционеров, предусмотренные законодательством).

Конкретные параметры статуса лица, в сущности, зависят от его принадлежности к какой-либо группе лиц, и чтобы определить таковую, применяются различные критерии. Например, в зависимости от времени пребывания на территории РФ иностранные граждане и лица без гражданства применительно, в частности, к валютному регулированию, налогообложению и др., делятся на «резидентов» и «нерезидентов». Вместе с тем важное значение имеют цели пребывания лица в РФ, характер деятельности, род занятий и пр. Хотя описанный выше объем гражданской и гражданско-процессуальной право-, дееспособности индивидуума, относящегося к категории иностранных физических лиц, не колеблется в целом, однако с учетом его специфической деятельности в РФ в качестве, допустим, инвестора, концессионера, обладателя лицензии в области рыбного хозяйства, морского промысла, поиска, разведки и разработки минеральных ресурсов на отдельных участках государственной территории РФ и таковых, подпадающих под ее исключительную юрисдикцию и т. д., в нем, безусловно, проявляются соответствующие особенности.

вия медицинского обеспечения и медицинского страхования, которые действуют в конкретном государстве в отношении собственных граждан или постоянно проживающих на их территории лиц без гражданства. Россия в этом плане не исключение¹. Согласно постановлению Правительства РФ от 11 декабря 1998 г. № 1488, утвердившему Положение о медицинском страховании иностранных граждан, временно находящихся в Российской Федерации, разработан порядок медицинского страхования, а приказом Министерства здравоохранения от 29 января 1999 г. № 27 — минимальный перечень медицинских услуг (включая медико-транспортные услуги), оказываемые в системе медицинского страхования застрахованным иностранным гражданам, временно находящимся на территории РФ².

Положение не распространяется на иностранных граждан, проживающих в РФ в общей сложности более 183 дней в календарном году; работающих в РФ по трудовым договорам; находящихся в служебных командировках иностранных дипломатических представительств, консульских учреждениях, международных организациях, аккредитованных при Министерстве иностранных дел РФ; пребывающих в РФ с официальным визитом; находящихся в РФ по приглашению работников дипломатических представительств, консульских учреждений и международных организаций, аккредитованных при Министерстве иностранных дел РФ; имеющих право на бесплатное оказание медицинской помощи (включая медико-транспортные услуги) в соответствии с международными договорами РФ. Медицинское страхование граждан стран СНГ осуществляется на основе международных договоров, заключенных РФ с этими государствами. Особо следует указать в этой связи на норму вышеуказанного постановления № 1488, предписывающую при введении иностранным государством порядка, в соответствии с которым медицинское страхование является обязательным условием въезда российских граждан на его территорию, Министерству иностранных дел РФ рассматривать вопрос о необходимости введения аналогичного условия при въезде граждан таких государств в Российскую Федерацию. В данном случае речь идет о примере взаимности, которая не столь часто встречается в международных отношениях.

Осуществление соответствующих прав физическими лицами — иностранцами обеспечивается адекватной процессуальной право-

¹ Определения понятий «постоянно проживающие», «временно пребывающие», «временно проживающие» применительно к иностранным гражданам содержатся в ст. 2 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 24 июля 2002 г.

² В связи с применением данного Положения см.: письмо Федерального фонда обязательного медицинского страхования от 13 ноября 1999 г. «О медицинском страховании иностранных граждан».

не предоставлен российским гражданам соответствующим иностранным государством (см. Федеральный закон «О племенном животноводстве» 1995 г.).

Одним из существеннейших в практическом плане вопросов выступает круг вещей, которые могут быть предметом права собственности, а также объектов, которые не могут находиться в собственности субъектов гражданского права (вещи, изъятые из гражданского оборота). В этом смысле для иностранных физических лиц, пребывающих или планирующих находиться в РФ, важно знать, вправе ли они иметь в собственности недвижимое имущество, и если вправе, то какое именно. В частности, могут ли они, будучи иностранцами, владеть на территории России объектами собственности в виде зданий, строений, сооружений, домов, земельных участков, горных и иных отводов и т. д.? О правах иностранцев в области земельных отношений говорилось выше (см. § 1). Здесь, кроме того, важно также и знание различий, существующих в правовом регулировании соответствующих отношений, которые выражаются в подходе к решению тех или иных задач, в рамках конкретных субъектов Федерации и, следовательно, действия определенных норм на их территориях.

Что касается другой недвижимости — строений, зданий, сооружений, домов, квартир в жилых домах общего проживания и их частей, находящихся на территории России, то они беспрепятственно могут составлять объект права собственности иностранцев с соблюдением требований российского права. К ним можно отнести, например, требования по регистрации оснований возникновения и перехода прав собственности на ряд объектов (квартиры, дома, коттеджи, нежилые здания и помещения и т. д.), скажем, в порядке заключения договора купли-продажи, в компетентных государственных органах. Общим в этой связи правилом российского права выступает положение о том, что и форма сделки по поводу недвижимости, находящейся на территории РФ, с участием иностранцев, и права и обязанности по сделке, и основания возникновения права собственности в отношении их, а также подсудность разрешения споров, возникающих по поводу или в связи со сделкой, равно как и по осуществлению правомочий собственника и их защите, будут обсуждаться и разрешаться в соответствии с правопорядком Российской Федерации — *lex rei sitae* (ст. 1205 ГК РФ).

Определенные изъятия из принципа национального режима в правовом положении иностранных физических лиц могут быть связаны с их статусом. Например, подобного рода ограничения часто встречаются и в практике других государств применительно к такой категории иностранцев, как временно пребывающие на данной территории иностранные граждане (преимущественно туристы). На них, как правило, не распространяются общие уело-

странных физических лиц на территории РФ раскрывается в тех правомочиях, которыми располагают, с одной стороны, граждане РФ, и ограничениях, которыми данные правомочия сопровождаются в случае их использования иностранцами, — с другой.

Остановимся на характере подобных ограничений иностранных физических лиц в имущественной сфере. Во-первых, они связаны с приватизацией государственного и муниципального имущества, а также со статусом территории. Так, устанавливается необходимость получения специальных разрешений органов государственной власти и местного самоуправления и обязательное извещение компетентных органов при приватизации объектов и предприятий торговли, общественного питания, бытового обслуживания населения, а также мелких (до 200 человек средне-списочной численности работающих или с балансовой стоимостью по состоянию на 1 января 1992 г. до 1 млн рублей) предприятий промышленности и строительства, автомобильного транспорта (Государственная программа приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации, утвержденная Указом Президента РФ от 24 декабря 1993 г. № 2284), а также принятия Правительством РФ или правительствами республик в составе РФ (в зависимости от вида государственной собственности) одновременно с принятием решения о допустимости приватизации объектов и предприятий оборонной промышленности (у которых оборонный заказ составляет более 30 процентов общего объема выпуска продукции), нефтяной и газовой промышленности, по добыче и переработке руд стратегических материалов, драгоценных и полудрагоценных камней, драгоценных металлов, радиоактивных и редкоземельных элементов, предприятий транспорта и связи, решения о возможности допуска иностранных инвесторов к участию в приватизации.

Существует прямой запрет на использование иностранных инвестиций при приватизации государственных и муниципальных предприятий, расположенных в границах закрытого территориального образования, кроме случаев, предусмотренных постановлениями Правительства РФ (п. 1 ст. 8 Закона РФ от 14 июля 1992 г. № 3297-1 «О закрытом административно-территориальном образовании»), и ограничения при приватизации жилья и совершении сделок с недвижимым имуществом, находящимся на территории закрытого административно-территориального образования.

Кроме того, предоставление или отсутствие предоставления соответствующих прав иностранным гражданам в РФ могут обуславливаться как правилами национальных актов, так и предписаниями международных договоров. В частности, невозможность для иностранцев иметь земельные участки в собственности для осуществления племенного животноводства поставлена в зависимость от случаев, когда соответствующий режим собственности

в защите, поскольку всем предоставляется равная защита. Следует особо отметить еще и то, что право собственности относится к основным правам и свободам человека и гражданина. В соответствии с Конституцией РФ в качестве таковых они имеют прямое действие. Если Конституцией устанавливается, что каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами, что никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда, а принудительное отчуждение имущества для государственных целей может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения (ст. 35) или федеральным законом и только в той мере, в какой это необходимо для достижения перечисленных в ч. 3 ст. 55 Конституции целей, то со всей очевидностью следует, что любое действие (либо бездействие), направленное на лишение лица прав собственности, не укладывающееся в приведенные рамки существующего правопорядка, должно рассматриваться как нарушение права собственности и, значит, посягательство на основные права и свободы человека. Эта формула касается как «своих» (национальных), так и иностранных граждан.

Хотя действующее право Российской Федерации, как было отмечено ранее, исходит в принципе из основополагающего принципа национального режима, вопрос о дифференциации между отечественными гражданами РФ и иностранными гражданами и лицами без гражданства имеет немалое практическое значение, прежде всего ввиду допускаемых законодательством отдельных исключений. Подход, выраженный в Конституции РФ, последовательно подтвержден и в ст. 2 ГК РФ, однозначно распространяющей действие правил, установленных гражданским законодательством, на отношения с участием иностранных граждан и лиц без гражданства, если иное не предусмотрено федеральными актами. Эти нормы устанавливают механизм действия принципа национального режима в случаях тех самых изъятий, которые могут вводиться либо федеральным законом, либо международным договором. Отсюда вытекает, что иностранные граждане и лица без гражданства пользуются на территории России гражданской правоспособностью наравне с отечественными гражданами. При этом российское право не проводит разграничения между иностранцами, проживающими в пределах юрисдикции российского государства, и таковыми, которые находятся вне ее. И те и другие могут иметь на территории России тот же объем имущественных, а также связанных с ними личных неимущественных прав и корреспондирующих им обязанностей, основанных на равенстве, автономии воли и самостоятельности участвующих в гражданском обороте субъектов, что и граждане РФ. Таким образом, реальное содержание, скажем, прав собственности ино-

ляющееся гражданином Российской Федерации и имеющее гражданство (подданство) иностранного государства»; «лицо без гражданства—лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и не имеющее доказательств наличия гражданства» (ст. 3 «Основные понятия»). Выражение «иностранцы физические лица», таким образом, может включать в себя граждан иностранных государств, а также лиц без гражданства. Кроме того, в условиях российской действительности имеет значение также и выделение в отдельную категорию лиц, имеющих двойное гражданство, а также особой группы физических лиц — иностранцев — беженцев.

В принятом 25 июня 2002 г. Федеральном законе «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» как специальном акте, посвященном широкому кругу вопросов, раскрывающих правовое положение иностранных физических лиц в России, подверглись регламентации не только условия въезда и пребывания (как постоянного, так и временного) иностранных граждан и лиц без гражданства на территории РФ (ст. 5—9), но и конкретизированы соответствующие их права и обязанности. Это касается отношений в рамках избирательного права, трудовой¹ и образовательной деятельности. Сформулированы нормы, устанавливающие концептуальные отношения законодателя и Российского государства в целом к призыву иностранных граждан на военную или альтернативную гражданскую службу либо к принятию на работу в Вооруженные Силы РФ, другие войска, воинские формирования и органы в качестве лиц гражданского персонала; несению иностранными гражданами государственной или муниципальной службы или ведению иной деятельности (ст. 13—15); а также к передвижению иностранных граждан в пределах РФ, регистрации, учебе и ответственности иностранных граждан (ст. 11, 22-25, 26-29, 33-34).

Безусловно, что одним из наиболее важных правомочий лица, находящегося на территории иностранного государства, являются таковые в экономической и социальной сфере. Среди экономических прав личности, провозглашенных международно-правовыми документами в области прав человека, — таких, как Всеобщая декларация прав человека, Пакты о правах человека и др., — право собственности выступает одним из первостепенных. В Российской Федерации это право закреплено как одно из основных конституционных прав. Согласно ч. 2 ст. 8 Конституции в РФ признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. В этой связи недостаточно подчеркнуть, что в России ни одна из форм собственности, включая государственную, не имеет приоритета

¹ О правах иностранцев в сфере трудовых отношений см. гл. 17 настоящего учебника.

сут обязанности наравне с гражданами РФ, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ (п. 3 ст. 62).

В данном случае Основной закон РФ закрепляет в отношении иностранцев принцип национального режима, что означает установление правила об уравнивании, за некоторыми изъятиями и исключениями, в правах и обязанностях иностранцев и собственных граждан.

При этом важно заметить, что национальный режим предоставляется иностранцам в нашей стране в безусловном порядке, т. е. без встречного требования о взаимности в отношении надления аналогичным режимом российских граждан в конкретном зарубежном государстве. К примеру, государство X в своем внутреннем правопорядке не следует принципу национального режима применительно к иностранцам, находящимся на его территории. Однако его граждане, пребывающие в РФ, будут пользоваться правами наравне с россиянами, несмотря на то, что российские граждане на территории страны X не будут уравнианы в правах с собственными ее гражданами. В связи с этим нельзя не обратить внимание на одно немаловажное обстоятельство. Если государство Y необоснованно устанавливает по отношению к российским гражданам какие-либо ограничения в правах, каким бы то ни было образом дискриминируя их, в ответ Российская Федерация вправе установить ответные ограничения для граждан этого государства на своей территории в изъятие из общего принципа национального режима, применив тем самым *реторсию*.

В силу всего сказанного выяснение принципиальных составляющих правового положения собственных (т. е. российских) граждан и некоторых исключений, которые не распространяются на них и соответственно действуют только в отношении иностранных физических лиц, весьма важно.

В Федеральном законе от 31 мая 2002 г. «О гражданстве Российской Федерации» содержатся понятия, относящиеся к рассматриваемой области: «иностранный гражданин», «иностранный подданный», «лицо без гражданства». Федеральный закон о государственном регулировании внешнеторговой деятельности от 13 октября 1995 г. также разграничивает группу иностранных участников внешнеторговой деятельности, являющихся физическими лицами, разделяя их на две категории: «иностранные граждане, гражданская правоспособность и дееспособность которых определяется по праву иностранного государства, гражданами которого они являются, и лица без гражданства, гражданская дееспособность которых определяется по праву иностранного государства, в котором эти лица имеют постоянное место жительства» (ст. 2).

Закон «О гражданстве Российской Федерации» оперирует следующими определениями: «иностранный гражданин — лицо, не яв-

В новейших актах, посвященных правовой помощи в двусторонних отношениях с другими государствами, подготавливаемых Российской Федерацией, содержится несколько отличающееся регулирование. Ввиду специфичности положений по рассматриваемому вопросу представляется целесообразным привести их полностью. Так, российско-польский Договор о правовой помощи от 16 сентября 1996 г. устанавливает следующее:

«1. Для признания лица безвестно отсутствующим или умершим, а также установления факта смерти применяется законодательство Договаривающейся Стороны, гражданином которой являлось лицо в то время, когда оно по последним сведениям было в живых.

2. Суд одной Договаривающейся Стороны может в соответствии с законодательством своего государства признать гражданина другой Договаривающейся Стороны безвестно отсутствующим или умершим, а также установить факт его смерти: 1) по просьбе лица, намеревающегося реализовать свои наследственные права или права, вытекающие из имущественных отношений между супругами, в отношении недвижимого имущества умершего или безвестно отсутствующего лица, находящегося на территории Договаривающейся Стороны, суд которой должен вынести решение; 2) по просьбе супруга (супруги) умершего или безвестно отсутствующего лица, проживающего на момент подачи ходатайства на территории Договаривающейся Стороны, суд которой должен вынести решение.

3. Решение, вынесенное согласно пункту 2 настоящей статьи, имеет юридические последствия только на территории Договаривающейся Стороны, суд которой вынес указанное решение» (ст. 23).

7.5. Правовое положение иностранцев в Российской Федерации

Ключевыми для понимания правового статуса индивидуумов-иностранцев в РФ выступают конституционные предписания, во-первых, о том, что в РФ «признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права» (п. 1 ст. 17). При этом особое значение имеет ст. 18 Конституции, содержащая необходимую конкретизацию в отношении реализации приведенных предписаний. Иными словами, речь идет о том, что в РФ права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. В данном контексте это означает, что в обоснование защиты нарушенных прав и свобод лицо может сослаться, а судебное учреждение обязано применить нормы, зафиксированные в соответствующих международных документах и иным образом закрепленные в международном праве. Во-вторых, иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в РФ правами и не-

щими тесное взаимодействие друг с другом на всех направлениях военной, политической, хозяйственной и культурной жизни, включая контакты между физическими лицами. Например, положениями российско-кубинского Договора о правовой помощи от 14 декабря 2000 г. предусматривается, что объявить лицо безвестно отсутствующим, умершим или установить факт его смерти вправе только судебное учреждение страны, гражданином которой являлось это лицо в то время, когда по последним данным оно было в живых. Наряду с этим соглашение устанавливает и другой вариант, когда закрепляется компетенция учреждений и другой договаривающейся стороны. Это, в частности, может произойти в следующих случаях: а) по просьбе лица, намеревающегося реализовать свои наследственные права или права, вытекающие из имущественных отношений между супругами, применительно к недвижимому имуществу умершего или безвестно отсутствующего лица, находящегося на территории договаривающейся стороны, суд которой должен вынести решение; б) по просьбе супруга умершего или безвестно отсутствующего лица, проживающего на день подачи просьбы на территории договаривающейся стороны, суд которой должен вынести решение (ст. 21). И в той и в другой ситуации применяется законодательство того государства, учреждение которого рассматривает дело.

Таким образом, если проживающая на территории России кубинская семья имеет в совместной супружеской собственности акции или иные ценные бумаги российских предприятий и если жена, будучи кубинской гражданкой, обращается в российский суд с просьбой о признании мужа умершим в условиях, когда с момента поступления последних данных о нем как о живом прошло более 5 лет, в целях решения вопроса, во-первых, о своем гражданстве в настоящее время и, во-вторых, о судьбе его доли в общем имуществе супругов, то последний должен считаться компетентным для рассмотрения этого ходатайства и будет разрешать вопрос на основании российского права.

Подобные предписания зафиксированы во многих других договорах о правовой помощи с Азербайджаном, Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Грузией, Киргизией, Латвией, Литвой, Эстонией, Республикой Молдова, Монголией, Чехословакией, Египтом, КНДР, а также многосторонней Конвенции о правовых отношениях и правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. стран СНГ. Однако в данном документе получили решение также и вопросы аналогичного свойства, касающиеся лиц без гражданства. Для них предусмотрен принцип привязки к последнему месту жительства лица, в отношении которого орган юстиции договаривающегося государства ведет производство по делу об объявлении безвестно отсутствующим, умершим либо устанавливает факт смерти (ст. 25).

вить гражданина Чехии умершим вправе всегда лишь чешский УД (§ 43). Тот же подход характерен и для права ФРГ (ст. 12 Закона ФРГ о безвестном отсутствии 1951 г. с последующими изменениями и дополнениями, а также положений инкорпорированных в новое регулирование о международном частном праве ФРГ — новый Вводный закон к ГГУ).

Однако в силу специфических обстоятельств, когда вопрос решает судебное учреждение другого государства, применяется закон суда. Так, польский Закон о международном частном праве от 12 ноября 1965 г. гласит: если по делу о признании иностранца умершим или об установлении факта его смерти дает заключение польский суд, применяется польское право (§ 2 ст. 11). В том же плане высказывается и чешский законодатель: чешский суд может объявить иностранца умершим по материальному праву Чехии с юридическими последствиями для лиц, постоянно проживающих в Чехии, и для находящегося здесь имущества (п. 2 § 43 Закона о международном частном праве и процессе 1963 г.). Следовательно, основанием для рассмотрения вопроса о признании чешским судом иностранного гражданина или лица без гражданства умершим является ходатайство соответствующих лиц, чей интерес в имуществе или ином основан на законе, действующем в данной стране. Более общий подход закреплен в венгерском Законе о международном частном праве 1979 г.: здесь предпосылкой применения венгерского права выступают вообще «внутренние интересы правового характера», которые обуславливают объявление венгерским судом иностранного гражданина умершим или отсутствующим либо установление факта смерти такого лица. Закон же МНР во всех случаях объявления лица безвестно отсутствующим или умершим в пределах территории Монголии подчиняет это действие монгольскому праву (п. 6 ст. 428 ГК МНР).

Кодекс Бустаманте, например, не использует указанную категорию—признание лица умершим или безвестно отсутствующим. Однако он вводит в регулирование понятие «презумпция переживания одним лицом другого или одновременной смерти лиц» (ст. 29), вследствие чего можно, как представляется, говорить о том, что праву стран — участниц данной Конвенции рассматриваемый институт в определенном смысле известен. По крайней мере, формулировка этой статьи не оставляет почвы для сомнений: «Презумпции переживания одним лицом другого или одновременной смерти лиц при отсутствии доказательств иного регулируются личным законом умерших в отношении их наследств».

Двусторонние договоры о правовой помощи традиционно содержат положения в данной области, поскольку именно международно-правовым путем можно избежать некоторых трудностей, возникающих в практике признания лиц безвестно отсутствующими национальными органами юстиции государств, осуществляю-

правляется в соответствующий суд другой договаривающейся стороны. Данные положения применяются также при отмене ограничения дееспособности или признания лица дееспособным.

Регулирование по данным вопросам, содержащееся в многостороннем документе — Конвенции о правовых отношениях и правовой юрисдикции по гражданским, семейным и уголовным делам стран СНГ 1993 г. (ст. 24), совпадает с приведенными положениями двусторонних соглашений, в том числе российско-эстонского договора.

7.4. Безвестное отсутствие и объявление лица умершим

Институт объявления безвестно отсутствующим и признания лица умершим вследствие безвестного отсутствия существует далеко не во всех странах. В тех же государствах, где он имеется, материальные нормы значительно расходятся в том, что касается условий и сроков объявления без вести пропавшими, юридических последствий безвестного отсутствия и т. д. В некоторых государствах имеются специальные законы, предусматривающие порядок признания безвестно отсутствующего лица умершим, а также конкретные предпосылки для подобного признания (Австрия, ФРГ, Италия), в других разработаны лишь отдельные нормы (Польша, Венгрия, Чехия, Россия, Монголия и др.).

Право ряда стран (Франции, Алжира, других государств, воспринявших романскую систему) не признает принцип объявления лица отсутствующим или умершим. В таких государствах возможно лишь в рамках судебного производства по конкретному делу вынести судебное определение о безвестном отсутствии лица, которое будет иметь значение только для данного дела, но не для иных отношений. При отсутствии письменного доказательства смерти лица используются средства доказывания, предусмотренные законом страны суда, в частности свидетельские показания лица, объявившего о смерти индивидуума (см., например, ст. 79 Ордонанса о гражданском состоянии № 70.20 1970 г. Алжира, ст. 29 ГК Алжира, которые допускают при отсутствии свидетельств о смерти другие средства доказывания).

Право Великобритании и США вообще не знает института объявления лица безвестно отсутствующим. В Англии, например, допустимо лишь для целей судебного разрешения конкретного дела установить презумпцию смерти лица, о котором не было известий в течение 7 лет.

Коллизионные аспекты безвестного отсутствия и объявления умершим решаются на основе привязки отношения к личному закону, каковым выступает либо закон гражданства, либо закон постоянного места жительства (домицилия). Так, чешский Закон о международном частном праве строго устанавливает, что объя-

вом), 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».

В целях установления известной стабильности в областях подобного рода в договорах о правовой помощи, заключенных Российской Федерацией с иностранными государствами, указанные вопросы подверглись международно-правовому урегулированию. Так, в случаях, не терпящих отлагательств, учреждение юстиции той договаривающейся стороны, где находится местожительство или местопребывание лица, подлежащего признанию ограниченно дееспособным либо недееспособным и являющегося гражданином другой договаривающейся стороны, может само принять меры, необходимые для защиты этого лица или его имущества. Распоряжения, принятые в связи с этими мерами, следует направить соответствующему учреждению юстиции договаривающейся стороны, гражданином которой является это лицо (ст. 21 российско-польского, ст. 20 российско-кубинского договоров о правовой помощи). Распоряжения подлежат отмене, если учреждением юстиции данной договаривающейся стороны будет постановлено иное. При отмене ограничения дееспособности лица либо признании его дееспособным компетентен суд той страны, гражданином которой является данное лицо (ст. 22 Договора о правовой помощи между СССР и Чехословакией, ныне соответственно действительного в отношениях России с Чехией и Словакией, от 12 августа 1982 г.). Российско-эстонским договором в дополнение к вышеуказанному устанавливается, например, что если учреждение одной из договаривающихся сторон установит, что имеются основания для признания ограниченно дееспособным или недееспособным гражданина другого договаривающегося государства, местожительство или местопребывание которого находится на территории этой договаривающейся стороны, то оно уведомляет об этом соответствующее учреждение государства-партнера, гражданином которого является это лицо. Если суд, уведомленный в соответствии с предусмотренным в договоре порядком, заявит, что он предоставляет выполнять соответствующие действия суду по месту жительства данного лица, или не выскажется в трехмесячный срок, то учреждение по месту жительства или местопребывания этого лица вправе вести дело по признанию его ограниченно дееспособным или недееспособным в соответствии с законодательством своего государства, если такое же основание для признания ограниченно дееспособным или недееспособным предусмотрено также в законодательстве договаривающейся стороны, гражданином которой данное лицо является. Решение о признании ограниченно дееспособным или недееспособным на-

Венгерский закон о международном частном праве применительно к ан аизируемым проблемам устанавливает следующее: «Иностраннй гражданин, объявленнй по своему личному закону ограниченно дееспособным или полностью недееспособным, будет считаться обладающим дееспособностью в отношении хозяйственных сделок, совершаемых в целях удовлетворения личных бытовых потребностей, если он обладает дееспособностью по венгерскому праву». Кроме того, иностранец, признанный по личному заксну ограниченно дееспособным или лишенным дееспособности, однако обладающий дееспособностью по венгерскому праву, рассматривается дееспособным также и в отношении других сделок; совершаемых им, если последствия таких сделок имеют действие на территории Венгрии (ст. 15).

Действующее российское право предусматривает одностороннюю коллизионную норму: «...признание в Российской Федерации физичесого лица недееспособным или ограниченно дееспособным подчиняется российскому праву» (п. 3 ст. 1197 ГК РФ). Закономерным правовым последствием признания лица ограниченно дееспособным или лишенным дееспособности является установление опеки и попечительства. В новом регулировании РФ по международному частному праву этому аспекту уделено предметное внимание. Так, появились специальные коллизионные нормы, касающиеся отыскания права, подлежащего применению к опеке и попечительству, которые ныне помещены в ст. 1199 ГК РФ. Здесь с пределение «решающего» для существа отношения права поставлено в зависимость от дифференциации объемов (круга общественных отношений, а также условий, при которых действуют лeredеленные правила поведения), установленных в содержащихся в данной статье коллизионных нормах. Спектр формул прикрепления к соответствующему правопорядку подразумевает как личнй закон лица, в отношении которого учреждаются опека или попечительство, так и личный закон опекуна (попечителя). В то же время не исключается и обращение к закону места совершения акта (*lex loci actus*) либо закону суда (*lex fori*). При этом впервые за всю предшествующую практику международного частного права в регулировании применены инструменты поистине «революционные». В этом плане нельзя не отметить крупное нововведение действующего права —при наличии указанных в положениях п. 3 ст. 1199 ГК РФ обстоятельств осуществляется сравнение содержания материальных норм иностранного и российского (если последний выступает в качестве *lex domicilii* субъекта, над которым устанавливается опека или попечительство) травопорядков, в ходе отыскания надлежащего права и окончательного его выбора на основе критерия большей благоприятности для опекаемого лица: «Отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительст-

ное действие во всех других договаривающихся государствах, местное право которых допускает такое объявление (ст. 100).

Важное значение имеет также и иной, но тесно связанный с этим вопрос: какое государство вправе объявить лицо ограниченно дееспособным или лишенным дееспособности, т. е. чей суд либо иной орган компетентен вынести по этому поводу решение? Иными словами, может ли суд ФРГ объявить ограниченно дееспособными российского гражданина или швейцарского гражданина и на каком законе будет основываться соответствующее решение—нормах немецкого либо российского или швейцарского права?

Распространенной нормой в этом отношении выступает правило о том, что компетентными являются учреждения страны гражданства или основного места жительства (домициля) и применимым правом, следовательно, будет выступать *lex fori*. Например: возникновение, изменение и прекращение опеки, попечения и попечительства в германском суде по общему правилу подчиняется праву гражданства лица, в отношении которого устанавливается опека, попечение или попечительство. «Для гражданина иностранного государства, который свое обычное местопребывание или в отсутствие такового свое местопребывание имеет внутри страны (Германии), попечитель может быть назначен согласно германскому праву» (ч. 1 ст. 24 Вводного закона к ГГУ). В силу этого в отношении проживающего в Гамбурге англичанина ввиду расточительности лица в суде ФРГ может быть назначено попечительство и установлено его содержание на основании германского закона попечительства (ч. 3 ст. 8 Вводного закона к ГГУ), закрепляющего, что содержание попечения, равно как и назначенных опеки и попечительства, определяются по праву назначившего их государства, хотя, как отмечено выше, английское право не знает лишения или ограничения дееспособности по признаку расточительства.

В данном случае компетенция немецкого суда будет базироваться на принципе места жительства лица. При этом только суд ФРГ может быть компетентным в отношении признания недееспособным или ограниченно дееспособным гражданина Германии.

Юридические последствия признания лица ограниченно дееспособным или полностью недееспособным определяются по праву того государства, в котором имело место такое признание. В частности, если в отношении подданного Великобритании вследствие его душевной болезни в Германии была установлена опека по праву ФРГ, это привело бы к полной недееспособности лица, в результате чего оно не вправе было бы совершать сделки, в том числе и по поводу жизненно необходимых вещей (*necessaries*), в то время как в Англии подобные акты были бы действительными.

государств и *домициля (постоянного местожительства)* — в том, что касается лиц без гражданства, проживающих на их территориях (ст. 23).

7.3. Ограничение и лишение дееспособности иностранцев

В данной области международного частного права, как и во многих других, существует немало расхождений в материальном праве различных государств: не во всех государствах признаются основаниями для ограничений дееспособности такие обстоятельства, как расточительство, болезненные наклонности (алкоголизм, наркомания и т. д.); различен порядок объявления ограниченно дееспособным или недееспособным.

Более или менее общим положением, существующим в международном частном праве для решения вопроса об ограничении дееспособности совершеннолетнего лица, является принцип, согласно которому лишение дееспособности или поражение (ограничение) в правах иностранца должно подчиняться его личному закону. Следовательно, руководствуясь именно этим законом, необходимо обсуждать и требования, которым данное лицо не удовлетворяет, в результате чего ставится вопрос об ограничении дееспособности, а также прочие материальные условия. Таким образом, выбор соответствующего правопорядка, призванного ответить на вопрос, подлежит или не подлежит данное лицо объявлению недееспособным либо ограниченно дееспособным, приобретает тем большую важность, что различные правовые системы по-разному формулируют критерии для подобного признания. В частности, игрок в рулетку может быть объявлен ограниченно дееспособным как расточитель во Франции, Монако, Италии, Германии и т. д., но не в Англии или иной стране «общего права», которым данное основание неизвестно.

Однако данный признак, как следует непосредственно из текста договора, представлял серьезную значимость для стран — участниц Кодекса Бустаманте, вследствие чего соответствующие его положения посвящены именно этому вопросу. Так, объявление лица расточителем и его последствия определяются личным законом расточителя. Однако определяемый таким образом закон не имеет безусловного действия, поскольку в Кодексе содержится известное ограничение, состоящее в том, что если таким личным законом будет правопорядок государства, в котором лицо имеет постоянное местожительство (домициль), но закон его гражданства («национальное право», по терминологии Кодекса Бустаманте) не предусматривает такого правила, т. е. об объявлении расточителя ограниченно дееспособным, закон домициля не применяется (ст. 98—99). Во всех случаях объявление расточителем, сделанное в одном из договаривающихся государств, имеет экстерриториаль-

притока иностранной рабочей силы и других категорий лиц в некоторые государства.

В части установления объемов правоспособности физических лиц в них прежде всего закрепляется уравнивание в правах иностранных и национальных граждан (национальный режим), особенно в том, что касается осуществления гражданами договаривающихся государств правовой защиты их личных и имущественных прав (ст. 1 Конвенции о правовой помощи по гражданским делам РФ с Италией от 25 января 1979 г., ст. 1 Договора о правовой помощи между Россией и Китайской Республикой от 19 июня 1992 г., ст. 1 Договора между РФ и Албанией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 30 октября 1995 г. и др.).

Дееспособность иностранных граждан подчиняется их личному закону, и преимущественно закону⁴ гражданства. Так, в Договоре о правовой помощи, заключенном между РФ и Эстонской Республикой от 26 января 1993 г. (ст. 22), дееспособность физического лица определяется законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой является это лицо. Интересно отметить, что согласно Договору о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам с Польшей от 28 декабря 1957 г. по принципу подчинения закону гражданства решен вопрос как дееспособности, так и правоспособности физических лиц (ст. 1). Однако принятым впоследствии между сторонами Протоколом к указанному соглашению от 23 января 1980 г. было произведено необходимое уточнение приведенного подхода. В его ст. 22 говорится, в частности, что дееспособность физического лица определяется законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой он является. Однако при заключении мелких бытовых сделок дееспособность физического лица подчиняется законодательству стороны, на территории которой заключается сделка. В новом Договоре между РФ и Республикой Польша о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам (от 16 сентября 1996 г.), вступившем в силу 18 января 2002 г., вопросы дееспособности физических лиц регламентируются на основе принципа гражданства, а в отношении гражданской и процессуальной правоспособности действует национальный режим.

Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. стран СНГ являет собой исключительно важный документ с точки зрения полноты освещения и решения анализируемой части вопросов, так как впервые в многостороннем масштабе закреплены унифицированные нормы в области определения правоспособности — на началах национального режима (ст. 1), а в части дееспособности — на принципах *гражданства* для граждан договаривающихся

в какой они зависят от формальных условий их действительности, подчиняются праву того места, где совершена сделка».

Широкое распространение в национальном праве подхода, основанного на привязке отношения к «территориальному» закону, обусловило его закрепление и в международных документах: в Женевской конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях 1930 г. говорится, что способность лица обязываться по переводному или простому векселю определяется его национальным законом. Лицо, не обладающее способностью согласно национальному закону, тем не менее несет ответственность, если подпись была совершена на территории страны, по законодательству которой это лицо было бы способно (ст. 1). Аналогичная норма содержится в Женевской конвенции о чеках 1931 г.

Таким образом, в сегодняшней правовой действительности рассмотренный подход стал преобладающим не только в национально-правовых системах, но и в международных договорах. Известное исключение из него существует для сделок с недвижимостью: в этом случае приведенные акты перечисленных выше и прочих государств уточняют, что способность лица заключить сделку по поводу недвижимой собственности подчиняется закону места нахождения недвижимости (*lex rei sitae*). Японский закон применительно к право-, дееспособности иностранцев допускает оговорку также и для наследственных и иного рода отношений (п. 3 ст. 3 Закона 1898 г.).

В действующем праве Российской Федерации определение дееспособности предпринимателя осуществляется по закону того государства, в котором лицо зарегистрировано в качестве такового: «Право физического лица заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица в качестве индивидуального предпринимателя определяется по праву 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» (ст. 1201 ГК РФ).

Вопросы определения право-, дееспособности в договорах о правовой помощи. Важным инструментом регулирования правового положения иностранных физических лиц и установления соответствующих режимов пребывания граждан договаривающихся государств стали двусторонние договоры о правовой помощи. В них вопросам определения право-, дееспособности стабильно уделяется особое внимание. Это объясняется прежде всего интенсификацией процессов миграции населения, движения капиталов, услуг и т. д., учащением военных конфликтов в различных точках земного шара и усилением, в частности, в результате всего этого

Впоследствии данное правило стало практически универсальным. Ранее в отечественном праве (Основы 1991 г.) подчинение дееспособности лица в отношении сделок и деликтов, совершаемых в пределах России, территориальному закону (сначала советскому, а затем российскому правопорядку) выступало в качестве специальной коллизионной нормы, представляющей собой исключение из общего правила. В разд. VI ГК РФ введена особая (в свою очередь, основная) норма о том, что «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» (п. 2 ст. 1197). Таким образом, правилу-исключению из генеральной нормы определения гражданской дееспособности на основе принципа гражданства (домицилия — для лиц без гражданства), имеющему узкую сферу действия — в отношении актов, совершаемых только на территории РФ (СССР), пришло на смену предписание общего характера, хотя и сопровождаемое оговорками, но издавна знакомое международному частному праву.

Действующие ныне принципы допускают даже отступления от личного закона в сторону применения не только закона места совершения действия (сделки), но и закона суда: так, ст. 23 Гражданского кодекса 1966 г. Португалии гласит: «Сделка лица, не полностью дееспособного, как правило, действительна, если данное лицо по праву страны суда рассматривается как дееспособное».

Однако при рассмотрении затронутой проблемы существенно одно немаловажное обстоятельство — речь идет преимущественно о дееспособности в рамках обязательственных отношений, ибо в иных областях, например в брачных отношениях, дееспособность представляет собой отдельный вопрос, решение которого целесообразно осветить в разделе, посвященном брачно-семейным отношениям.

В англосаксонском праве общей нормой определения дееспособности издавна выступал принцип домицилия, в обязательственных правоотношениях — «собственное право договора», а в некоторых их видах — закон места совершения сделки. В частности, английский Вексельный закон 1882 г. большинство коллизионных проблем подчиняет закону места совершения действия, что дало основание судам при рассмотрении дел, касающихся определения вексельной право-, дееспособности, распространять на них действие *lex loci contractus* в силу норм его ст. 72. Между тем ее положения явным образом не затрагивают вопросов дееспособности лиц в вексельных отношениях. В частности, она устанавливает следующее: «Если вексель, выданный в одной стране, поступает в обращение, дисконтируется, акцептуется или оплачивается в другом государстве, права и обязанности сторон в той мере,

явлено недееспособным во всех других государствах. Со временем его соблюдение стало вызывать возражения ввиду явной несовместимости с интересами стабильности торгового и хозяйственного оборота, так как всегда существовала угроза того, что чужеземный купец мог объявить сделку, совершенную им в иностранном государстве, недействительной под предлогом отсутствия у него дееспособности по национальному закону. В этом смысле поворотный характер имело решение французского Кассационного суда в 1861 г. по делу Лизарди. Суд, вынося решение, сформулировал принцип «извинительного незнания иностранного закона» и счел возможным ввиду того, что француз «действовал осмотрительно, не допуская неосторожности», квалифицировать сделку действительной, поскольку иностранный гражданин был дееспособен по французскому правопорядку как закону места заключения сделки. Гражданский кодекс Алжира, являясь современным документом, воспроизвел данное решение. Так, его ст. 10 предусматривает: «Однако если одна сторона сделки денежного или имущественного характера, совершенной в Алжире и подлежащей там исполнению, является недееспособным иностранцем, но эта дееспособность по каким-либо причинам не могла быть легко обнаружена, она не оказывает никакого влияния на действительность сделки».

Сходную позицию заняла и Германия, практика которой характеризовалась еще большей защитой «своего» купца, ибо она не прибегала, как французский Кассационный суд, к оговоркам о «добросовестности», «разумности» и «осмотрительности» в отношении поведения контрагента, являющегося собственным гражданином. К тому же изъятие из общего принципа о подчинении дееспособности иностранца его личному (национальному) закону в этой стране было закреплено в ст. 7 Вводного закона к ГГУ: если иностранец заключает в пределах Германии сделку, в отношении которой он недееспособен по закону гражданства, но мог бы считаться дееспособным по праву Германии, то он признается дееспособным для целей заключения такой сделки.

В дальнейшем не только в судебной практике, но и в «писаном праве» различных государств стал формироваться именно такой подход. Например, ст. 3 японского Закона (хорея) 1898 г. «О применении законов» устанавливает общее правило: «Дееспособность лица подчиняется закону его отечественного государства». В то же время, если лицо, обладающее полной дееспособностью согласно японскому закону, даже будучи недееспособным по своему национальному закону, совершает юридический акт на территории Японии, оно будет рассматриваться как полностью дееспособное вне зависимости от того, что содержится в предыдущем пункте.

новном по личному закону (*lex personalis*), который, как известно, существует в двух своих разновидностях — закона гражданства (*lex nationalis*, или *lex patriae*) и закона местожительства (*lex domicilii*). После введения в действие третьей части ГК РФ отечественное право также стало использовать общепринятую в международной практике обобщающую разновидность коллизионной формулы определения дееспособности физического лица — *lex personalis*. Иными словами, ныне в праве России доктринальное понятие личного закона превратилось в легальную закрепленную категорию: «личным законом физического лица считается право страны, гражданство которой это лицо имеет» (п. 1 ст. 1195 ГК). Статья 1195 содержит разветвленную систему норм, позволяющих в разнообразных по фактическому составу отношениях установить, право какой страны будет выступать в качестве личного закона гражданина или лица без гражданства. В этом смысле наметившаяся в предшествующем регулировании тенденция к использованию обоих видов коллизионных привязок — принципа гражданства и домицилия — в новой регламентации оформилась достаточно четко: содержание как ст. 1195, так и п. 1 ст. 1197 можно рассматривать в качестве подтверждения действия в РФ «смешанной» системы коллизионных привязок, обеспечивающих установление личного закона. Модель гражданского кодекса для стран СНГ и соответственно гражданские кодексы государств — участников Содружества, воспринявших модель (Армении, Азербайджана, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Узбекистана), в свою очередь, оперируют данной категорией как легальной.

Законы о международном частном праве Венгрии, Чехии, Польши, в настоящее время ГК РФ, соответствующие разделы гражданских кодексов МНР, СРВ и положения многих других стран связывают определение дееспособности иностранных физических лиц с законом гражданства, лиц без гражданства — с порядками государств, на территориях которых данные лица постоянно или преимущественно проживают.

В этой связи необходимо упомянуть о подходе к рассматриваемой проблеме Кодекса Бустаманте, который объединяет страны Латинской Америки, применяющие в равной мере и принцип гражданства, и принцип домицилия. В Кодексе было зафиксировано компромиссное решение, отраженное в ст. 7: «В каждом договаривающемся государстве будет применяться в качестве личных законов закон домицилия или закон гражданства, или те, которые уже приняты либо будут приняты его внутренним законодательством».

Исторически имеющим широкое распространение постулатом выступало правило: лицо, дееспособное по закону отечественного государства, признается таковым и за границей, и наоборот — недееспособное по праву своего государства лицо должно быть объ-

видации юридического лица, в том числе вопросы правопреемства; 5) содержание правоспособности юридического лица; 6) порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей; 7) внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками; 8) способность юридического лица отвечать по своим обязательствам (п. 2 ст. 1202). Важно отметить, что данный список не является полным, поэтому правопорядком страны, выступающим в качестве личного статута юридического лица, могут охватываться и некоторые иные аспекты существования и деятельности юридического лица.

В общей форме контуры пределов применения *lex societatis* очерчивают венгерский Закон о международном частном праве 1979 г. (п. 1 ст. 18) и Закон Венесуэлы о международном частном праве 1998 г. (ст. 20), а также Кодекс международного частного права Туниса 1998 г. (ст. 43). Весьма детально характеризует ответ на поставленный вопрос Закон «Реформа итальянской системы международного частного права» 1995 г.: «Право, применимое к правовым образованиям, определяет, в частности: а) правовую природу правового образования; б) наименование правового образования; в) вопросы учреждения, реорганизации и прекращения правового образования; г) правоспособность правового образования; д) порядок создания и функционирования, а также полномочия органов правового образования; е) вопросы представительства правового образования; ж) порядок приобретения и утраты членства в правовом образовании или статуса партнера, а также права и обязанности, связанные с членством в правовом образовании и статусом партнера; з) последствия несоблюдения законодательства либо учредительных документов правового образования» (п. 2 ст. 25).

8.3. Проблема «международных юридических лиц»

В течение последних десятилетий не только в зарубежной, но и в отечественной научной и учебной литературе по международному частному праву весьма активно обсуждалось понятие «международные юридические лица». В большинстве случаев отмечается, что о международных юридических лицах следует вести речь тогда, когда они созданы международным соглашением (договором), как, например, Международный банк реконструкции и развития, Международный валютный фонд, Европейский банк реконструкции и развития, Межгосударственное евроазиатское объединение угля и металла стран СНГ, Межгосударственный банк, также созданный в рамках СНГ, и т. д. М. М. Богуславский отмечает, что в советской юридической литературе понятие международного юридического лица впервые было применено в связи

с международными банками, созданными странами — членами СЭВ — МВЭС (Международным банком экономического сотрудничества) и МИБ (Международным инвестиционным банком).

Подходя к оценке рассматриваемого понятия с исторических позиций, следует подчеркнуть, что в свое время создание юридических лиц подобного рода посредством заключения межгосударственного договора было нетипичным явлением и практически всегда сопровождалось изъятием их из-под действия общих норм национального гражданского, торгового, таможенного, налогового или иных отраслей права соответствующего государства, вследствие чего правовое положение таких образований могло отличаться от такового любых других юридических лиц, действующих в конкретной стране (будь то национальные или иностранные). С этим, как представляется, можно было бы связывать выделение так называемых «международных юридических лиц» в отдельную категорию. В сегодняшних же условиях международных отношений при создании соответствующих образований (корпоративного или иного типа) путем заключения межправительственного или межведомственного соглашения, прежде всего ввиду того, что явление объединения лиц и капиталов в трансграничном масштабе получило достаточный размах и на гражданско-правовом уровне, нет нужды устанавливать какие-либо специальные — «тепличные» — условия для функционирования таких объединений.

Всецелое подчинение юридического лица национальному правопорядку соответствующего государства (как правило, государства местопребывания главного офиса организации) снимает необходимость, кроме как в целях уточнения генезиса (происхождения), в квалификации его как «международного юридического лица», а следовательно, и выделения названной категории вообще. Так, в Соглашении стран СНГ «О содействии в создании и развитии производственных, коммерческих, кредитно-финансовых, страховых, смешанных транснациональных объединений» от 15 апреля 1994 г. унифицированным порядком предусмотрено, что транснациональные объединения являются юридическими лицами по законодательству государства их регистрации. Статус филиалов (отделений) и представительств транснациональных объединений определяется в учредительных документах в соответствии с законодательством государства местонахождения филиалов (отделений) и представительств (ст. 5). При этом указывается, что транснациональные объединения могут создаваться как на основе межправительственных соглашений, так и путем заключения договоров непосредственно между хозяйствующими субъектами (ст. 3). В развитие этого действующее законодательство РФ, прежде всего Федеральный закон о финансово-промышленных группах, принятый 30 ноября 1995 г. (№ 190-ФЗ), оперирует катего-

риями «транснациональная финансово-промышленная группа», «межгосударственная финансово-промышленная группа».

Данные термины понимаются следующим образом: финансово-промышленные группы — это объединения, среди участников которых имеются юридические лица, находящиеся под юрисдикцией государств — участников СНГ, имеющие обособленные подразделения на территории указанных государств либо осуществляющие на их территории капитальные вложения, регистрируются как транснациональные финансово-промышленные группы в соответствии с федеральным законом («транснациональные финансово-промышленные группы»); и межгосударственная (международная) финансово-промышленная группа (в случае создания транснациональной финансово-промышленной группы на основе межправительственного соглашения). Особенности создания, деятельности и ликвидации межгосударственной финансово-промышленной группы устанавливаются межправительственными соглашениями. При этом для их участников национальный режим устанавливается межправительственными соглашениями на основе взаимности. Участникам межгосударственной финансово-промышленной группы в порядке и на условиях, установленных Правительством РФ, могут предоставляться таможенные тарифные льготы, предусмотренные Законом РФ «О таможенном тарифе», по товарам, перемещаемым через границу в рамках деятельности этой финансово-промышленной группы. Следует подчеркнуть, что по смыслу упомянутого Закона указанные образования не наделяются юридической личностью как неким новым качеством по отношению к входящим в их состав участникам, а действуют на основе гражданско-правовых договоров.

Как видно, в целом конструкция «международных юридических лиц» не вписывается в качестве дополнительной категории в понятийный ряд, существующий в науке и практике международного частного права, а именно: «национальное юридическое лицо» — «иностранное юридическое лицо», и в любом случае должно включаться либо в одну, либо в другую группу.

Например, транснациональное объединение, учрежденное в РФ в соответствии с международным договором стран СНГ, будет «национальным» для России и иностранным для всех других государств. Учрежденное аналогичным образом в Беларуси объединение будет «своим» в этой стране и иностранным — в России, Украине, Казахстане и т. д., т. е. белорусским для всех прочих стран.

Транснациональная корпорация «Бритиш Петролеум» будет состоять соответственно из ряда национальных юридических лиц в зависимости от того, в каких юрисдикциях образованы ее дочерние предприятия, — индийского, российского, голландского, нигерийского, кипрского, мальтийского, украинского, казахского и т. д. права. Таким образом, ныне существование данного терми-

на не имеет материальной основы, может ввести в заблуждение. Его использование должно сопровождаться по, крайней мере уточнениями и пояснениями.

«Офшорные» компании. Благодаря сложившейся в результате усиления хозяйственного взаимодействия и интернационализации торгово-производственных связей между различными государствами экономической ситуации многим странам приходится соревноваться друг с другом за привлечение в свою экономику дополнительных денежных и иных средств. В то же время любой предприниматель на определенном этапе сталкивается с проблемами управления, отчетности, с необходимостью выхода на международные рынки компании, а также обязанностью платить в ряде случаев достаточно высокие налоги. Возникает вопрос о средствах решения этих проблем. В настоящее время одним из весьма практикуемых средств подобного рода является офшорный бизнес.

Юридическое содержание понятия «офшорный бизнес» заключается в том, что за рубежом появляется новый, в правовом смысле «самостоятельный» субъект хозяйственных отношений. Этот механизм используется для различных целей, в том числе налогового планирования и др. (управления риском; получения доступа к международным финансовым и инвестиционным услугам и т. д.). Бесспорно, налоговое планирование — одно из основных направлений и мотивов не только создания, но и развития офшорного бизнеса. Следует подчеркнуть, что термин «налоговое планирование» свойствен в большей мере западной экономической и юридической науке и практике. В советской, российской, а также экономико-правовой литературе других стран СНГ он до сих пор активно использовался лишь применительно к анализу ситуации в экономике именно развитых стран.

Для Российской Федерации понятия, употребляемые в этой связи («офшорный бизнес», «офшорная компания»), являются не только сравнительно новыми, но и спорными в некоторых отношениях. Так, например, весьма распространенным мнением было то, что категория «офшорная компания» не может рассматриваться в качестве юридического понятия. Вместе с тем сегодня, как представляется, это уже не соответствует действительности, так как существуют примеры законодательного закрепления этого термина, причем в его противопоставлении другой категории — «внутренней компании» (*in shore company*), как это имеет место в Англии, на Кипре, Виргинских островах (Брит.), Багамских островах и др.

Таким образом, юридическое содержание понятия «офшорная компания» в современном значении подразумевает такое образование преимущественно корпоративного типа, созданное в рамках определенных юрисдикции, которое не вправе вести производственную, торговую и вообще какую-либо хозяйственную деятель-

ность в пределах государства учреждения, и, следовательно, согласно действующим в большинстве подобных юрисдикции территорий не подлежащее налогообложению в ее пределах, однако является юридическим лицом, инкорпорированным (учрежденным, образованным) в соответствии с законодательством последнего.

Сошлемся на один из самых известных примеров использования конструкций, предлагаемых офшорным бизнесом для целей минимизации налогообложения. Это схема, разработанная голландским концерном «Филипс». Ее суть состоит в следующем: на Бермудских островах указанным концерном было учреждено дочернее предприятие — страховая компания «Кингстоун Кэптив Иншуэрэнс», единственным клиентом которого стал сам концерн «Филипс». По высоким ставкам было застраховано имущество концерна, в том числе такое, которое обычно в страховом бизнесе не страхуется, поскольку шансы его порчи или гибели ничтожны. Соответствующие суммы страховых премий стали переводиться за границу Голландии — на Бермуды. Оттуда средства в виде займов были предоставлены материнскому обществу. В сочетании со страховыми платежами суммы платы за пользование кредитом существенно меняли объемы прибыли и, следовательно, снижали налогооблагаемую базу. Экономия только за один годичный период составила несколько миллионов долларов. Главным фактором в данной цепочке является ее юридическая неуязвимость.

Видовым понятием, используемым в рамках родового — «офшорная компания», — выступает «компания международного бизнеса» (от англ. *«international business company»*). В настоящее оно известно праву ряда территорий, имеющих преимущественно зависимый или схожий с ним статус, а иногда и статус самостоятельных суверенных государств, предоставляющих льготные налоговые режимы («налоговые убежища»), что способствует учреждению в их пределах значительного числа иностранных компаний, действующих в международном гражданском обороте. Как правило, компании международного бизнеса не могут осуществлять хозяйственную деятельность внутри таких территорий или государств. В их числе прежде всего получившие наибольшее распространение в последнее время так называемые офшорные зоны — Кипр, Лихтенштейн, Люксембург, Мальта, Панама, Сингапур, ряд штатов США (Делавэр, Невада, Вайоминг и др.), британские зависимые территории, которые не входят в состав Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и пользуются определенной степенью самоуправления, включая собственное законодательство, а также территории иных государств: Бермудские, Виргинские, Каймановы, Фолклендские острова, Гибралтар, Гонконг (ныне Сянган), острова Терке и Кайкос, Мэн, Джерси, Гернси, Нидерландские Антильские острова и др. Одним из главных требований по учреждению и функционированию компаний

международного бизнеса выступает условие о ведении деятельности исключительно за границей конкретного государства или территории. Кроме того, в силу положений местного законодательства необходимо наличие зарегистрированного в пределах рассматриваемой юрисдикции административного центра (центра управления офиса компании), назначение директорами компании граждан данной страны, финансирование компании из источников, находящихся вне этой территории¹.

8.4. Международные организации в международном частном праве

Рассматривая вопрос о правовом статусе международных (прежде всего межправительственных, межгосударственных) организаций в международном частном праве, следует подчеркнуть, что конструкция международно-правового договора как основа деятельности так называемых международных юридических лиц весьма характерна именно для международных институций, поскольку они создаются подобным образом и являются органами сотрудничества государств или его координации. Международно-правовое соглашение конституирует учредительный акт международной организации, которая существует и действует в области международного публичного права. Вместе с тем международная организация не может осуществлять своей международно-правовой деятельности без того, чтобы не быть субъектом хозяйственного оборота — она должна получать от государства пребывания и находящегося под его суверенитетом субъектов услуги связи, энергоснабжения, пользоваться почтовыми, телеграфными, телефонными, железнодорожными, космическими и прочими объектами и предприятиями, равно как и многими другими благами и институтами в своей повседневной жизни.

Для того чтобы существовать в гражданско-правовых отношениях, международные организации наделяются правами юридического лица. Его образование санкционируется соответствующим правопорядком. Например, ООН — юридическое лицо штата Нью-Йорк (США), ЮНЕСКО — французское юридическое лицо, МОТ, ВОЗ, Международный союз электросвязи, Международный почтовый союз и др. — юридические лица кантона Женева Швейцарской Конфедерации, Международный валютный фонд — юридическое лицо федерального округа Колумбия (США), МАГАТЭ — австрийское юридическое лицо и т. д.

¹ См., например: Закон о компаниях 1885 г., Ордонанс о подоходном налоге 1946 г., специальный Ордонанс о компаниях международного бизнеса 1984 г. (с поправками, дополнениями и изменениями), Закон об управлении компаниями 1990 г., а также в части компаний, действующих в специальных областях, — Закон о банках и трастовых компаниях 1990 г., Закон о страховом бизнесе (Специальные положения) 1991 г. и другие акты Виргинских островов (Брит.).

Странами — членами СНГ была создана международная кредитно-финансовая организация — Межгосударственный банк (далее — Банк). Согласно международно-правовому договору об учреждении Банка местом его пребывания стал город Москва (Российская Федерация). Вследствие этого 30 июля 1996 г. Межгосударственным банком и Правительством РФ было подписано Соглашение об условиях пребывания Межгосударственного банка на территории РФ. В Соглашении, в частности, указывается, что Банк пользуется правами юридического лица на территории России, правомочен заключать международные и другие соглашения, приобретать, арендовать, отчуждать движимое и недвижимое имущество и распоряжаться им, совершать другие действия, направленные на выполнение задач, возложенных на Банк его уставом. Наряду с этим договором и принятыми в его исполнение внутригосударственными актами РФ предусматривалось, что Банк освобождается от всех налогов, сборов, пошлин и других платежей, взимаемых на территории России, за исключением тех, которые представляют собой плату за пользование конкретными видами обслуживания. Должностные лица Банка (согласно списку, утверждаемому Советом Банка) приравнены по объему привилегий и иммунитетов к дипломатическим представителям иностранных государств на территории РФ. Налогообложение вкладов и вознаграждений, выплачиваемых сотрудникам Банка, осуществляется в соответствии с законодательством РФ и ее международными договорами. Привилегии и иммунитеты, предоставленные Соглашением, не распространяются на должностных лиц Банка, являющихся гражданами РФ.

В то же время Банк обязан производить обязательные отчисления в фонды занятости государств, гражданами которых являются сотрудники Банка, а также в пенсионные фонды государств, на территории которых эти сотрудники постоянно проживают. Взносы по обязательному медицинскому страхованию уплачиваются Банком в соответствии с порядком, действующим в РФ.

Хозяйственная деятельность международных организаций в современных условиях носит достаточно широкий характер. Например, МАГАТЭ, будучи специализированным учреждением ООН, осуществляет наряду с контролем и координацией сотрудничества государств непосредственные научные исследования в области ядерной энергетики. В рамках этого направления деятельности МАГАТЭ развернула систему перепоручения проведения исследований национальным институтам соответствующих стран и с целью конкретной разработки тем в данной области заключает с национальными институтами договоры, которые имеют гражданско-правовую природу.

Безусловно, подобные инструменты сотрудничества были бы невозможны, если бы международная организация не имела статуса юридического лица — полноправного субъекта граждан-

ско-правовых отношений в национально-правовой сфере конкретного государства. Презюмируется, что международная организация становится правосубъектным в цивилистическом смысле образованием с момента регистрации ее устава (учреждения) либо включения в реестр юридических лиц государства местонахождения, которое, как правило, указывается в ее учредительных документах, конституирующих ее прежде всего как субъект международного публичного права. В этой связи правоспособность такого юридического лица определяется по закону того государства, в котором находится штаб-квартира международной межгосударственной (межправительственной) институции.

Например, в Евразийской патентной конвенции, учредившей Евразийскую патентную организацию, которая открыта для любого третьего государства, указывается: «Организация является межправительственной организацией, имеющей статус юридического лица. Организация обладает в каждом Договаривающемся государстве правоспособностью, которая признана за юридическими лицами в соответствии с законодательством данного государства. Организация может приобретать и распоряжаться движимым и недвижимым имуществом и защищать свои права в суде. Местонахождение штаб-квартиры организации — город Москва, Российская Федерация» (п. 5 ст. 2).

Что же касается правового положения неправительственных международных организаций, то оно подчиняется общему принципу регулирования, установленному в коллизионных и материальных нормах действующего права соответствующего государства.

Таков подход и действующего российского законодательства в этом вопросе. Так, в письме ЦБ РФ от 5 сентября 1994 г. № 109 «О внесении изменений и дополнений в Инструкцию Банка России от 16 июля 1993 г. № 16 "О порядке открытия и ведения уполномоченными банками счетов нерезидентов в валюте Российской Федерации"» говорится: «Правовой статус международных неправительственных организаций, созданных в соответствии с законодательством иностранных государств, определяется в соответствии с частью 1 статьи 161 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик. Международные неправительственные организации, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, являются резидентами Российской Федерации».

8.5. Осуществление иностранными юридическими лицами хозяйственной деятельности

Как следует из изложенного, для определенных категорий юридических лиц, известных современной практике международного частного права, к каковым относятся офшорные компании, специального акта, которым санкционируется допуск к хозяйст-

венной деятельности, не требуется. Вместе с тем, как это ни парадоксально, в пределах собственной юрисдикции такие компании и не вправе осуществлять подобную деятельность. Их учреждение в той или иной стране или зоне как офшорной компании само по себе устраняет возможность действовать на данной территории в качестве национального хозяйствующего субъекта. Понятие «офшорный» предполагает хозяйственную деятельность за границей. Таким образом, компания международного бизнеса и просто офшорная компания, являющиеся таковыми в силу предписаний закона государства регистрации, с точки зрения осуществления производственной, коммерческой, вообще хозяйственной деятельности во всех странах будут рассматриваться как иностранные.

В том же, что касается законодательных предписаний различных государств, относящихся к данному вопросу, то они так же, как и в других областях, не совпадают.

Рассмотрим действующие правоположения в этой сфере некоторых европейских и иных стран. Например, согласно ст. 15 Торгового кодекса 1885 г. Испании (характерно, что с незначительными изменениями он был введен в действие и в других государствах: на Кубе и в Пуэрто-Рико — с 1 мая 1886 г., на Филиппинах — с 6 августа 1886 г.) «иностранные компании, учрежденные за границей, вправе вести торговую деятельность в Испании. Правоспособность названных лиц определяется законодательством соответствующей страны. Торговая деятельность названных лиц и создание торговых заведений, осуществляемые на территории Испании, регулируются данным Кодексом. Договорами Испании с другими государствами может быть установлено иное».

Во Франции иностранная компания, даже учредившая представительство (бюро) в этой стране в целях рекламы, сбора информации, налаживания, поддержания и развития контактов и т. д. с французскими коммерсантами и юридическими лицами, не имеет права на совершение каких-либо юридических актов на ее территории (заключение контрактов, купля-продажа, аренда или предоставление услуг). Осуществление собственно хозяйственной деятельности для иностранных юридических лиц возможно посредством создания по крайней мере либо агентства, либо своего филиала во Франции. Возможно также учреждение *отделения* иностранного общества или компании, которое, однако, не пользуется правами юридического лица, не имеет самостоятельного капитала, а его деятельность ограничена «эксплуатацией» (использованием) активов (ценностей, услуг и т. д.), которые создаются или обеспечиваются зарубежной фирмой. Создание же филиала зафранцузского юридического лица может потребовать особого разрешения на «иностранную инвестиционную деятельность во Франции», депонирования устава, внесения в торговый реестр

и реестр компаний, публикации в газете и пр. Все вопросы регистрации новых предприятий или филиалов во Франции, включая создаваемые иностранными субъектами права, осуществляются Центром оформления предприятий при Торгово-промышленной палате г. Парижа или соответствующего департамента.

В ФРГ для того, чтобы иностранное юридическое лицо могло быть признано правоспособным на ее территории, ему необходимо получить отдельное постановление исполнительной власти, если оно принадлежит к особой категории юридических лиц — союзов, требующих специальной регистрации или разрешения. Указанное не применяется в отношении торговых товариществ—акционерных обществ. При этом важно подчеркнуть, что по акционерному закону ФРГ 1965 г. (с изменениями по состоянию на 1 января 1992 г.) акционерное общество признается торговым товариществом даже в том случае, когда предмет его деятельности не входит в сферу торговли (§ 3).

В Японии согласно действующему законодательству иностранные компании, намеревающиеся осуществлять коммерческие сделки в качестве способа продолжительного осуществления предпринимательской деятельности на территории этой страны, обязаны назначить представителя в Японии и создать контору по месту его жительства или в другом месте, которое укажет это лицо (ст. 479 Торгового кодекса Японии 1899 г.). Иностранная компания обязана обеспечить регистрацию по месту нахождения своей конторы и дать об этом публичное объявление. Регистрация и публичное объявление регулируются положениями, относящимися к регистрации и публикации филиала компании, учрежденной в Японии, имеющей аналогичный или сходный характер. Кроме того, в случае подобного рода иностранная компания обязана осуществить регистрацию в соответствии с законодательством, на основании которого она была учреждена, т. е. в «материнской» стране, с указанием имени и места жительства своего представителя в Японии. До обеспечения такой регистрации иностранная компания не имеет права осуществлять предпринимательскую деятельность в Японии и совершать сделки (ст. 481 ТКЯ). Суд вправе издать распоряжение о закрытии конторы иностранного юридического лица по требованию министра юстиции, акционера, кредитора или другого заинтересованного лица в случаях, если, например, наряду с прочим последняя прекратила платежи или в течение одного года после регистрации не начала деятельность, обуславливающую регистрацию в Японии, либо прекратила ее на период не менее одного года (ст. 484 ТКЯ).

В силу Закона об иностранных инвестициях № 77 от 5 сентября 1995 г. Кубы, заменившего собой Декрет № 50 от 15 февраля 1982 г., допуск иностранных юридических лиц — инвесторов — также требует разрешение. Процедуры одобрения могут осуществляться

ся в отношении трех разрешенных организационных форм: кубинских коммерческих организаций — совместных предприятий, договора ассоциации, компании с иностранным капиталом. Правовой статус учрежденного совместного предприятия, отличающийся от статуса составляющих его участников, приобретает путем регистрации в Торговой палате Кубы. Такое совместное предприятие может создавать филиалы и дочерние компании как на Кубе, так и за рубежом. Предусмотренная в ст. 20—22 Закона процедура допуска иностранных инвесторов путем одобрения договора ассоциации заключается в получении разрешения на инвестицию со стороны Исполнительного комитета при Совете министров Кубы, полномочного решать вопросы в любой области экономического сотрудничества, или специально для этого созданной Комиссии Правительства. Министерство иностранных инвестиций и экономического сотрудничества определяет государственную организацию, ответственную за развитие экономического сотрудничества и определяет область экономики, в которой планируется реализовать инвестиции и вести деятельность. Иностранное юридическое лицо обязано провести переговоры по всем ключевым вопросам договора об ассоциации, заключить его и представить на одобрение компетентного органа. Некоторыми специалистами отмечается, что подобная практика заключения договоров об ассоциации и их одобрения в большей степени соответствует концессионной системе допуска иностранных юридических лиц¹.

Если иностранный инвестор предполагает осуществлять деятельность в форме компании с иностранным капиталом, он должен образовать кубинскую компанию и подать совместно с ней заявку на получение разрешения в Министерство иностранных инвестиций и экономического сотрудничества.

Анализируя практику США в рассматриваемом вопросе, следует указать на особый институт, действующий в этой стране, который, как представляется, можно приравнять к инструменту допуска иностранных юридических лиц к хозяйственной деятельности. Речь идет о заполнении формы SS-4 и получении идентификационного налогового номера корпорации (EIN), что, по существу, означает явочный порядок допуска, не требующего издания административного акта.

8.6. Правовое положение иностранных юридических лиц в Российской Федерации

В вопросе правового положения иностранных юридических лиц на территории России отечественный правопорядок исходит

¹ Доронина Н. Г. Закон об иностранных инвестициях в Республике Куба // Журнал российского права. 1997. № 3. С. 132.

из закрепленного в действующем праве РФ, прежде всего ГК и Законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г., для юридических лиц — иностранных инвесторов — принципа национального режима: «Правовой режим деятельности иностранных инвесторов и использования полученной от инвестиций прибыли не может быть менее благоприятным, чем правовой режим деятельности и использовании полученной прибыли, предоставленный российским инвесторам, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами» (ст. 4 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»).

В максимальной же мере адекватно юридическому содержанию национального режима этот принцип выражен в ст. 2 Гражданского кодекса посредством использования следующей формулы: «Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом».

В свете указанного становится ясно, что помимо определения правового режима, которым пользуются в РФ иностранные юридические (а также и физические лица — предприниматели), российский правопорядок должен располагать если не дефинициями, то хотя бы критериями отнесения правосубъектных образований к иностранным юридическим лицам. В настоящее время действующее право РФ оперирует несколькими понятиями в этом плане. Например, существует категория «российские лица» — т. е. лица, созданные в соответствии с законодательством РФ, имеющие постоянное местонахождение на ее территории, а также физические лица, имеющие постоянное или преимущественное место жительства на территории РФ и зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей, с одной стороны, и понятие «иностранцы», т. е. «юридические лица и организации в иной правовой форме, гражданская правоспособность которых определяется по праву иностранного государства, в котором они учреждены», — с другой. Об этом говорит ст. 2 Федерального закона «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» от 13 октября 1995 г.¹ Вместе с тем в ряде актов в валютном, банковском, налоговом и другом законодательстве России весьма активно используются категории «резидентов» и «нерезидентов». Так, для целей валютного регулирования и валютного контроля под «резидентами» понимаются юридические лица, созданные в соответствии с законодательством РФ, с местонахождением в РФ; предприятия и организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством РФ, с местонахождением в РФ, а также находя-

щиеся за пределами РФ филиалы и представительства видов резидентов, указанных выше. В свою очередь, «нерезидентами» являются юридические лица, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, с местонахождением за пределами РФ; предприятия и организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств с местопребыванием за пределами РФ, а также находящиеся в РФ филиалы и представительства вышеупомянутых нерезидентов.

Сопоставление содержания приведенных понятий позволяет заключить, что все лица, которые, во-первых, организованы в соответствии с законами иного, нежели Российская Федерация, государства, и, во-вторых, имеющие свое местонахождение вне ее территории, должны квалифицироваться как иностранные. Установление местонахождения осуществляется в соответствии с требованиями имеющихся правовых актов.

Таковы, в частности, формулировки Закона «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности», который предусматривает, что российскими участниками внешнеторговой деятельности (российскими лицами) являются наряду с другими категориями «юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации и имеющие местонахождение на ее территории» (ст. 2).

Итак, если установлено, что данное юридическое лицо является на территории РФ иностранным, что же оно вправе совершать в гражданско-правовой сфере? И коль скоро основой правового положения «иностранцев» в России является уравнивание их в правах с национальными лицами за некоторыми изъятиями, устанавливаемыми законодательством, на чем прежде всего акцентировалось внимание в настоящем разделе, то каковы же исключения из- правил и ограничения, составляющие эти изъятия?

Здесь важное значение имеет, во-первых, разграничение, которое проводится, скажем, в налоговом законодательстве, между иностранным юридическим лицом, действующим через представительство, учрежденное в пределах РФ, и таковым, осуществляющим бизнес в России без открытия в ней представительства или филиала. В этом смысле детальное регулирование содержится в Инструкции Государственной налоговой службы Российской Федерации № 34 от 16 мая 1995 г.

В общеправовом же плане все иностранные юридические лица могут вести на территории РФ хозяйственную деятельность, заключать сделки, создавать с участием российских юридических и физических лиц либо юридических и физических лиц третьих государств или без таковых новые образования в соответствии с предусмотренным законодательством РФ организационно-правовыми формами, открывать и закрывать представительства или учреждать филиалы,

в том числе для ведения внешнеторговой деятельности от имени иностранного юридического лица, совершать связанные с такими и другими сделками расчеты, страховые, транспортные, кредитно-финансовые и другие операции. Хотя действующие гражданско-правовые нормы РФ (ст. 1209 ГК) и требуют, чтобы, в частности, форма внешнеэкономических сделок, заключенных на территории России, подчинялась отечественному праву, в то же время это не должно означать, что при этом нельзя стремиться к соблюдению и императивных предписаний, установленных иностранным законом, т. е. правоположениями того государства, где данное юридическое лицо считается национальным. Однако, как представляется, в аспекте данного изложения все же больший интерес представляет отбор и анализ соответствующих норм российского права, предназначенных для регулирования отношений, в которых участвуют иностранные юридические лица.

Что касается операций внешнеэкономического характера как основного вида деятельности в случаях с иностранными юридическими лицами на российской территории, то главное здесь — отсутствие каких-либо формальных разрешений для их осуществления. Тем не менее нужно обратить внимание на известное противоречие между формальным и фактическим моментами в вышеприведенных констатациях. Действительно, строго юридически специального разрешения на осуществление внешнеэкономической (внешнеторговой) деятельности не требуется. С другой стороны, без получения карточки ВЭД (кода участника внешнеэкономической деятельности) ни один субъект права на территории РФ не может ничего реально осуществить в рамках центрального звена такой деятельности — обеспечения таможенной очистки товаров, совершения формальностей при ввозе или вывозе грузов. При таком положении вещей становится принципиальным получение соответствующей регистрации, следовательно, разрешений не формального характера, а по существу. Помимо этого, скажем, согласно ст. 172 Таможенного кодекса РФ от 16 июня 1993 г. декларантом при ввозе на таможенную территорию товаров может быть только российское юридическое или физическое лицо. В результате осуществление иностранными юридическими лицами в РФ операций по ввозу и вывозу товаров также сопряжено с определенными препятствиями юридического характера.

Требование относительно необходимости соблюдения императивных материально-правовых норм, регулирующих внешнеэкономическую деятельность, в свою очередь, является одной из главных составляющих, которые характеризуют правовое положение иностранного юридического лица в рассматриваемой сфере. Например, рассматриваемые субъекты обязаны обеспечивать соответствие стандартам, сертификации, безопасности и безвредности товаров, ввозимых на территорию РФ по таким сделкам, удовле-

творять формальным требованиям определенного порядка по ввозу и вывозу товаров и услуг, предоставлять статистическую отчетность по своей внешнеторговой деятельности в связи с операциями на территории РФ и т. д.

Так, если в соответствии с Указом Президента РФ № 1209 «О государственном регулировании внешнеторговых бартерных сделок», вступившим в силу 1 ноября 1996 г., необходимо впредь оформление паспорта бартерной сделки, то это распространяется и на иностранные юридические лица. В связи с этим необходимо иметь в виду, что вывоз товаров, работ и услуг, результатов интеллектуальной деятельности должен сопровождаться обязательным ввозом на таможенную территорию РФ товаров, работ и услуг, эквивалентным по стоимости экспортированным товарам либо зачислениям на счетах в уполномоченных банках валютной выручки от экспорта товаров в установленном порядке.

Другой сферой, в правовом и экономическом отношении наиболее значимой для иностранных юридических лиц, как упоминалось выше, является инвестирование с их стороны капиталов в российскую экономику (подробнее см. об этом в гл. 10). Возникающая вследствие этого соответствующая хозяйственная деятельность может проходить в рамках вновь создаваемых структур или привлечения иностранных капиталовложений в уже существующие российские предприятия в установленных законодательством формах, т. е. в качестве предприятий с иностранным участием (ранее именуемых «совместными предприятиями») либо на основе только иностранного учредительства. В подавляющем большинстве случаев это хозяйственные общества и товарищества: товарищества, акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью. Российский Закон о регулировании иностранных инвестиций устанавливает «количественные» параметры для того, чтобы создаваемые на его основе предприятия могли претендовать на пользование льготами и преимуществами, установленными указанным актом (ст. 4).

Глава 9. ГОСУДАРСТВО - СУБЪЕКТ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

9.1. Особенности правового положения государства как субъекта международного частного права

В системе международных отношений центральное место занимает государство. Суверенитет как имманентно присущее ему качество делает государство не только основным, но и принципиально отличным субъектом как международного, так и внутреннего права. Во внутренней сфере в силу своей властной природы оно является главным субъектом в системе публично-правовых отношений. Но государство может быть и субъектом частноправовых отношений, которые характеризуются независимостью и равноправием субъектов, свободой их воли и неприкосновенностью частной собственности. С одной стороны, участие государства не меняет сущности частноправовых отношений, но, с другой — властная природа и суверенитет государства не могут не сказаться на его правовом положении.

В соответствии со ст. 124 ГК РФ Российская Федерация, субъекты Федерации, а также муниципальные образования участвуют в гражданско-правовых отношениях «на равных началах с иными участниками этих отношений — гражданами и юридическими лицами». Из этой статьи следует три положения: государство может быть субъектом гражданско-правовых отношений; государство не пользуется никакими преимуществами и имеет те же права и обязанности, что и другие субъекты гражданско-правовых отношений; к государству по аналогии применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в этих отношениях (п. 2 ст. 124).

Государство в качестве субъекта гражданско-правовых отношений часто становится участником гражданско-правовых отношений международного характера, осложненных иностранным элементом. Например, государство арендует или покупает участок земли для дипломатической миссии либо иных нужд в иностранном государстве, арендует, покупает или строит дома на территории иностранного государства, фрахтует иностранное судно для перевозки своих грузов, заключает договор подряда с иностранной фирмой для строительства или реконструкции своих зданий, государство выступает в качестве наследника, выпускает облигации на территории иностранного государства, хранит деньги в иностранных банках и т. д. Причем в том или ином объеме в частноправовых отношениях международного характера принимают участие все государства, независимо от их социально-экономического строя, уровня развития.

Отметим такую характерную деталь: с развитием и усложнением международных экономических связей, с процессом интерна-

ционализации и тенденций к глобализации экономической жизни происходит значительное увеличение роли государства в управлении экономическими процессами, и вместе с тем увеличивается непосредственное участие государства в международных частноправовых отношениях. Наряду с традиционными формами участия, сохраняющими свое значение (например, облигационные займы за рубежом), появляются новые формы, которые могут сыграть положительную роль в развитии национальной экономики. Например, многие государства использовали для развития важных отраслей внутренней экономики концессионные соглашения, заключаемые с иностранными юридическими и физическими лицами, по которым государство на возмездной и срочной основе предоставляет иностранному инвестору право на освоение природных ресурсов. В последние годы концессионные соглашения стали заменяться более прогрессивной формой — соглашениями о разделе продукции. Так же как и в концессионном соглашении, государство передает иностранному инвестору на возмездной и срочной основе право на освоение природных ресурсов, но продукция, полученная в результате деятельности, делится между государством и иностранным инвестором на оговоренных в соглашении условиях.

Таким образом, государства достаточно активно участвуют в различного рода частноправовой деятельности международного характера и выступают субъектами международного частного права. При этом государство, арендуя имущество, заключая иные сделки на территории иностранного государства, пользуется особым правовым режимом, согласно которому государство, его собственность, сделки с его участием не подчиняются власти этого иностранного государства, т. е. его юрисдикции. *Следовательно, особенность правового режима государства как участника международной частноправовой деятельности заключается в его иммунитете от иностранной юрисдикции.*

Юрисдикция вытекает из суверенитета государства и означает его законодательную, судебную, административную власть; объем власти и сферу действия власти (часто термин «юрисдикция» используется в узком смысле слова как только судебная власть). В данной главе «юрисдикция» будет использоваться, как правило, в широком значении, но иногда — в узком значении как судебная юрисдикция. Юрисдикция осуществляется государством в основном в пределах своей территории: согласно своему суверенитету государство подчиняет своей власти всех, кто находится, и все, что находится на его территории¹. Поэтому говорят о территориальной

¹ В определенных случаях юрисдикция государства может носить экстерриториальный характер, но это не затрагивает проблему иммунитета государства. См.: Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. М., 1997. С. 217 и след.

юрисдикции. Для понимания иммунитета государства необходимо отметить, что юрисдикция бывает *полной* и *ограниченной*.

Полная означает, что государство обладает властью *предписывать* определенное поведение (например, нормами права, административными распоряжениями и пр.) всем находящимся на его территории и *обеспечивать* любыми средствами реализацию своих предписаний. *Ограниченная* означает, что государство обладает властью предписывать определенное поведение, но оно *ограничено по различным причинам в использовании средств для обеспечения реализации своих предписаний*.

Неподчинение одного государства юрисдикции другого никогда не означает полного отказа этого другого государства от своей юрисдикции. В отношении к иностранному государству не могут быть применены принудительные меры: по принудительному применению закона, по принудительному привлечению к суду и пр. Но это не означает полного правового беспредела, не означает, что иностранное государство может игнорировать право государства, на территории которого оно осуществляет деятельность. Напротив, Венская конвенция о дипломатических сношениях 1961 г. прямо предписывает всем государствам, его должностным лицам осуществлять свою деятельность в соответствии с законами государства, на территории которого они находятся, а также соблюдать местные традиции и обычаи. Иммунитет включает в себя лишь неприменение принудительных мер по осуществлению законов, административных распоряжений, судебных распоряжений и решений и пр.

Исходя из этого можно дать определение иммунитета государства, причем два варианта, в зависимости от того, с позиций какого государства его рассматривать, либо с позиции государства, осуществляющего деятельность на территории иностранного государства, либо с позиции принимающего государства. В целом это будут две стороны одного и того же явления.

1. Иммунитет — это право государства на освобождение от юрисдикции другого государства, т. е. право на неприменение к нему принудительных мер со стороны судебных, административных и иных органов другого государства.

2. Иммунитет — это частичной отказ государства от осуществления своей юрисдикции, при сохранении ограниченной, в отношении действий и имущества иностранного государства, т. е. отказ от применения принудительных мер своими судебными, административными и другими государственными органами в отношении иностранного государства.

Итак, особенность правового положения государства как субъекта частноправовых отношений международного характера сводится к его праву на иммунитет. Причем важно подчеркнуть, что далеко не во всех случаях участия государства в международных

частноправовых отношениях оно обладает правом на иммунитет. Об этом праве можно говорить лишь тогда, когда данное частное правоотношение каким-либо образом связано с территориальной юрисдикцией иностранного государства: или спор должен быть рассмотрен в иностранном судебном органе, или имущество, на которое нужно наложить арест, находится на территории иностранного государства, или трудовой договор с иностранцем осуществляется на территории иностранного государства и т. д. Если частноправовое отношение, осложненное иностранным элементом, стороной которого является государство, осуществляется на территории государства-участника, то в случае возникновения спора он рассматривается правоприменительными органами этого государства на общих основаниях, и об иммунитете нет речи. *Вопрос об иммунитете возникает только в связи с иностранной юрисдикцией.*

Иммунитет государства и его собственности — один из старейших институтов как внутреннего, так и международного права. Порожден он был необходимостью поддержания официальных отношений между государствами. Они были бы невозможны, если бы представители иностранного государства, его руководители и дипломатические представители были подчинены власти государства пребывания. Независимость государств друг от друга выражена в формуле: «Равный над равным не имеет власти» (*par in parem imperium non habet*).

В начале XIX в. судебная практика и доктрина признали, что иммунитет государства является общепризнанной нормой международного права, порожденной объективной потребностью взаимодействия государств на территории друг друга. Поскольку в то время отношения между государствами носили только официальный характер, то иммунитет был абсолютным. Никаких исключений из иммунитета представителей государства и его собственности не допускалось. К концу XIX в. иммунитет государства рассматривался в качестве общепризнанной нормы или принципа международного права.

Однако уже в этот период государства начали достаточно широко принимать участие в коммерческой деятельности как непосредственно, так и через принадлежащие им компании. В результате вступающие с ними в коммерческие отношения иностранные физические и юридические лица оказывались лишенными судебной защиты своих прав. Возможные отрицательные последствия иммунитета государства особенно отчетливо проявились с возникновением советского государства, которое, монополизировав внешнеэкономическую деятельность, осуществляло международную коммерческую деятельность через своих торговых представителей. Появились судебная практика, новые доктрины, исходящие из необходимости ограничения иммунитета государства. Причем

объективно эти решения и доктрины были направлены против советского государства. Ситуация с иммунитетом обострялась в течение всего XX в. с возникновением целого ряда социалистических стран после Второй мировой войны и с распадом колониальной системы, в результате чего многие освободившиеся страны выбрали социалистический путь развития, осуществив национализацию имущества и монополизацию внешнеэкономической деятельности.

В результате во второй половине XX в. институт иммунитета государства превратился в одну из наиболее спорных проблем международного (публичного) и международного частного права. Сама жизнь потребовала каких-то ограничений иммунитета государства. Но ни доктрины, ни судебная практика разных государств не смогли создать общих подходов к решению этой проблемы. Дело осложнялось и тем, что непростая правовая проблема получила социально-политическую окраску. В результате возникла настоятельная необходимость урегулировать вопрос на международном уровне.

Первая попытка была сделана принятием Брюссельской конвенции для унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных судов от 10 апреля 1926 г. (дополнена Протоколом от 24 мая 1934 г.). Суда в силу своей мобильности часто оказывались на территории иностранных государств и становились объектом притязаний со стороны частных лиц по обязательствам государств. Поэтому вопрос об иммунитете государственных судов требовал первостепенного решения. Первым договором, рассматривающим проблему иммунитета в целом, явилась Европейская конвенция об иммунитете государств и дополнительный протокол к ней, принятые Советом Европы в 1972 г.

В 1977 г. вопрос об иммунитете был включен в программу работы Комиссии международного права с целью подготовки проекта международной конвенции. Проект статей «Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности» был подготовлен Комиссией и в 1991 г. передан Генеральной Ассамблее ООН. Из-за разногласий между государствами по ряду статей проекта он пока не принят. Более того, по инициативе Генеральной Ассамблеи Комиссия вновь возвращалась к рассмотрению некоторых положений подготовленного проекта в 1999 г.

Заслуживает внимания точное название проекта статей, из которого видно, что речь идет именно о *юрисдикционных* иммунитетах, т. е. об исключении из территориальной юрисдикции государства. Этот момент имеет значение для понимания природы иммунитета, который является юрисдикционным принципом. Подчеркнем еще раз, что иммунитет не освобождает иностранное государство, включая его дипломатических представителей, от соблюдения законов страны пребывания. Их деятельность должна

осуществляться в соответствии с местными законами за теми исключениями, которые предусмотрены в самих законах или в международных договорах. Иммунитет означает лишь отказ суверена от осуществления своей территориальной юрисдикции в отношении действий и имущества иностранного государства. Речь идет о юрисдикции не только судебных, но и иных государственных органов практически в отношении всех способов принудительного осуществления права.

Брюссельская и Европейская конвенции, проект статей Комиссии международного права по-разному определяют объем иммунитета, условия его пользования, но все подтверждают право государства на иммунитет от иностранной юрисдикции в качестве общепризнанного начала как международного (публичного), так и международного частного права. Так, ст. 15 Европейской конвенции подчеркивает, что договаривающееся государство пользуется иммунитетом от юрисдикции в судах другого договаривающегося государства; оно пользуется иммунитетом, даже если не явилось в суд¹. Еще более конкретно этот принцип выражен в ст. 5 Проекта конвенции: «Государство обладает иммунитетом в отношении себя и своей собственности, от юрисдикции судов другого государства...»².

Во второй половине XX в. некоторые государства стали принимать специальные законы об иммунитете. Первый закон был принят в США в 1976 г.—«Об иммунитетах иностранного государства». Затем: в 1978 г. в Великобритании — Акт об иммунитете государства; в 1979 г. в Сингапуре — Акт об иммунитете государства; в 1981 г. в Пакистане — Ордонанс об иммунитете государства и в ЮАР — Акт об иммунитете иностранного государства; в 1982 г. в Канаде — Акт, предоставляющий иммунитет государству в канадских судах; в 1984 г. в Австралии — Акт об иммунитете иностранного государства и др. И в этих законах также признается в качестве общепризнанной нормы право государства на иммунитет от иностранной юрисдикции. Так, ст. 1604 Закона США устанавливает, что «иностранное государство обладает иммунитетом от юрисдикции в судах Соединенных Штатов Америки и в судах штатов...»³; в ст. 1 английского закона утверждается, что «государство обладает иммунитетом от юрисдикции судов Соединенного Королевства...», это право признается за иностранным государством, даже если оно не участвует в процессе⁴.

¹ См.: *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Международное частное право... С. 70.

² См.: Ежегодник Комиссии международного права 1991. Т. II. Часть вторая. Нью-Йорк, 1994. С. 24.

³ См.: *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Указ. соч. С. 56.

⁴ См. там же. С. 61.

В государствах, где нет специальных законов об иммунитете, часто нормы об иммунитете содержатся в других законодательных актах. Примером может послужить российское право. В продолжение рассмотренной выше ст. 125 ГК РФ в Кодекс включена ст. 127, которая декларирует, что особенности ответственности Российской Федерации и субъектов Федерации в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, с участием иностранных юридических лиц, граждан и государств определяются законом об иммунитете государства и его собственности. Пока такого закона нет. Но в действующих законах содержатся отдельные правила об иммунитете. ГПК РФ 2002 г. в ст. 401 устанавливает, что предъявление иска к иностранному государству, привлечение его в качестве ответчика и третьего лица, обеспечение иска и наложение ареста на имущество иностранного государства, находящееся в России, могут быть допущены лишь с согласия компетентных органов соответствующего государства. Аналогичное правило было и в действующем ГПК 1964 г. в ст. 435.

АПК РФ 1995 г. почти дословно воспроизводил эту формулировку. Новый АПК от 24 июля 2002 г. ее изменил: судебным иммунитетом в арбитражных судах Российской Федерации обладает «иностранное государство, выступающее в качестве носителя власти» (ст. 251).

В раздел VI ГК РФ включена еще одна новая статья, названная «Участие государства в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом» (ст. 1204). Однако вопреки обещающему названию она решает один узкий вопрос о применении коллизионных норм к международным гражданско-правовым отношениям с участием государства: «... правила настоящего раздела применяются на общих основаниях».

Данные статьи свидетельствуют, что Россия признает право иностранного государства на иммунитет от юрисдикции российских правоприменительных органов. Конкретные же пределы отказа от собственной территориальной юрисдикции, условия такого отказа, последствия и т. д. должны быть определены в специальном законе, принятие которого декларировано ГК РФ.

Основываясь на вышеизложенном, можно сделать несколько выводов:

- принцип (норма) права государства на иммунитет от юрисдикции иностранного государства сложился достаточно давно;
- динамично меняющиеся условия международной жизни XX в. внесли различные, часто противоречивые изменения в содержание института иммунитета, что серьезно осложняет выполнение им своей служебной функции и требует его универсальной унификации; нельзя не отметить только-только заканчивающееся освобождение этого института от политико-идеологических пеленок, но, видимо, пока не завершенное;

— вопреки всем существующим противоречиям право государства на иммунитет от иностранной юрисдикции является на сегодня общепризнанным.

9.2. Понятие и содержание юрисдикционного иммунитета государства

В предыдущем параграфе, показывая особенности правового положения государства в международном частном праве, мы были вынуждены дать определение юрисдикционного иммунитета. Чтобы понять все современные тенденции, складывающиеся вокруг института иммунитета, нельзя ограничиться только его определением, нужно раскрыть понятие и содержание иммунитета, его составные части.

Правовая природа иммунитета государства. Для понимания иммунитета большое значение имеет его правовое обоснование, его правовая природа. На первом этапе становления этого института суды обосновывали право иностранного государства на иммунитет международной вежливостью — *comitas gentium*¹. Но уже в начале XIX в. американские суды рассматривали иммунитет иностранного государства как сложившийся международно-правовой обычай². Причем исходила ли практика из вежливости или из международно-правового обычая, с самого начала существующей судебной практики независимости, суверенитет государства служили главным обоснованием иммунитета.

Комиссия международного права, изучив судебную практику и доктрину многих государств, пришла к выводу о правовой природе иммунитета государства: «Наиболее убедительные аргументы в пользу иммунитета государства можно найти в международном

¹ Ссылка на международную вежливость встречается уже в первом судебном решении, признавшем иммунитет иностранного государства, вынесенном одним из голландских судов в 1688 г.: три испанских военных корабля были задержаны в иностранном порту в связи с претензиями частных лиц к испанскому королю. Арест был снят и признан недопустимым как нарушающий правила вежливости по отношению к иностранному суверену. См. об этом: *Боуславский М. М.* Иммунитет государства. М., 1962. С. 25.

² Показательно решение Верховного суда США 1812 г., которое прямо исходило из наличия соответствующего международно-правового обычая, необходимого для того, чтобы государства могли свободно взаимодействовать на территории друг друга... «Это полное равенство и абсолютная независимость суверенов и эти общие интересы, побуждающие их к взаимным отношениям, а также обмен добрыми услугами друг с другом, породили разновидность судебных дел, которые исходят из того, что каждый суверен отказывается от осуществления части той полной, исключительной территориальной юрисдикции, которая рассматривается как свойство каждого государства» (см. об этом: *Лукашук И. И.* Международное право в судах государств. С. 54).

праве, которое воплощено в обыкновениях и практике государств принципами суверенитета, независимости, равенства и достоинства государств. Все эти понятия, видимо, взаимосвязаны и в целом составляют прочную международно-правовую основу иммунитета суверена. Иммунитет происходит из суверенитета. Когда двое находятся в равном положении, один не может осуществлять суверенитет или власть над другим: *par in parem imperium non habet*¹.

Таким образом, иммунитет государства в частноправовой сфере есть следствие, проявление, грань суверенитета: равный над равным не имеет власти вообще, в том числе и юрисдикции: *par in parem non habet jurisdictionem*. Вывод Комиссии имеет принципиальное значение особенно при создании национальных законов об иммунитете иностранных государств.

Сфера действия иммунитета. Для определения сферы действия государственного иммунитета необходимо определить, что понимается под «государством» для целей иммунитета. Вопрос достаточно спорный, особенно в отношении субъектов Федерации. В проекте конвенции «Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности», подготовленном Комиссией международного права и представленном Генеральной Ассамблее ООН, составные части федеративного государства были включены в понятие «государство» и как таковые пользовались иммунитетом. Как уже упоминалось, ряд статей проекта были возвращены Комиссии для пересмотра, в том числе и статья о понятии «государство», которое в редакции 1999 г. для целей иммунитета означает: 1) государство и его органы управления; 2) учреждения и иные образования в той мере, в какой мере они правомочны действовать в осуществление государственной власти; представители государства, действующие в этом качестве; 3) составные части федеративного государства и политические подразделения унитарного государства, которые правомочны предпринимать действия в осуществление государственной власти².

Из этого видно, что иммунитет распространяется на государство в целом и на его правительственные органы. Это же относится к иным учреждениям, но только в той мере, в какой они правомочны осуществлять государственную власть. На официальных представителей государства иммунитет распространяется, если они действуют в этом качестве. Наконец, статус субъектов Федерации уравниен со статусом политических подразделений унитарного государства, что соответствует и Федеративному закону

¹ ООН. Генеральная Ассамблея. Комиссия международного права. Второй доклад о юрисдикционных иммунитетах государств и собственности. Докл. A/CN.4/331/Add. 1. 9 June 1980. P. 27.

² См.: Докл. ООН. ILC(LI)/WG/WP. 1. 8 July 1999. P. 4.

о координации международных и внешнеэкономических связей субъектов РФ от 4 января 1999 г.¹ Вместе с тем государство может в конкретном случае уполномочить власти субъекта Федерации выступать как его орган от имени Федерации. В этом случае на их действия иммунитет будет распространяться².

Содержание иммунитета. Иммунитет государства от юрисдикции иностранного государства состоит из нескольких элементов: 1) судебный иммунитет; 2) иммунитет от применения мер по предварительному обеспечению иска; 3) иммунитет по принудительному исполнению судебного решения; 4) иммунитет собственности государства; 5) иммунитет от применения иностранного права.

Судебный иммунитет — юрисдикционный иммунитет в узком смысле слова как неподсудность государства суду иностранного государства. Согласно судебному иммунитету ни один иностранный суд не вправе принудительно осуществить свою юрисдикцию по отношению к другому государству, иначе говоря, не вправе привлечь иностранное государство в качестве ответчика. В то же время, если государство обращается с иском в иностранный суд для защиты своих прав, то ни один иностранный суд не вправе отказать ему в юрисдикции. Такой отказ был бы нарушением суверенных прав государства. Государство может выступить и ответчиком в иностранном суде, но при добровольном согласии³.

Меры по предварительному обеспечению иска. Согласно иммунитету суд, рассматривающий частнопредварительный спор с участием иностранного государства, не вправе применять любые меры по предварительному обеспечению иска, так как эти меры носят принудительный характер. Часто меры по обеспечению иска рассматриваются и принимаются судом еще до возбуждения и слушания дела с участием государства. В любом случае, если такие

¹ В соответствии со ст. 8 Закона федеральные органы власти не несут ответственности по соглашениям при осуществлении внешнеэкономических связей, заключенным органами власти субъектов РФ. Исключение, если такой договор заключен с согласия Федерации (см.: СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 231).

² Согласно ст. 28 Европейской конвенции автономные единицы, входящие в состав федеративного государства, не пользуются иммунитетом. Однако федеративное государство, присоединяясь к Конвенции, может сделать оговорку о распространении права на иммунитет и на субъектов Федерации (п. 2 ст. 28).

³ Кстати, это не означает отсутствия правосудия. Заинтересованные лица могут беспрепятственно обратиться с требованиями к государству в суды и другие правоприменительные органы этого государства. Как уже говорилось, в таком случае вопрос об иммунитете не возникает. И наконец, можно обратиться к своему правительству для воздействия на иностранное государство по дипломатическим каналам.

меры касаются государства и его собственности (арест государственных счетов в иностранных банках, опись имущества, ограничение права государства пользоваться своим имуществом и пр.), то с точки зрения иммунитета они недопустимы.

Меры по принудительному исполнению иностранного судебного решения. В отношении государства и его собственности не могут быть приняты какие-либо принудительные меры по исполнению иностранного судебного (арбитражного) решения любыми органами этого и любого другого иностранного государства. Даже если государство добровольно приняло участие в иностранном судебном процессе, решение может быть выполнено им только добровольно. Иммунитет включает право государства на неприменение к нему принудительных мер по исполнению решения.

Иммунитет собственности государства означает правовой режим неприкосновенности государственной собственности, находящейся на территории иностранного государства. Он тесно связан с иммунитетом государства. Рассмотренные выше элементы содержания иммунитета государства, связанные с судебным разбирательством спорного правоотношения с участием государства, прямо направлены на обеспечение неприкосновенности государственной собственности.

Но есть некоторые особенности между иммунитетом государства и иммунитетом собственности. Последняя пользуется иммунитетом независимо от наличия судебного разбирательства, и даже если находится во владении лица, которое не обладает иммунитетом. Это предопределяет выделение вопросов собственности в качестве самостоятельного элемента содержания иммунитета. В свою очередь, это подтверждается судебной практикой, выделяющей иммунитет собственности в самостоятельный вопрос. Например, получившее признание решение английского суда по делу судна «Cristina» (1938 г.) подчеркивает, что независимо от того, является ли суверен стороной в процессе или нет, суды не могут выносить решение о захвате или задержании собственности, которая ему принадлежит или находится в его владении или под его контролем¹. На такой позиции основываются и международно-правовые акты. Европейская конвенция не только выделяет вопросы собственности в отдельные статьи, но и решает их на совершенно иных началах.

Режим неприкосновенности государственной собственности тесно связан с еще одной международно-правовой доктриной—доктриной «акта государства»², согласно которой суды од-

1 См.: Ежегодник Комиссии международного права. 1985. Т. 2. Ч. 1. С. 29.

² О доктрине «акта государства» в американской практике и теории см.: Фолсом Р. Х., Гордон М. У., Спаногл Дж. Л. Международные сделки / Пер. с англ. М., 1996. С. 402 и след.

ного государства не должны выносить решения относительно актов правительства другой страны, совершенных на ее территории¹. Если государство приобрело собственность на основе акта, принятого на своей территории, ни один иностранный суд не вправе обсуждать правомерность принадлежности собственности. Иммуниет собственности проявляется в том, что если имущество находится во владении государства, которое заявило, что оно ему принадлежит, то никакие органы иностранного государства не могут проверять правомерность этого факта. В известном решении английского суда по делу *Luther v. Sagor*, связанному с советской национализацией (1921 г.), было отмечено: «Если Красин привез с собой эти товары в Англию и объявил от имени своего правительства, что они принадлежат русскому правительству, то... ни один английский суд не может проверять, соответствует ли такое заявление действительности. Подобное расследование противоречило бы международной вежливости (comit of nations) в отношениях между независимыми суверенными государствами»².

Иммуниет от применения иностранного права, который часто называют иммунитетом сделок с участием государства, так как он чаще всего возникает по поводу обязательств, вытекающих из сделок. Поскольку государство в силу иммунитета свободно от принудительных мер по осуществлению иностранных законов, административных распоряжений и пр., то из этого следует, что частноправовые отношения международного характера с участием государства, в частности сделки, заключаемые государством с иностранными физическими и юридическими лицами, должны регулироваться правом этого государства, если только сами стороны не договорятся о применении иностранного права. Это правило давно уже сложилось в судебной практике. Большую известность получили дела по сербским и бразильским займам, рассмотренные Постоянной палатой международного правосудия в 1929 г. Так, при рассмотрении дела по иску французских держателей сербских государственных займов к сербскому правительству Палата применила право Сербии, признав, что права и обязанности по этим займам подчинены не праву Франции, где облигации выпущены, а сербским законам. При этом Палата

¹ Нельзя не отметить, что доктрина «акта государства» была достаточно полно сформулирована в американской судебной практике (классическим выражением этой доктрины считается решение Верховного суда США 1897 г. См.: American Journal of International Law. 1965. Vol. 59. № 1. P. 98, 360), но впоследствии она подверглась различным ограничениям, в частности на основе Закона об иностранной помощи 1964 г. До сих пор она сохраняет действие, хотя ее применение обосновывается не столько правовыми, сколько политическими соображениями (см.: International and Comparative Law Quarterly. 1965. Vol. 14, pt. 2. P. 490).

² См.: Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 168 и след.

подчеркнула, что природа суверенного государства проявляется в том, что действительность принятых им обязательств не может быть подчинена иному закону, чем его собственному¹.

Несмотря на то что в дальнейшем данное правило, как и другие правила иммунитета, подвергалось ограничениям и сомнениям, оно существует до сих пор и находит закрепление в международных договорах. Наиболее важным подтверждением является Вашингтонская конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г. Согласно ст. 42 инвестиционный спор с участием государства рассматривается на основе права, избранного сторонами; при отсутствии такого выбора применяется право государства, выступающего в качестве стороны в споре².

С этим последним элементом содержания иммунитета прямо связана ст. 1204 ГК РФ. Она устанавливает, что к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства правила разд. VI применяются на общих основаниях, если иное не установлено законом. Раздел VI ГК содержит коллизионные нормы, направленные на установление права, применимого для регулирования тех или иных видов гражданско-правовых отношений с иностранным элементом. Следовательно, эти же коллизионные нормы должны применяться в равной степени и к отношениям, в которых участвует государство. Коллизионная норма может выбрать, как известно, либо российское, либо иностранное право, и если она по конкретному вопросу отошлет к иностранному праву, то такое иностранное право должно быть применено, даже если субъектом отношения выступает государство.

Таким образом, рассмотренные выше отдельные элементы иммунитета взаимосвязаны и вместе составляют содержание иммунитета государства в частноправовой сфере. Вместе с тем иммунитет государства — это его право, вытекающее из суверенитета, но не обязанность. Поэтому государство вправе отказаться от иммунитета как в целом, так и от какого-либо его элемента. И государства достаточно часто это делают, чтобы упростить свое сотрудничество с иностранными гражданами и юридическими лицами. Отказ от

¹ См.: РСИ. Sen A 20 (1929). P. 41, 53. Дополнительно отметим, что в Международном суде ООН, в котором в 1957 г. рассматривался франко-норвежский спор о некоторых норвежских займах, норвежское правительство заявило, что предмет спора между норвежским правительством и французскими держателями облигаций лежит целиком в сфере норвежского права. Суд не вынес решение по существу, так как признал себя некомпетентным, тем самым косвенно согласившись с позицией норвежской стороны (см.: Case of Certain Norwegian Loans: I. C. J. Reports 1957. P. 13).

² См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Международное частное право... С. 94.

иммунитета, чтобы быть юридически действительным, подчиняется некоторым правилам:

1) отказ должен быть явно выражен (*expressis verbis*) в письменной форме: соответствующим органом государства в одностороннем порядке, при заключении сделки в самом ее тексте, в международном договоре, в законе и пр.;

2) отказ не может быть подразумеваемым, он не может следовать из конклюдентных действий (если в инвестиционном соглашении с участием государства стороны договорились передавать все споры для разрешения в Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты, то из этого не следует вывод об отказе от иммунитета в полном объеме);

3) отказ от иммунитета не может толковаться расширительно. Государство свободно в своей воле: оно может отказаться от иммунитета в целом в отношении одной сделки, но это не может толковаться таким образом, что государство отказалось от иммунитета в отношении всех сделок, совершаемых на территории данного иностранного государства; если государство дало согласие быть истцом в иностранном судебном процессе, то это не означает, что в отношении к нему могут быть применены принудительные меры по предварительному обеспечению иска или по принудительному исполнению решения иностранного суда и т. д.

Из прошлой советской практики известны отказы советского государства от иммунитета. Главным образом это было связано с работой торговых представительств на территории иностранных государств. Торговые представительства открывались на основе соглашений, заключаемых СССР с соответствующим иностранным государством, в которых оговаривались пределы отказа от иммунитета. Правовой основой такого отказа было Положение о торговых представительствах СССР за границей 1989 г.¹, которое сохраняет определенную юридическую силу и в настоящее время и в котором, в частности, предусматривалось, что торговые представительства в качестве ответчика могут выступать в судах лишь по спорам, вытекающим из сделок и иных юридических ак-

¹ См.: Ведомости СНД и ВС СССР. 1989. № 14. Ст. 95. В настоящее время проблема торговых представительств как органа государства, обладающего иммунитетом, и их права на отказ от иммунитета в определенных границах потеряли актуальность, так как они прекратили свое существование в большинстве государств и были преобразованы в аппараты торговых советников российских посольств или в торгово-экономические отделы посольств (см.: постановление Правительства РФ от 28 августа 1996 г. № 1009 «О преобразовании торговых представительств Российской Федерации за рубежом» //СЗ РФ. 1996. №37. Ст. 4311; постановление Правительства РФ от 24 мая 1998 г. № 126 «О преобразовании торговых представительств Российской Федерации в ряде иностранных государств и аппаратов торговых советников посольств Российской Федерации в торгово-экономические отделы посольств Российской Федерации»//СЗ РФ. 1998. №27. Ст. 3210).

тов, совершенных представителями в странах пребывания, и только в тех странах, в отношении которых государство в международных договорах или путем одностороннего заявления выразило согласие на подчинение торгового представительства суду страны пребывания по указанным спорам.

Возможность отказа от иммунитета предусмотрена в российском Законе о соглашениях о разделе продукции 1995 г. В соответствии со ст. 23 Закона в соглашении, заключаемом государством (его соответствующими органами) с иностранными инвесторами, может быть предусмотрен отказ от трех элементов иммунитета, связанных с судебным разбирательством: от судебного иммунитета, иммунитета от предварительного обеспечения иска и иммунитета в отношении исполнения судебного (арбитражного) решения. Правда, в статье подчеркивается, что отказ должен соответствовать российскому законодательству об иммунитете, которого пока нет. Отсутствие законодательства не может препятствовать включить положения об отказе в соглашение о разделе продукции, так как данное право вытекает не из закона, а из сущности иммунитета.

Частичный отказ нашего государства от иммунитета, а именно отказ в части, касающейся иммунитета от применения иностранного права, предусмотрен в ст. 1204 ГК. Если стороной гражданско-правового отношения, в частности международной сделки, является государство, то она уже а priori не подчиняется праву этого государства: применимое право будет избрано на основе коллизионных норм, предназначенных для разных видов гражданско-правовых отношений: имущественных и личных неимущественных отношений, договорных и внедоговорных обстоятельств, наследственных отношений.

Обратим внимание, что если рассмотренные выше ст. 124 и 127 ГК РФ, а также ст. 23 Закона о соглашениях о разделе продукции, говоря об участии государства в гражданско-правовых отношениях, называют только Российскую Федерацию (субъекты Федерации и муниципальные образования), то ст. 1204 ГК использует обобщенный термин «государство». Это дает основания полагать, что предусмотренные разд. VI коллизионные нормы должны применяться как в случае, когда субъектом международных гражданско-правовых отношений выступает Российская Федерация, так и в случае, когда субъектом будет иностранное государство.

9.3. Виды иммунитета государства и их правовое регулирование

Абсолютный иммунитет означает право государства пользоваться иммунитетом в полном объеме, всеми его элементами; он распространяется на любую деятельность государства и любую его

собственность. Первоначально иммунитет сложился и применялся как абсолютный, и единственное ограничение возможно было только при условии прямо выраженного согласия государства.

В советском государстве и других социалистических странах, в которых государственная собственность являлась основой экономики, иммунитет всегда понимался как абсолютный¹, что позволяло изъять свою внешнеэкономическую деятельность из-под юрисдикции иностранных судов. Абсолютный иммунитет был законодательно закреплён в советском праве. Эти нормы предусмотрены в определенной мере и в действующих в настоящее время законах. Однако в законодательстве иммунитет понимался не как изъятие из-под действия закона вообще, а как изъятие из правоприменительной деятельности государства. Об этом свидетельствует и тот факт, что положение об иммунитете было зафиксировано в Основах гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (ст. 61) и дословно воспроизведено в ГПК РСФСР (ч. 1 ст. 435). Этот же аспект присутствует и в новом ГПК РФ (ч. 1 ст. 401): «Предъявление в суде в Российской Федерации иска к иностранному государству, привлечение иностранного государства к участию в деле в качестве ответчика или третьего лица, наложение ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории Российской Федерации, и 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...»

В АПК 2002 г. (п. 1 ст. 251) иммунитет понимается так же, как изъятие из судебной власти арбитражных судов, т. е. как судебный иммунитет: иностранное государство «обладает судебным иммунитетом по отношению к предъявленному к нему иску в арбитражном суде Российской Федерации, 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...»

По мере расширения функций государства внутри страны и в международных отношениях оно стало все шире выступать в качестве субъекта частноправовой деятельности и абсолютный иммунитет становился ощутимым препятствием в развитии мирохозяйственных связей, так как контрагенты государства, по сути, лишались прав на судебную защиту своих имущественных прав.

¹ См.: *Богуславский М. М.* Иммунитет государства. М., 1962. С. 14 и след.; *Баратянц Н. Р., Богуславский М. М., Колесник Д. Н.* Современное международное право: иммунитет государства // СЕМП. 1988. М., 1989. С. 167.

В связи с этим в доктрине и в судебной практике появляется идея необходимости ограничения иммунитета государства.

Нельзя не отметить, что абсолютный иммунитет не только препятствует развитию коммерческих связей с участием государства, но и часто нереализуем практически. Государство на территории иностранного государства может рассчитывать только на такой объем иммунитета, на который принимающее государство готово отказаться от своей юрисдикции. Понятно, что ожидания и реальность могут серьезно расходиться. Поэтому государства, исходящие из абсолютного иммунитета, защищают дополнительно свои права либо условием взаимности, либо возможностью применения реторсий.

Функциональный иммунитет. Этот вид иммунитета основан на принципиальном разграничении функций государства на публично-правовую и частноправовую. Если государство действует как суверен, совершает акт властвования (*acta imperii*), т. е. выступает как носитель суверенной власти (*de jure imperii*), то оно всегда пользуется иммунитетом, в том числе и в частноправовой сфере. Если государство выступает в качестве частного лица (*acta gestionis*), занимается коммерческой деятельностью (*de jure gestionis*), то тогда оно иммунитетом не обладает. Следовательно, в зависимости от осуществляемых функций государство может выступать либо в качестве суверена, носителя публичной власти, либо в качестве частного лица.

Впервые этот вид иммунитета был сформулирован в самом общем виде в решениях суда Бельгии (1857 г.) и суда Италии (1883 г.). Активно он разрабатывался в доктрине международного права после возникновения советского государства. Создаваемая в тот период доктрина функционального иммунитета была откровенной реакцией на прямое участие советского государства в частноправовой экономической сфере¹. Тем не менее функциональный иммунитет утверждался в судебной практике разных стран с большим трудом. Быстрее этот процесс шел в европейских странах. Англо-американские суды продолжали придерживаться в целом позиции абсолютного иммунитета вплоть до принятия в США и в Англии законов об иммунитете². Функциональный иммунитет нашел закрепление и в ряде законов, принятых в 70—80-е годы в некоторых странах. Видимо, полностью на функциональном иммунитете основаны: Закон США «Об иммунитетах иностранного государства» 1976 г.; Акт, предоставляющий

¹ Обзор доктрины по функциональному иммунитету см.: Броунли Я. Международное право / Пер. с англ. М., 1977. С. 464—474.

² См. об этом подробнее: Фолсом Р. Х., Гордон М. У., Спаногл Дж. А. Указ. соч. С. 385—388.

иммунитет государству в канадских судах, 1982 г.; Акт Австралии «Об иммунитете иностранного государства» 1984 г.

Функциональный иммунитет в том виде, в каком он сформулирован в судебной практике, в международно-правовой доктрине, а затем и в ряде национальных законов, обладает целым рядом существенных недостатков, которые не позволили ему стать общепризнанной альтернативой абсолютному иммунитету.

Прежде всего отметим, что ни доктрина, ни судебная практика, ни законы не установили какие-либо объективные критерии, с помощью которых можно было бы определенно или хотя бы с существенной долей определенности разграничить деятельность государства как суверена или как частного лица. Чаще всего называется характер (природа) операции или ее цель¹.

Если опираться на характер отношения, то любая сделка, операция, регулируемая частным правом, а не международным, является частноправовой, т. е. коммерческой операцией, и ничем не отличается от подобных операций, совершаемых частными лицами. С точки зрения природы акта аренда государством здания является частноправовой сделкой независимо от того, арендуется ли здание для расположения посольства или для устройства гостиницы для проживания приезжающих своих граждан. Последовательное применение этого критерия неизбежно ведет к крайнему выводу (необходимость которого всеми отрицается), что в любой сфере деятельности, регулируемой не международным, а национальным частным правом, государство не должно пользоваться иммунитетом.

Нерезультативно и применение цели деятельности в качестве разграничительного критерия: государство обладает иммунитетом, если совершаемые им операции не имеют коммерческой цели, и напротив, если цель деятельности коммерческая, то права на иммунитет нет. Едва ли с точки зрения цели можно однозначно определить, являются ли частноправовыми или коммерческими сделки, заключаемые государством с частными лицами, например, на постройку и покупку военного судна, или на покупку материалов на строительство посольства, или покупку продовольствия в целях снабжения армии или пострадавших от стихийного бедствия и т. д. Не вызывает сомнений, что какую бы частноправовую сделку или операцию (коммерческую) ни совершало бы государство, *оно всегда действует в государственных целях, в интере-*

¹ Например, согласно закону США «коммерческая деятельность» означает постоянное ведение коммерческой деятельности или заключение отдельной коммерческой сделки или совершение действия. Коммерческий характер деятельности определяется природой ведения деятельности или заключенной отдельной сделки или совершенного действия, а не их целью» (ст. 1603) (см.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Международное частное право... С. 56. Как видим, здесь нет даже попытки разъяснить понятие «коммерческая сделка».

сах общества и государства, а не ради выгоды частных лиц (естественно, мы исключаем криминогенную ситуацию, когда сделка совершается от имени государства коррумпированными лицами в своих интересах). Поэтому использование цели в качестве критерия разграничения публично-правовой и частноправовой деятельности не дает объективного результата.

Таким образом, одна и та же совокупность фактов истолковывается судами даже одного государства по-разному: одна и та же деятельность рассматривается как коммерческая, при которой государство не может претендовать на иммунитет, или некоммерческая с признанием иммунитета. Это положение было констатировано в одном из докладов, заслушанных в Комиссии международного права¹.

В качестве примера приведем дело *X. v. Government of the United States*, рассмотренное в австрийских судах в 1961 г., из которого особенно четко видна невозможность объективного разграничения коммерческой и некоммерческой деятельности государства. Автомобиль, принадлежавший посольству США в Австрии, должен был доставить дипломатическую почту в аэропорт. Во время парковки возле посольства США он нанес повреждение автомобилю, принадлежавшему австрийскому гражданину X., который и предъявил иск о возмещении ущерба в австрийский суд.

Суд первой инстанции не принял иск к рассмотрению, сославшись на отсутствие юрисдикции в отношении иностранного государства, которое пользуется иммунитетом при совершении действий *acta impregii*, поскольку отправка дипломатической почты связана с осуществлением суверенной деятельности. Апелляционный суд оставил это решение в силе, признав его аргументацию правильной. Однако Верховный суд дал иную оценку данным обстоятельствам: «Управление иностранным государством автомобилем, пользование общественными дорогами принадлежит к сфере частной деятельности, даже если такое управление и использование связаны с выполнением суверенных функций». В результате Верховный суд сделал вывод, что США в данном деле не обладают иммунитетом².

Таким образом, все это свидетельствует о неспособности теории функционального иммунитета выдвинуть критерии, которые бы четко разграничивали деятельность государства на суверенную и частную.

Показательно, что Комиссия международного права на своей 51-й сессии, состоявшейся в 1999 г., вновь вернулась по требованию Генеральной Ассамблеи ООН к вопросу о коммерческом ха-

1 См.: Ежегодник Комиссии международного права. 1982. Т. 2. Ч. 1. П. 51.

² См.: *Materials on Jurisdictional Immunities and their Property*. N.-Y. UN., 1982. P. 203-207.

рактере сделки. Генеральная Ассамблея запросила разработать критерии для определения коммерческого характера контракта или сделки. Комиссия, рассмотрев все использующиеся в практике критерии (характер, цель, мотив и пр.), *вынуждена была констатировать о недостаточности любого из них и невозможности их использования и предложила Генеральной Ассамблее обратиться к термину «коммерческие контракты или сделки» без каких-либо разъяснений*¹.

В результате национальный суд является той высшей инстанцией, которой принадлежит право давать оценку деятельности иностранного государства и решать, предоставлять ему иммунитет или нет². Это порождает непоследовательную и противоречивую практику в решении столь важного вопроса.

Правда, существует мнение, нашедшее отражение и в иностранных судебных решениях: тот факт, что нелегко установить четкое различие между суверенной и несуверенной государственной деятельностью, не должен служить основанием для отказа от такого разграничения; в международном праве известны и другие схожие проблемы. Суд должен принимать во внимание все обстоятельства для того, чтобы решить, в какой сфере совершено действие: в частноправовой или суверенной деятельности³.

Действительно, проблемы, которые не имеют четких объективных критериев и решение которых возлагается на суд в международном частном праве, есть. Одна из них — оговорка о публичном порядке — была рассмотрена в гл. 6. Но, во-первых, это не оправдание для искусственного создания еще одной проблемы, не имеющей объективного решения. Во-вторых, главное, что в подобных проблемах есть принципиальная разница. Применяя оговорку о публичном порядке, суд оценивает иностранное право и решает вопрос о возможности его применения. Изучая характер сделки с участием иностранного государства, суд оценивает деятельность *иностранного суверена и решает вопрос: признать за ним право на иммунитет или отказать ему в этом праве*. Нелепая ситуация, когда национальный суд становится над иностранным государством, подчиняя его своей власти во всех случаях.

¹ См.: Комиссия международного права. 51-я сессия. Женева, 3 мая — 23 июля 1999 г. Докл. A/CN. 4/L. 576. П. 60.

² В докладе Конгресса США, посвященном принятию Закона об иммунитетах иностранного государства, отмечалось, что «неблагоразумно» чрезмерно точно определять это понятие; американский суд в каждом конкретном случае с учетом всех обстоятельств дела должен выяснить характер сделки и в соответствии с этим решить вопрос об иммунитете (см. об этом: *Хлестова И. О., Швыдак Н. Г.* Законодательство капиталистических стран об иммунитете иностранного государства. М., 1988. С. 16.

³ См.: *Фолсом Р. Х., Гордон М. У., Спаногл Дж. А.* Указ. соч. С. 388.

Из этого ясен и второй серьезный дефект функционального иммунитета: государство а priori подчиняется юрисдикции иностранного суда. Даже если суд признает некоммерческий характер деятельности государства и соответственно его иммунитет, то юрисдикция иностранного суда уже состоялась, решение, обязательное для государства, уже вынесено, и тем самым нарушен иммунитет государства.

Отметим еще Один серьезный недостаток функционального иммунитета, на который всегда обращала внимание советская доктрина, но и сегодня эта критика сохраняет значение. Известно, что суверенитет государства — это имманентно присущее ему качество. Государство и суверенитет неотделимы друг от друга так же, как и неделим государственный суверенитет. Какую бы деятельность ни осуществляло государство, оно всегда выступает как носитель государственной власти, т. е. как *jure imperii*. Участвуя в частноправовых отношениях, государство не теряет присущее ему качество властности и суверенности¹. Функциональный иммунитет исходит из того, что есть некая сфера отношений, которую, как мы видели, не удалось объективно отграничить, в которой государство выступает как частное лицо и соответственно не обладает ни суверенитетом, ни иммунитетом. Следовательно, он находится в явном противоречии с принципами суверенности и независимости государств, которые являются основополагающим началом международного права и которые пока еще никто не отменил.

В силу отмеченных обстоятельств функциональный иммунитет, получив широкое распространение во второй половине XX в., не стал общепризнанным².

Как уже отмечалось выше, ст. 251 АПК 2002 г. в отличие от других российских законов распространяет действие иммунитета только на те иностранные государства, которые действуют как носители власти: «Иностранное государство, выступающее в качестве носителя власти, обладает судебным иммунитетом...». Видимо, эту формулировку можно толковать как шаг в сторону функционального иммунитета. В то же время, какую бы деятельность государство не осуществляло, оно всегда выступает как носитель власти. Государство — суверенитет — власть: неразрывно связанные понятия. Властная природа государства проявляется в любой его

¹ См. об этом: *Ушаков Н. Л.* Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности. М., 1993. С. 82 и след.

² Например, Я. Броунли (известный английский юрист-международник) делает жесткое заключение, что результат функционального иммунитета «совершенно неудовлетворителен и требуется реформа» (см.: *Броунли Я.* Указ. соч. С. 475).

деятельности. Поэтому едва ли можно безоговорочно утверждать о закреплении в ст. 251 АПК функционального иммунитета.

Ограниченный иммунитет. Уже из названия ясно, что данный вид иммунитета исходит из необходимости ограничения иммунитета. В отличие от функционального, который ограничивает иммунитет на основе общего принципа (критерия) — деления деятельности государства на суверенно-властную и частную, ограниченный иммунитет не использует формальных критериев, а формулирует перечень конкретных случаев, когда государство не пользуется иммунитетом. Эти случаи могут быть сформулированы самими государствами как на двусторонней, так и на многосторонней основе, в том числе универсальной. Ограниченный иммунитет—явление «рукотворное»; в отличие от функционального, который складывался в судебной практике, ограниченный иммунитет может быть создан только основными акторами международных хозяйственных связей — государствами. Доктрина, судебная практика могут при этом играть лишь вспомогательную роль.

Идея и основа ограниченного иммунитета заключается в том, что иммунитет — это право государства, вытекающее из его суверенитета, на неприменение к нему иностранной юрисдикции, от которого государство может отказаться как целиком, так и в любой его части. Поэтому задача заключается лишь в создании наиболее точных формулировок случаев и обстоятельств, при наличии которых государство не будет пользоваться иммунитетом. Несмотря на всю сложность, как всякая правотворческая задача, она решается.

Если государства заинтересованы в развитии нормальных торговых и иных экономических связей, ничто не мешает им при заключении торгового договора (эти договоры связывают на двусторонней основе практически все государства и создают общую правовую базу для осуществления торгово-экономических отношений между ними) сформулировать те случаи, при которых государство, вступая в торгово-экономические отношения с частными лицами, не будет претендовать на иммунитет. То же можно сделать и для более узкой сферы экономических отношений, например при подписании договоров о взаимной защите иностранных-капиталовложений и т. д.

Удачным опытом создания правовых основ ограниченного иммунитета на многосторонней (региональной) основе можно считать Европейскую конвенцию 1972 г., заключенную странами — участницами Совета Европы (так как Россия является членом Совета Европы, она вправе присоединиться к Конвенции). Конвенция закрепляет общий принцип иммунитета государства от иностранной юрисдикции (ст. 15), а затем формулирует (ст. 1—14) детализированные исключения из этого принципа. Рассмотрим некоторые из них.

Ряд статей (1—3 и 12) определяют форму и условия отказа самого государства от иммунитета в иностранном суде: 1) если государство вступает в процесс в иностранном суде в качестве истца или третьего лица, значит, оно признает юрисдикцию этого суда, в том числе и в отношении встречного иска; и наоборот, если государство выдвигает встречный иск, то признает юрисдикцию и в отношении основного иска; 2) если государство ссылается на иммунитет после того, как вынесено решение по существу, оно не пользуется иммунитетом; 3) если государство вступает в процесс, чтобы заявить о своем иммунитете, то это не может рассматриваться как отказ от иммунитета; 4) государство не пользуется иммунитетом, если оно взяло обязательство признать юрисдикцию иностранного суда в одной из форм: в международном соглашении, ясно выраженным положением в договоре, составленном в письменной форме, ясно выраженным согласием, данным после возникновения спора; 5) если государство дало согласие в письменной форме на арбитражное разбирательство спора, то оно не обладает иммунитетом в суде того государства, где осуществлялось или должно было осуществляться арбитражное разбирательство.

Последующие статьи формулируют конкретные дела при наличии конкретных обстоятельств, в которых государство не может претендовать на иммунитет (как правило, такие обстоятельства связаны тем или иным образом с территорией того государства, суд которого рассматривает дело). Государство не пользуется иммунитетом в следующих случаях:

1) в делах по договорному обязательству, если согласно контракту оно осуществлялось или должно быть осуществлено на территории государства, где происходит судебное разбирательство;

2) в делах, связанных с трудовым соглашением, работа по которому подлежит исполнению или исполнялась на территории государства, где происходит судебное разбирательство;

3) в делах, связанных с участием в юридических лицах, если такое лицо имеет свое реальное или официальное место нахождения или свое главное учреждение на территории государства, где происходит судебное разбирательство;

4) по делам, связанным с деятельностью бюро, агентства либо другого учреждения, через которые государство осуществляет промышленную, коммерческую или финансовую деятельность, если такое учреждение находится на территории государства, где происходит судебное разбирательство;

5) по делам, связанным с недвижимостью, если она находится на территории государства, где происходит судебное разбирательство;

6) по делам, связанным с возмещением ущерба, если он вызван фактом, имевшим место на территории государства, где происходит судебное разбирательство и некоторые другие случаи.

Приведенные изъятия свидетельствуют, что Конвенция обеспечивает достаточное число оснований для установления юрисдикции судов государства, где рассматриваются соответствующие дела.

Одной из особенностей Конвенции является то, что она регулирует не только юрисдикционные иммунитеты государств, но также признание и исполнение судебных решений в отношении иностранного государства. Это приводит к определенной сложности конвенционного режима. Иммунитет от приведения к исполнению иностранных судебных решений, как было рассмотрено выше, является отдельным элементом иммунитета государства, допускающим самостоятельное регулирование. При режиме ограниченного иммунитета проблема обеспечения исполнения судебного решения в отношении иностранного государства приобретает дополнительную сложность.

Логически рассуждая, следовало бы признать, что предусмотренное Конвенцией право суда в перечисленных случаях принимать решение в отношении иностранного государства предполагает и право его реализовать. Однако Конвенция разделила эти элементы иммунитета, предусмотрев разное регулирование. Принципиальное значение имеют два положения. Первое исходит из общей концепции иммунитета: отказ от иммунитета по основаниям, предусмотренным в ст. 1—13, не означает отказа от иммунитета против принудительного исполнения иностранного судебного решения, а также от иммунитета от «охранительных мер в отношении имущества» (т. е. принудительных мер по предварительному обеспечению иска), «кроме тех случаев, когда государство дало на это свое ясно выраженное согласие в письменной форме». Это положение закреплено в ст. 23 Конвенции: договаривающееся государство не может осуществить принудительное исполнение судебного решения в отношении другого договаривающегося государства.

Второе положение возлагает на договаривающееся государство юридическую обязанность исполнить вынесенное против него судебное решение на территории другого договаривающегося государства при соблюдении некоторых условий. Согласно ст. 20 Конвенции государство не обязано выполнять решение, если: 1) оно вынесено по делу, не входящему в круг дел, предусмотренных ст. 1—13; 2) решение противоречит публичному порядку государства; 3) решение не окончательно; 4) неправильно решен вопрос о компетенции; 5) неправильно выбраны применимое право и некоторые другие (эти условия чаще всего включаются в договоры о взаимном признании и исполнении иностранных судебных решений).

Конвенция предусматривает еще одну возможность исполнения решения: если договаривающееся государство, против кото-

рого вынесено решение, не выполняет его, другая сторона может обратиться в компетентный суд соответствующего государства с просьбой вынести решение о том, «следует ли привести в исполнение судебное решение в соответствии со ст. 20» (напомним, что в национальном суде государство иммунитетом не обладает). Дополнительный протокол к Конвенции расширил это право: заинтересованная сторона может начать соответствующий процесс по своему выбору либо в суде государства, не выполняющего решение, либо в Европейском суде, состоящем из 7 членов Европейского суда по правам человека.

Таким образом, Конвенция приняла компромиссное решение: сохранив общее правило о невозможности принудительного исполнения иностранного судебного решения, вынесенного против государства, она возложила международно-правовую обязанность на государство исполнить такое решение. В результате национально-правовой механизм исполнения решений иностранного суда был заменен международно-правовым.

Подводя итоги, можно констатировать, что международно-правовое решение вопросов о положении государства в частноправовых отношениях не достигло значительных результатов. Европейская конвенция является наиболее удачным опытом, но и она не получила большого распространения даже в Европе. На универсальном уровне после более чем 20-летней работы Комиссии международного права нет окончательного проекта соответствующего договора: неудачи, на наш взгляд, связаны с использованием идей функционального иммунитета.

Что касается национального права, то оно в принципе не способно решить комплекс проблем, связанных с иммунитетом государства. Иммунитет, как говорилось выше, представляет собой две взаимосвязанные стороны: с одной стороны, это право государства на неприменение к нему иностранной юрисдикции, а с другой — это отказ государства от своей юрисдикции в отношении иностранного государства. Проблема иммунитета может быть решена тогда, когда ожидания одного государства совпадут с реальностью на территории другого государства. Достижение этого возможно как минимум на двустороннем уровне, т. е. на основе межгосударственного соглашения. Национальные законы, предусматривающие ограничение иммунитета иностранного государства, прямо нарушают его суверенитет и международно-правовой принцип суверенного равенства. С точки зрения международного права национальным законом государство вправе лишь ограничить свой собственный иммунитет, но не может покушаться на иммунитет иностранного государства.

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ

ИНСТИТУТЫ И ПОДОТРАСЛИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Глава 10. СОБСТВЕННОСТЬ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

10.1. Особенности правового регулирования отношений собственности в международном частном праве

Институт права собственности является базовым институтом любой правовой системы. Какую бы отрасль права мы ни рассматривали, вопрос о собственности занимает в ней одно из центральных мест. Это прежде всего относится к гражданскому праву. Однако нормы этого института в той или иной степени оказывают влияние на семейное, трудовое право и др.

Право собственности можно рассматривать как в объективном смысле, так и в субъективном. В объективном смысле право собственности представляет собой систему правовых норм, определяющих границы возможных действий лиц по присвоению, владению, пользованию и распоряжению вещами, не исключенными из гражданского оборота. В субъективном же смысле право собственности представляет собой юридическую возможность для лица владеть, пользоваться, распоряжаться присвоенным имуществом по своему усмотрению и в рамках, установленных законодательством. Кроме того, законодатель предусматривает, что собственник вещи обязан вести себя должным образом, в противном случае к нему могут быть применены санкции (например, принудительное изъятие у собственника бесхозяйственно содержимых культурных ценностей — ст. 241 ГК).

Определение объекта вещных прав является основополагающим для решения коллизионных вопросов вещных правоотношений, осложненных иностранным элементом. С учетом особенностей имущества различают вещное право на движимость (movables) и недвижимость (immovables). Такая классификация предмета вещного права имеет своими корнями римское частное право и воспринята многими правовыми системами.

Правовые системы всех государств признают существование вещных прав, среди которых на первом месте стоит право собственности, однако по-разному подходят к их правовому регулированию. Бывают случаи, когда право на движимую собственность рассматривается конкретной правовой системой как право на не-

движимость. Так, например, ключ от дома или документы, подтверждающие правовой титул на землю, являются отделимыми принадлежностями недвижимости. Но их собственник английским законодательством рассматривается как имеющий интерес в недвижимости¹. Какое же право должно быть решающим, если имущество рассматривается одной системой права как движимость, а другой — как недвижимость? Или, например, переход права собственности. В одних государствах момент перехода права собственности — это подписание соответствующего договора (контракта) независимо от того, состоялась ли фактическая передача вещи, а в других — момент перехода права собственности совпадает с фактической передачей вещи. Таким образом, на практике одинаковые ситуации могут иметь различное решение. Отсюда возникает вопрос: право какого государства применять в данной ситуации, нормы какой правовой системы призваны урегулировать возникшее правоотношение?

Преимущественным способом правового регулирования отношений собственности в международном частном праве является коллизионно-правовой, ибо при всем многообразии существующих проблем практически не существует конвенций, содержащих унифицированные материально-правовые нормы.

В Российской Федерации коллизионно-правовое регулирование отношений собственности осуществляется на основе положений, содержащихся в разд. VI «Международное частное право» части третьей ГК РФ, в частности в ст. 1205, 1206, 1207. В Польше коалиционно-правовое регулирование предусмотрено в Законе о международном частном праве 1965 г., в Венгрии — Законе о международном частном праве 1979 г., во Вьетнаме — в Гражданском кодексе 1995 г. и в аналогичных законах других стран. Здесь речь идет о национальных коллизионных нормах, которые применяются и толкуются в соответствии с принципами правовой системы данного государства и являются органическим элементом этой системы.

Кроме национально-правового регулирования вещно-правовых отношений в международном частном праве можно говорить и о международно-правовом регулировании. Имеется в виду правовое регулирование отношений собственности договорными коллизионными нормами, т. е. нормами, закрепленными в международных договорах. Примером таких международных коллизионных норм являются нормы, закрепленные в Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (ст. 38), в двусторонних договорах о правовой помощи.

¹ См.: *Чешир Дж., Норт П.* Указ. соч. С. 322.

И национальные коллизионные нормы, и договорные коллизионные нормы, регулирующие вещно-правовые отношения, отношения собственности, руководствуются одним классическим законом, одним исходным принципом — законом места нахождения вещи. Об этом и пойдет дальше речь.

10.2. Коллизионные вопросы права собственности

Закон места нахождения вещи — *lex rei sitae* — признан исходным коллизионным началом для разрешения вопросов права собственности. По закону местонахождения вещи обычно решается вопрос, может ли данная вещь быть предметом права собственности или иного вещного права; по этому закону определяется и объем вещных прав, порядок их возникновения, перехода и прекращения.

На протяжении длительного периода времени сфера применения закона места нахождения вещи по отношению к праву собственности подвергалась весьма существенным изменениям. Еще в эпоху феодализма в итальянской доктрине был разработан коллизионный принцип *lex rei sitae*, согласно которому право собственности на недвижимость или другие вещные права в отношении недвижимости подчиняются праву места нахождения недвижимости. Впоследствии этот принцип стал общим для всех европейских государств. В его обоснование обычно указывалось, что недвижимость составляет часть государственной территории, а потому законы, действующие в пределах этой территории, распространяются и на ее части.

Однако из всех правил бывают исключения. В СССР частная собственность на землю была отменена, но это положение не распространялось на право частной собственности советских граждан на землю в других государствах. Как следует из принципа *lex rei sitae*, если советский гражданин приобрел недвижимость за границей, то он имеет право владеть и распоряжаться этим имуществом в полном объеме в соответствии с законодательством этого государства. Однако суды и административные органы некоторых государств пытались отрицать право советских граждан владеть недвижимостью на их территории, ссылаясь на то, что по их личному закону — советскому праву — право частной собственности на землю отменено. Таким образом, аргументация состояла в том, что по личному закону гражданина, т. е. по советскому закону, соответствующие права не признаются.

Как справедливо подчеркивает Л. А. Лунц, по существу это означало извращение коллизионных принципов — попытка применить личный закон советского гражданина для таких случаев, когда вообще (по общепринятым в международной практике обычаям, а также в соответствии с практикой данной страны) следует

применять закон местонахождения вещи. Замена одного коллизийного принципа другим, по сути, означала дискриминацию советских граждан, а также отказ в применении к ним национального режима¹.

В отношении прав собственности на движимое имущество возникают два основных коллизийных вопроса: а) какой закон регулирует переход права собственности, если собственность приобретается не в том государстве, где вещь находится, и б) каким законом определяется объем прав собственника, если вещь приобретена за границей или принадлежит иностранцу.

Долгое время в Европе права на движимые вещи (право требования, ценные бумаги, личные вещи, транспортные средства и др.) определялись по личному закону собственника. В Прусском общем уложении 1794 г., в Австрийском гражданском уложении 1811 г., в Итальянском гражданском кодексе 1865 г. нашел отражение принцип, согласно которому «движимость следует за лицом» (*mobilia personam sequuntur*).

Данный принцип применялся до середины XIX в. Затем сфера его применения сузилась и была ограничена случаями правопреемства вследствие смерти собственника в отношении движимости и режима супружеского имущества. Почему так произошло? Место жительства лица может меняться и не всегда является известным контрагенту, заключающему с ним сделку. Кроме того, контрагент может не знать законодательства государства, где проживает лицо. И, наконец, последнее: может иметь место жительства не в одном, а в нескольких государствах. Все это создает определенные трудности для разрешения имущественных споров и затрудняет торговый оборот.

В настоящее время практически во всех странах Европы (в частности, в Швейцарии, Венгрии, Германии, Польше, Австрии, Румынии, Италии, Франции и др.) в отношении движимой собственности действует принцип *lex rei sitae*. Таким образом, современная международная практика отвечает на поставленные выше коллизийные вопросы так: а) вещь, правомерно приобретенная в собственность лицом, сохраняется за ее собственником при изменении места нахождения вещи (тем самым признается право собственности на вещь, приобретенную за границей) и б) объем права собственника определяется законом места нахождения вещи. При перемещении вещи из одного государства в другое соответственно изменяется содержание собственности в смысле объема прав собственника. Здесь не имеет значения то обстоятельство, какие права принадлежали собственнику вещи до ее перемещения в данное государство.

¹ См.: Луц Л. А. Международное частное право. Особенная часть. М., 1963. С. 77.

Возможны определенные исключения из общего правила. Если речь идет об авторском праве, праве на фирму, товарный знак и пр., то более приемлемым становится применение личного закона собственника. Это распространяется также и на случаи ликвидации иностранных юридических лиц. Право собственности на имущество филиала иностранного юридического лица определяется не законом места нахождения этого имущества, а личным законом юридического лица.

Как уже было сказано выше, в коллизионных вопросах собственности российское законодательство представлено ст. 1205, 1206 и 1207 ГК РФ. Статья 1205 закрепляет принцип *lex rei sitae*: «Содержание права собственности и иных вещных прав на недвижимое и движимое имущество, их осуществление и защита определяются по праву страны, где это имущество находится. Принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам определяется по праву страны, где это имущество находится».

В ч. 1 ст. 1206 ГК содержится положение, согласно которому право собственности на имущество, возникшее по месту его нахождения, не прекращается при перемещении этого имущества в другую страну: «Возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество определяются по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для возникновения или прекращения права собственности и иных вещных прав, если иное не предусмотрено законом». Таким образом, признается право собственности на вещь, правомерно приобретенную за границей. Положение это весьма любопытно. Так, например, если лицо правомерно приобретает вещь на территории одного государства и следует на территорию другого государства, где эта вещь изъята из гражданского оборота, за ним признается право собственности на данную вещь. Но приобретение такой же вещи на территории данного государства не будет считаться правомерным и не повлечет за собой возникновение права собственности.

В этой же статье закреплено положение, предусматривающее предметом сделки товар в пути. Имеется в виду сделка с движимой материальной вещью, перевозимой по железной дороге, по морю или воздушным путем. Стороны заключают сделку, направленную на передачу права собственности, не зная, на территории действия какой правовой системы в данное время находится вещь.

Часть 2 ст. 1206 ГК предусматривает, что «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».

А законодательство Венгрии, например, так решает этот вопрос: «К вещным правам на движимые вещи в пути применяется закон государства места назначения. Однако в отношении вещных правовых последствий, связанных с принудительной продажей, складированием или залогом таких вещей, следует применять закон места нахождения вещи» (ч. 2 § 23 Закона о международном частном праве 1979 г.). Таким образом, попытки приспособить к этим случаям привязку закона местонахождения вещи, закона места назначения вещи или закона места отправления вещи не привели к установлению единой для всех случаев коллизионной нормы.

Раздел VI ГК РФ содержит положение, ранее не закрепленное в Основах 1991 г. Эта новелла касается права, подлежащего применению к вещным правам на суда и космические объекты. Так, в соответствии со ст. 1207 ГК «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».

Особое внимание нужно обратить на коллизионный вопрос, касающийся момента перехода риска. Большинство правовых систем исходит из того, что с момента перехода прав собственности от продавца к покупателю переходит и риск случайной гибели проданной вещи. Так решается вопрос в законодательстве Франции, Великобритании, Чехии, Словакии и др. В связи с этим хотелось бы процитировать Л. А. Лунца: «Решение коллизионного вопроса о переходе риска случайной гибели вещи от продавца к покупателю нет оснований связывать с решением коллизионного вопроса, касающегося момента перехода права собственности. Во втором случае речь идет о вопросе вещного права; в первом же случае налицо вопрос обязательственных отношений между сторонами. Поэтому этот второй вопрос имеет самостоятельную коллизионную привязку и должен решаться по обязательственному статусу»¹.

Коллизионные вопросы права собственности помимо национального законодательства регулируются также и рядом международных договоров. К ним, в частности, относится уже упомянутая ранее Конвенция о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. и Гагская конвенция о праве, применяемом к переходу права собственности в международной торговле товарами, 1958 г. Кстати, Гагская конвенция, рассматривая вопрос о переходе права собственности и риске случайной гибели вещи, содержит самостоятельные коллизионные привязки.

10.3. Правовое регулирование иностранных инвестиций

Иностранные инвестиции — это материальные и нематериальные ценности, принадлежащие юридическим и физическим лицам одного государства и находящиеся на территории другого государства с целью извлечения прибыли.

Одно из оснований, по которому можно провести классификацию инвестиций, — *имущественный* или *неимущественный* их характер. Под неимущественными инвестициями следует понимать права на литературные и художественные произведения, в том числе звукозаписи; права на изобретения, промышленные образцы, топологии интегральных схем; а также специфические технологические сведения (*ноу-хау*), секреты производства, конфиденциальную коммерческую информацию, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования, т. е. все, что входит в понятие интеллектуальной собственности. Все остальные категории инвестиций относятся к имущественным инвестициям. Их характерным признаком является материальное выражение: финансы, материальные ценности.

Другим основанием классификации инвестиций можно считать участие или неучастие инвестора в управлении объектом инвестирования. По этому основанию инвестиции можно разделить на *прямые* и *косвенные (портфельные)* инвестиции. Прямые инвестиции осуществляются в виде создания совместных предприятий и предприятий, на 100 процентов принадлежащих иностранному инвестору. При такой форме инвестирования иностранные инвесторы «прямо и непосредственно» участвуют в управлении предприятием (компанией). Косвенные инвестиции не предусматривают непосредственного участия в управлении предприятием (компанией), а предполагают получение иностранными инвесторами дивидендов на акции и ценные бумаги, т. е. на капитал, вложенный в эти предприятия в денежной форме.

Как показывает практика, наиболее значительные прямые инвестиции осуществляются в экономику ведущих развитых стран, что связано прежде всего с хорошо отлаженным механизмом правовых гарантий иностранным инвестициям. Но эти страны характеризуются высоким уровнем конкуренции, поэтому более высокий потенциал получения прибыли у стран с развивающейся экономикой, хотя там выше риск для иностранного инвестора.

И наконец, в зависимости от источника финансирования иностранные инвестиции можно разделить на *государственные*, которые осуществляются в виде кредитов и займов, предоставляемых государствами и международными организациями (МБРР, МВФ, ЕБРР и др.), и *частные*, осуществляемые иностранными юридическими и физическими лицами. *Объектом правового регулирования международного частного права являются правовые отно-*

шения, возникающие в связи с частным иностранным инвестированием.

В структуре правового регулирования инвестиционных отношений можно выделить два уровня: 1) международно-правовой, формирующийся путем заключения международных договоров, и 2) внутригосударственный, основу которого составляет национальное законодательство принимающего государства.

Международно-правовое регулирование инвестиционных отношений осуществляется, как уже было сказано, путем заключения государствами и другими субъектами международного права международных договоров. По кругу участников такие международные договоры можно разделить на три группы: многосторонние международные договоры, основной целью которых является защита иностранных инвестиций на межгосударственном уровне (например, Конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г.; Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г.); региональные международные договоры (например, соглашения стран СНГ) и двусторонние соглашения (здесь можно говорить как о соглашениях между государствами по вопросам защиты иностранных инвестиций, устранению двойного налогообложения, так и соглашениях между государствами и международными организациями— МБРР, ЕБРР, ЕС).

Конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами была подписана в Вашингтоне 18 марта 1965 г. и вступила в силу 14 октября 1966 г.¹ В соответствии с Конвенцией при МБРР был создан Международный центр по разрешению инвестиционных споров между государствами, с одной стороны, и физическими и юридическими лицами, выступающими в качестве иностранных инвесторов — с другой. Инвестиционные споры разрешаются путем проведения примирительной процедуры (гл. III Конвенции) либо путем арбитражного производства (гл. IV).

Развитие новых форм экономического сотрудничества привело к созданию более действенного механизма защиты иностранных инвестиций — страхованию. В сентябре 1985 г. в Сеуле была подписана Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (далее — Агентство) (вступила в силу 12 апреля 1988 г.)². Основная идея Конвенции — предоставить иностранным инвесторам финансовые гарантии от некоммерческих рисков путем страхования инвестиций. Цель всех видов страхования — стимулирование потока капитала в менее развитые страны путем снижения риска для определенного круга инвесто-

¹ Российская Федерация не является участником Конвенции.

² С 1995 г. Российская Федерация участвует в Конвенции.

ров в связи с финансированием ими отдельных проектов в развивающихся странах. Агентство в этих случаях выступает гарантом того, что обязательства перед инвестором будут соблюдаться.

Для достижения поставленных целей Агентство: а) предоставляет гарантии, включая сострахование и перестрахование от некоммерческих рисков в отношении инвестиций, осуществляемых в какой-либо стране-члене из других стран-членов (п. «а» ст. 2); б) проводит соответствующую дополнительную деятельность по оказанию содействия потоку инвестиций в развивающиеся страны и между ними (п. «в» ст. 2); а также в) пользуется такими другими дополнительными полномочиями, которые могут потребоваться для выполнения поставленных целей (п. «с» ст. 2).

В зависимости от того, какие некоммерческие риски покрываются Агентством, можно выделить следующие виды страхования, упомянутые в Конвенции.

1. Перевод валюты. Этот вид страхования защищает инвестора от убытков, связанных с невозможностью инвестора конвертировать денежные средства в местной валюте (доходы, выплаченная сумма долга, проценты по долгу, капитал и другие платежи) для вывоза их из страны. По данному виду страхования инвестору гарантируется защита на случай задержек с получением конвертируемой валюты в связи с действием или бездействием правительства принимающего государства; неблагоприятным изменением законов по обмену валют; ухудшением условий, влияющих на обмен и возможность вывоза иностранной валюты.

При этом, однако, следует учитывать, что данный вид страхования не покрывает девальвацию местной валюты. На этот счет ст. 11 Конвенции содержит следующее положение: «По совместному заявлению инвестора и принимающей Стороны Совет директоров... может утвердить расширение сферы охвата настоящей статьи на конкретные некоммерческие риски... но ни при каком случае не риск девальвации или обесценивания валюты».

2. Экспроприация или аналогичные меры. Этот вид страхования защищает инвестора от «любых законодательных или административных действий или бездействий, исходящих от принимающего правительства, в результате которых владелец гарантии лишается права собственности на свои капиталовложения, контроля над ними или существенного дохода от такого капиталовложения».

Под «любыми законодательными или административными действиями» следует понимать действия, предпринимаемые исполнительными органами, но ни в коем случае не действия судебных органов при исполнении своих функций. При этом в ст. 11 указывается, что под действие настоящего положения не попадают общеприменимые меры недискриминационного характера, обычно принимаемые правительствами с целью регулирования

экономической деятельности на своей территории. Это прежде всего меры, связанные с налогообложением, соблюдением природоохранного и трудового законодательства, меры по поддержанию общественного порядка и т. д.

Страхование возможно как от частичной, так и от полной экспроприации.

3. Война и гражданские беспорядки. Данный вид страхования защищает инвестора от повреждения, разрушения или исчезновения основных фондов в результате войны или гражданских беспорядков. Этот риск включает в себя революции, восстания, государственные перевороты и другие аналогичные акты, которые не могут регулироваться правительством принимающего государства. Приведенное положение по общему правилу не должно касаться террористических актов, направленных непосредственно против владельца гарантий.

Таким образом, пп. I, II, IV ч. «а» ст. 11 Конвенции предусматривают покрытие по трем общепризнанным категориям некоммерческих рисков: риск, связанный с переводом валют; риск, связанный с экспроприацией, и риск войны и гражданских беспорядков.

4. Нарушение условий договора (контракта). Данный вид страхования гарантирует инвестору защиту от потерь, связанных с нарушением условий или разрывом контракта со стороны правительства принимающего государства. Компенсация предоставляется только в случаях, когда: 1) не существует органа, к которому инвестор мог бы обратиться с иском по договору (контракту) против правительства принимающего государства; 2) обращению к такому органу препятствует неразумная задержка, как она определена в договоре о гарантии; 3) после вынесения окончательного решения в свою пользу иностранный инвестор не может добиться его осуществления. При наличии любого из трех условий Агентство выплачивает компенсацию.

Застраховать свои инвестиции может любой инвестор любой страны-члена, кроме той страны, в которую вкладываются средства (ст. 13). Однако из этого правила есть одно исключение. Право на получение гарантии может быть распространено на физическое лицо, которое является гражданином принимающей страны, или юридическое лицо принимающей страны.

Это исключение не случайно. Состоятельные граждане многих развивающихся государств предпочитают жить за границей, где имеют значительные финансовые средства. А основная задача Агентства, как уже говорилось, — усиление потока инвестиций в развивающиеся страны с целью повышения уровня их экономического развития. Помимо всего прочего, для выполнения этой задачи Агентство способствует инвестированию средств из-за ру-

бежа гражданами принимающих государств и тем самым содействует репатриации капитала в развивающиеся страны.

В настоящее время страхование иностранных инвестиций привлекает все большее внимание как принимающих государств, так и частных инвесторов. Свидетельством тому — проходившая в Атлантик-Сити (США) первая российско-американская конференция «Страхование инвестиций: законодательство и перспективы в СНГ»¹.

Примером региональных соглашений в области иностранного инвестирования является Соглашение стран СНГ «О сотрудничестве в области инвестиционной деятельности» от 24 декабря 1993 г.² В соответствии с данным договором стороны берут на себя обязательства сотрудничать в области разработки и осуществления инвестиционной политики; принимать меры с целью сближения своего законодательства по вопросам инвестиционной деятельности; поддерживать в рамках своего законодательства согласованного подхода к вопросам, связанным с привлечением иностранных займов и инвестиций из государств, не являющихся участниками Соглашения, и международных организаций для осуществления проектов, отвечающих общей заинтересованности сторон, с предоставлением таким иностранным инвесторам права на приобретение национальных ценных бумаг, пользование земель, аренду имущества, а также с заключением концессионных договоров и созданием свободных экономических зон и других форм деятельности; сотрудничать между собой для устранения недобросовестной конкуренции на международном и внутреннем рынках.

Иностранцами инвесторами в соответствии со ст. 2 Соглашения являются юридические и физические лица государств-участников, а также сами государства-участники и расположенные в пределах их территории государственные и административно-территориальные образования. Включение в состав субъектов инвестиционной деятельности самих государств-участников позволяет сделать вывод о том, что Соглашение распространяется не только на частное иностранное инвестирование, но и на государственное.

Иностранцам инвесторам Соглашение гарантирует выплату адекватной, быстрой и эффективной компенсации в случае национализации (ст. 7); беспрепятственный перевод в государства-участники прибыли, полученной от инвестиционной деятельности (ст. 8); освобождение от взимания таможенных пошлин и налогов на имущество, ввозимое из других государств в качестве вклада в уставный капитал предприятия и предназначенное

¹ Подробнее с материалами конференции можно ознакомиться в журнале «Страховое дело» (1994. № 12; 1995. № 1).

² Бюллетень международных договоров. 1995. № 4.

для собственного материального производства (ст. 15); право пользования землей, включая ее аренду, и иными природными ресурсами (ст. 20)¹.

В развитие Соглашения о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности 28 марта 1997 г. в рамках СНГ принимается Конвенция о защите прав инвестора, которая определила правовые основы осуществления различных видов инвестиций и гарантии прав инвесторов на осуществление инвестиций и получаемые от них доходы².

Согласно Конвенции для иностранных инвесторов устанавливается национальный режим (за исключением изъятий, которые определяются национальным законодательством принимающего государства). Инвесторам предоставляются гарантии от изменения законодательства (ст. 5); защиты инвестиций от национализации (ст. 9); использования доходов (ст. 12). Инвесторам предоставляется право приобретать акции и иные ценные бумаги, в том числе и государственные (ст. 14); участвовать в приватизации (ст. 15); приобретать вещные права на земельные участки, природные ресурсы и недвижимое имущество в соответствии с законодательством принимающего государства (ст. 18); заключать концессионные договоры и соглашения о разделе продукции в отношении объектов, относящихся к монополии принимающего государства (ст. 19).

Споры по осуществлению инвестиций в рамках указанной Конвенции могут рассматриваться судами или арбитражными судами, или международными арбитражными судами стран — участниц спора.

В целом Конвенция посвящена институту гарантий и может быть успешно использована в будущем в качестве основы для заключения двусторонних соглашений между государствами-участниками³. Наиболее гибким инструментом регулирования межгосударственных инвестиционных отношений являются соглашения о взаимном поощрении и взаимной защите иностранных капиталовложений.

В настоящее время на территории РФ действуют соглашения с иностранными государствами как заключенные СССР, так и Россией. Советский Союз подписал соглашения с Финляндией, Францией, Нидерландами, Канадой, Италией, Австрией и рядом других стран. Постановлением Правительства РФ от 11 июля 1992 г. № 395 был одобрен типовой проект Соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений. На основании это-

¹ Соглашение было подписано всеми государствами — участниками СНГ.

² Вестник ВАС РФ. 1997. № 8.

³ Конвенция не подписана Туркменистаном, Республикой Узбекистан и Украиной.

го проекта были заключены соглашения с Болгарией, Грецией, Данией, Кубой, Польшей, Румынией, Словакией и США.

Соглашения обращают внимание на следующие моменты: установление режима для иностранных инвестиций; предоставление гарантий по защите интересов иностранных инвесторов; разрешение инвестиционных споров.

В соответствии с соглашениями капиталовложениям или доходам инвесторов каждой из сторон всегда предоставляется справедливый и равноправный режим в соответствии с принципами международного права — режим наибольшего благоприятствования. В случае нанесения ущерба капиталовложениям инвесторов на территории одной из сторон соглашения в результате войны, других вооруженных конфликтов; введения чрезвычайного положения или других чрезвычайных обстоятельств предусматривается компенсация убытков путем восстановления имущества, возмещения ущерба, компенсации. Предусматривается компенсация за такие действия принимающего государства, как национализация или экспроприация, которые могут проводиться в общественных интересах в установленном законом порядке и которые не должны носить дискриминационный характер. При этом такие меры должны сопровождаться своевременной, достаточной и эффективной компенсацией. Инвестиционные споры между принимающим государством и иностранным инвестором могут рассматриваться арбитражем *ad hoc* или институционными арбитражами.

Таким образом, цель двусторонних соглашений о защите иностранных капиталовложений, заключаемых повсеместно, — обеспечить на территории одного договаривающегося государства в отношении капиталовложений другого договаривающегося государства режим не менее благоприятный, чем в отношении капиталовложений инвесторов третьих стран; предоставить гарантии беспрепятственного вывоза валютной части прибыли совместных предприятий и гарантии от некоммерческих рисков.

Помимо двусторонних соглашений о защите иностранных капиталовложений инвестированию иностранного капитала в экономику принимающего государства в значительной мере способствуют соглашения об избежании двойного налогообложения. Такие соглашения были заключены СССР с Великобританией, Канадой, Испанией, Кипром, Италией, Бельгией, Нидерландами, Данией, Норвегией, Францией, Финляндией, Швецией, Швейцарией, Австрией, Японией, ФРГ, Малайзией, Индией. Все они являются действующими для Российской Федерации. Аналогичные соглашения РФ заключила с США, Украиной, Словакией, Ирландией, Словенией, Югославией и Бельгией и другими странами.

Эти соглашения призваны разделить налоговую юрисдикцию государств, согласовать наиболее важные в налоговых вопросах термины, установить круг доходов, облагаемых налогами в не-

скольких государствах, установить налоговый режим, приемлемый для обеих сторон, и, наконец, определить порядок оказания взаимной помощи в вопросах налогообложения. Все это создает дополнительные гарантии для иностранного инвестирования.

Действующие международные договоры создают единый механизм, направленный на защиту иностранных инвестиций, и исходят из некоторых единых принципов правового регулирования инвестиционных отношений.

Инвестиционное законодательство принимающих стран, используя этот механизм и эти принципы, носит комплексный характер и, как правило, представлено специальными инвестиционными законами, законами в области валютного регулирования и валютного контроля, трудовым законодательством, регулирующим отношения с иностранным элементом, и другими специальными законами. Особенностью инвестиционного законодательства является то, что оно не применяет коллизионный способ регулирования и его нормы прямо регулируют отношения между иностранным частным инвестором и государством.

В принимающих государствах иностранным инвестициям может быть предоставлен национальный режим, режим наибольшего благоприятствования или привилегированный режим. *При национальном режиме* иностранные инвесторы осуществляют свою деятельность на тех же условиях, что и национальные инвесторы, за некоторым исключением. *При режиме наибольшего благоприятствования* иностранным инвесторам предоставляются равные условия осуществления инвестиционной деятельности без предоставления каких-либо преимуществ некоторым из них. *Привилегированный режим* (режим преференций) заключается в предоставлении некоторых льгот при ввозе сырья и оборудования, освобождении от таможенных пошлин и налогов и т. д. для иностранных инвесторов, осуществляющих свою деятельность в слаборазвитых отраслях экономики, труднодоступных регионах, географических центрах со слаборазвитой инфраструктурой и требующих крупных вложений капитала.

Принимающие государства могут проводить мероприятия по ограничению иностранных капиталовложений, которые сводятся к следующему: 1) запрещение деятельности иностранного инвестора в определенных отраслях экономики; 2) установление особого государственного контроля за допуском иностранного инвестора к разработке недр и естественных богатств; 3) обязательное долевое участие государства в создаваемых иностранным инвестором предприятиях; 4) установление специального фискального режима; 5) определение концессионной политики.

Государства, проводящие активную политику привлечения иностранных инвестиций, имеют и более развитое инвестицион-

ное законодательство (КНР, Польша, Венгрия, Аргентина, Мексика и др.).

По мнению экспертов ЮНКТАД, стремление транснациональных компаний усилить свою активность в развивающихся странах определяют следующие моменты: высокие темпы экономического роста; низкие издержки на рабочую силу, в том числе высокой квалификации; дешевое сырье; улучшающаяся инфраструктура; становление структуры промышленного производства; региональная интеграция; либеральный режим для инвестиций; благожелательная для предпринимательства политика правительства; создание легальных рынков капитала и бирж; проводимая приватизация¹.

Правовая база для иностранного инвестирования в Российской Федерации прежде всего представлена специальными законами: «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» 1991 г., «О соглашениях о разделе продукции» 1995 г., «Об иностранных инвестициях» 1999 г. Кроме того, имеются отдельные отраслевые законы, а также указы Президента и постановления Правительства.

Закон об иностранных инвестициях от 14 июля 1999 г. понимает под иностранными инвестициями вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории РФ в виде объектов гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору, если такие объекты гражданских прав не изъяты из оборота или не ограничены в обороте в РФ в соответствии с федеральными законами, в том числе денег, ценных бумаг (в иностранной валюте и валюте РФ), иного имущества, имущественных прав, имеющих денежную оценку исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), а также услуг и информации (ст. 2).

Правовой режим иностранных инвестиций, а также деятельность иностранных инвесторов по их осуществлению, согласно ст. 4 Закона, не может быть менее благоприятен, чем режим для имущества, имущественных прав и инвестиционной деятельности юридических лиц и граждан РФ, лишь за некоторым исключением. Изъятия ограничивающего характера для иностранных инвесторов могут быть установлены федеральными законами 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. Изъятия стимулирующего характера в виде льгот для иностранных инвесторов могут быть установлены в интересах социально-экономического развития РФ. При этом виды льгот и порядок их предоставления устанавливаются законодательством РФ.

Закон предусматривает целый комплекс мер, представляющих собой гарантии капиталовложениям иностранных инвесторов. Пе-

См.: Бюллетень иностранной коммерческой информации. 1994. 7 июня.

речень этих мер значительно расширился по сравнению с 1991 г., когда был принят первый российский закон об иностранных инвестициях. Среди них гарантии: правовой защиты деятельности иностранных инвесторов на территории РФ; использования иностранным инвестором различных форм осуществления инвестиций на территории РФ; перехода прав и обязанностей иностранного инвестора другому лицу; компенсации при национализации и реквизиции имущества иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями; защиты от неблагоприятного изменения законодательства РФ; обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с инвестиционной деятельностью; использования на территории РФ и перевода за пределы РФ доходов, прибыли и других правомерно полученных денежных сумм; права на беспрепятственный вывоз за пределы РФ имущества и информации в документальной форме или в форме записи на электронных носителях, которые были первоначально ввезены на территорию РФ в качестве иностранной инвестиции; права на приобретение ценных бумаг; участия в приватизации; предоставления права на земельные участки, другие природные ресурсы, здания, сооружения и иное недвижимое имущество (ст. 5—15).

Закон 1999 г., так же как и Закон 1991 г., предусматривает в исключительных случаях возможность национализации иностранной собственности с выплатой адекватной и своевременной компенсации. Рассмотрим данный вопрос несколько подробнее. Термин «национализация» означает огосударствление, т. е. переход из частной собственности в собственность государства земли, промышленных предприятий, банков, транспорта и т. д. Право государств на национализацию было подтверждено Декларацией об установлении нового международного экономического порядка 1974 г., Хартией экономических прав и обязанностей государств 1974 г. и целым рядом резолюций Генеральной Ассамблеи ООН. В настоящее время право это общепризнанно и не вызывает сомнений. Спорным остается лишь вопрос о выплате компенсации при национализации.

В ходе дискуссии по данной проблеме четко обозначились три концепции. Согласно первой концепции, имеющей значительное распространение среди юристов-международников развивающихся стран, в настоящее время не существует правовой нормы — ни договорной, ни обычной, — обязывающей быстро и эффективно компенсировать убытки иностранного инвестора при национализации¹.

¹ См.: *Войтович С. А.* Принципы международно-правового регулирования межгосударственных экономических отношений. Киев, 1988. С. 63.

Однако положение о компенсации содержится и в резолюции 1803/XVII/ Генеральной Ассамблеи ООН «О неотъемлемом суверенитете над природными ресурсами», и в Хартии экономических прав и обязанностей государств, согласно которой государство, осуществляющее национализацию иностранной собственности, «должно выплачивать соответствующую компенсацию с учетом соответствующих законов и постановлений и всех обязательств, которое это государство считает уместным» (ст. 2).

В целом придерживающийся этой концепции Э. Хименес де Аречага считает, однако, что обязанность выплачивать компенсацию вытекает из принципов справедливости и недопустимости несправедливого обогащения¹.

В основном же эта концепция признает право иностранных инвесторов на компенсацию в случае национализации, но это право не является бесспорным.

Согласно второй концепции выплата компенсации при национализации является обязательной, и норма эта носит обычно-правовой характер. Такой точки зрения придерживается большинство юристов в Европе и Северной Америке, например И. Делупис, М. Мендельсон, О. Шахтер и др.²

Суть этой концепции состоит в том, что компенсация при национализации обязательна, однако нельзя вести речь о срочной, быстрой, эффективной и адекватной компенсации, а данные жесткие формулировки сделать более гибкими, мягкими, осторожными — «справедливая», «соответствующая», «частичная» компенсация.

Согласно третьей концепции, которая является наиболее распространенной, условия компенсации определяются национализующим государством в соответствии с его национальным правом и с учетом конкретных обстоятельств. Никто не вправе обязать суверенное государство выполнять те или иные условия при проведении им своей внутренней политики, осуществлении своих внутренних функций.

В настоящее время не существует обычно-правового принципа компенсации, вопрос этот находится в сфере ведения внутригосударственного права, что следует из принципа суверенного равенства государств.

Законы об иностранных инвестициях были приняты практически во всех странах — бывших республиках СССР. Согласно им иностранные инвестиции пользуются полной правовой защитой и им предоставляется национальный режим. Как правило, законами не допускается проведение национализации иностранных

¹ Хименес де Аречага Э. Современное международное право. М., 1983. С. 454—455.

² См., например: Delupis I. Finance and Protection of Investments in Developing Countries. 1973. P. 31.

инвестиций (например, законами Узбекистана, Казахстана, Эстонии). В случае изъятия инвестиций в связи со сложившимися чрезвычайными обстоятельствами (стихийными бедствиями, авариями, эпидемиями и т. п.) инвестору выплачивается эффективная и адекватная компенсация. Принятие инвестиционных законов в государствах СНГ способствовало созданию более благоприятного инвестиционного климата для иностранных инвесторов и показало их заинтересованность в притоке иностранных инвестиций.

10.4. Правовое положение иностранных инвестиций в свободных экономических зонах

В настоящее время в ООН зафиксированы более тридцати различных наименований свободных экономических зон, представляющих собой обособленную территорию государства, на которой для решения конкретных экономических задач путем совместного предпринимательства с иностранными инвесторами созданы особые условия хозяйствования.

Понятие «свободная экономическая зона» (СЭЗ) является собирательным и охватывает в зависимости от целевой, отраслевой направленности такой зоны и от государства, в котором она создается, разные названия. Это могут быть свободные таможенные зоны (Болгария, Югославия), свободные беспошлинные зоны (Болгария), специальные экономические зоны (Китай), свободные промышленные зоны (страны Азии и Африки), экспортно-производственные зоны (страны Азии и Латинской Америки), зоны свободного предпринимательства (США), свободные порты (Германия), технополисы (США).

Все вышеперечисленные СЭЗ можно условно разделить на три вида: *свободные промышленные зоны*; *внешнеторговые* (свободные таможенные зоны и порты, включая зоны экспортного производства, транзитные зоны); *функциональные* или *отраслевые* (технопарки, технополисы, туристические, страховые, банковские зоны и др.).

Свободные промышленные зоны преимущественно создаются в странах с развивающейся рыночной экономикой и представляют собой территории, в пределах которых действует льготный правовой режим в области торгового, валютного, налогового и таможенного регулирования для расположенных в них предприятий.

Внешнеторговые зоны предназначены в основном для обеспечения дополнительных валютных поступлений за счет создания консигнационных складов, сдачи в аренду помещений для выставок, перевалки транзитных грузов и т. п. и имеются практически во всех странах. Наибольшее распространение они получили в Западной Европе, в частности в ФРГ, на территории которой находятся шесть городов-портов, являющихся свободными (Бре-

мен, Бремерхафен, Кукехафен, Эмден, Киль, Гамбург). В этих портах можно производить погрузку, разгрузку, перегрузку, хранение, сортировку товаров, заниматься выставочной деятельностью. Там же осуществляется продажа товаров, организуются торги, предоставляются банковские, страховые услуги. Основной характеристикой торговых портов ФРГ является невзимание торговых пошлин, а также налога на добавленную стоимость товара в результате улучшения его потребительских свойств.

Технологические парки и технополисы способствуют ускорению научно-технического прогресса на основе активизации международного сотрудничества в области внедрения результатов фундаментальной науки с целью разработки новых наукоемких технологий и готовой продукции и расширения их экспорта.

В зависимости от целей деятельности СЭЗ можно разделить на два типа: *замкнутый (анклавный)*, полностью ориентированный на экспорт с целью получения прибыли в свободно конвертируемой валюте (например, СЭЗ Китая), и *интеграционный*, тесно связанный не только с внешним рынком, но и с национальной экономикой.

Среди наиболее важных задач, стоящих перед СЭЗ, необходимо выделить задачу привлечения в экономику страны, где создается свободная экономическая зона, иностранного капитала, передовой технологии и управленческого опыта, т. е. всего того, что традиционно входит в понятие «иностраннные инвестиции». Как показывает законодательная практика, именно в СЭЗ для иностранных инвестиций создаются наиболее благоприятные условия. Льготы в области внешнеэкономической деятельности дополняются бюджетными кредитами на финансирование приоритетных объектов инфраструктуры.

В ряде стран были приняты специальные законы, определяющие единые для всей страны условия создания и функционирования СЭЗ. Такие законы существуют в США (1934 г. с последующими изменениями), Мексике (1946 г.), Южной Корее (1970 г.), Румынии (1978 г.), Венгрии (1982 г.), Великобритании (1984 г.), Колумбии (1985 г.), Болгарии (1978/79 гг.) и в ряде других стран.

Деятельность СЭЗ регулируется не только национальным законодательством, но и международными договорами (например, Международной конвенцией по упрощению и гармонизации таможенных процедур от 18 мая 1973 г.), а также унифицированными правовыми нормами. В частности, в странах — членах ЕС (ЕЭС) действует постановление Совета Сообщества от 25 июля 1988 г. «О свободных таможенных зонах и складах», которое устанавливает порядок помещения товаров, ввезенных из стран, не являющихся членами ЕС, в подобных зонах и складах, определяет режим деятельности таможенных учреждений, предприятий и организаций страны, на территории которой находится зона

или склад, а также предусматривает порядок вывоза (экспорта) товаров из зон (складов).

В области создания СЭЗ наиболее привлекателен опыт КНР. Решение о создании СЭЗ было принято в Китае в 1980 г., и на сегодняшний день существует три разновидности свободных экономических зон — специальные экономические зоны (Шень-чжэнь, Чжухай, Шаньтоу в провинции Гуандун, Сямынь в провинции Фуцзянь и островная провинция Хайнань), открытые приморские города (Шанхай, Далянь, Тяньцзинь и Гуанчжоу)¹ и районы экономического развития².

Достаточно интересен механизм правового регулирования деятельности СЭЗ Китая. Формула экономической политики КНР такова: от простого, очевидного — к сложному; от практики, опыта — к их законодательному воплощению. Как правило, процесс правового обеспечения экономических нововведений начинается с принятия временных подзаконных актов. По мере наработки опыта они заменяются постоянными. Лишь когда жизнь подтвердит правильность принятых решений, начинается разработка соответствующего закона.

Создание трех первых специальных экономических зон было юридически регламентировано в августе 1980 г. принятием Положения «О специальных экономических зонах провинции Гуандун». Этот документ впоследствии стал основой регулирования деятельности СЭЗ и в других районах Китая. Законодательным органам провинций было предоставлено право принимать в развитие установок Положения юридические акты, регулирующие конкретные стороны деятельности зон. Они должны были исходить из основных принципов, установленных соответствующими законами и указами, и учитывать конкретные условия и реальные потребности СЭЗ в каждой из провинций. В результате были приняты следующие документы: «Правила въезда и выезда», «Положение о труде и заработной плате», «Порядок регистрации предприятий», «О порядке заключения контрактов», «Порядок использования земельных участков и их оплаты» и т. д.

Что касается Российской Федерации, то краткие положения в отношении СЭЗ были изложены еще в Основах законодательства

¹ В 1984 г. Китай открыл для внешних инвестиций 14 приморских городов, однако в июне 1985 г. было принято решение сохранить этот статус только за перечисленными городами, так как остальные не оправдали своего нового статуса.

² Стали создаваться с 1985 г. вокруг специальных экономических зон и открытых прибрежных городов. Задачей этих районов является комплексное развитие областей, уже втянутых специальными экономическими зонами и открытыми прибрежными городами в систему рыночных отношений. Они специализируются в основном на производстве и экспорте сельскохозяйственной продукции.

об иностранных инвестициях в СССР. Закон РСФСР «Об иностранных инвестициях в РСФСР» 1991 г. содержал раздел, посвященный правовому регулированию инвестиционной деятельности в СЭЗ. Новый закон об иностранных инвестициях не содержит положений, специально касающихся СЭЗ. Для иностранных инвестиций в СЭЗ, следовательно, существует тот же самый правовой режим, что и для всех иностранных инвестиций на территории РФ.

Кроме закона об иностранных инвестициях на сегодняшний день деятельность свободных экономических зон на территории РФ регулируется постановлениями Правительства РФ. Так, например, в отношении СЭЗ «Находка» действует Положение о свободной экономической зоне в районе г. Находка Приморского края, утвержденное постановлением Совета Министров РСФСР от 23 ноября 1990 г.; правовое положение СЭЗ «Янтарь» (Калининградская область) определило постановление Совета Министров РСФСР от 25 сентября 1991 г., впоследствии был принят Закон РФ «Об особой экономической зоне в Калининградской области» 1996 г. и т. д. Неоднократно высказывалась идея принятия отдельного закона о свободных экономических зонах, было выработано несколько проектов, однако на сегодняшний день такой закон не принят.

Таможенный кодекс РФ содержит положения, в соответствии с которыми появилась возможность создания свободных таможенных зон, способствующих расширению внешнеэкономической и производственной деятельности. В Москве были созданы три такие СЭЗ: «Шереметьево», «Московский Франко-Порт», «Франко-Порт Терминал».

В большинстве стран, в которых созданы СЭЗ, действует законодательство, предусматривающее, за некоторыми исключениями, следующие льготы функционирующим в СЭЗ предприятиям (как иностранным, так и местным с участием иностранного капитала): отмену пошлин и других ограничений на импорт материалов, машин и оборудования, необходимых для развития экспортного производства; освобождение от налогообложения на определенный период (так называемые «налоговые каникулы») или снижение на более длительное время ставок прямых и косвенных налогов; свободу от валютного контроля; гарантии возврата вложенного капитала и неограниченного перевода прибыли; компенсацию предпринимателям расходов на обучение кадров; уменьшение налогообложения средств, направляемых на создание и реконструкцию предприятий; упрощение процедуры создания предприятий; предоставление скидок за пользование коммунальными, транспортными и другими услугами; предоставление различного рода кредитов.

В настоящее время СЭЗ является дополнительным рычагом в деле привлечения иностранных инвестиций. В современном мире идет острая конкурентная борьба за привлечение иностранных капиталовложений, и в связи с этим одной из приоритетных

задач в области создания и функционирования СЭЗ является создание таких условий хозяйствования, которые были бы привлекательными для иностранного инвестора. Вопрос привлечения иностранных инвестиций на сегодняшний день в РФ является одним из актуальных. Именно при помощи СЭЗ можно было бы обеспечить более широкий доступ иностранным предпринимателям к внутреннему рынку России.

10.5. Правовое положение российской собственности за рубежом

Что понимается под собственностью Российской Федерации за границей? Это прежде всего собственность бывшего СССР, которая в силу правопреемства и договоренностей с другими республиками Союза перешла к Российской Федерации. Собственность эту можно подразделить на различные категории: имущество государства, имущество государственных органов, вклады Банка России, морские и воздушные суда и др. Часть имущества оказалась за границей в ходе проведенной в 1917—1918 г. национализации, часть представляет собой полученное в ходе репараций после Второй мировой войны.

Статус этой собственности как федеральной был определен постановлением Верховного Совета РФ «О собственности Союза ССР, находящейся за рубежом» от 17 сентября 1993 г. Определение статуса российской собственности, находящейся за рубежом, необходимо для ответа на вопрос, может ли государственная собственность занимать за границей такое же положение, которая занимает собственность частных лиц.

Применительно к рассматриваемому вопросу субъектом права собственности является государство. Общеизвестно, что государство обладает судебным иммунитетом, т. е. на него не распространяется юрисдикция других государств. Иммунитет государства определяет и особое положение государственной собственности, которая не может быть объектом насильственных мер со стороны государства местонахождения, как-то: секвестр, арест, принудительное отчуждение и другие принудительные действия. В случае неисполнения каких-либо обязательств со стороны российского государства, его органов и организаций государство, на территории которого находится российская собственность, не вправе наложить на нее арест, продать с публичных торгов или зачесть в счет исполнения обязательств.

Особое положение государственной собственности приводит к ограничению действия «закона местонахождения вещи». Закон страны местонахождения вещи применяется к любой собственности иностранных лиц, однако в отношении собственности иностранного государства есть определенные исключения. Только государство либо его органы могут дать свое согласие на применение

принудительных мер в отношении государственной собственности. Все это в полной мере относится и к собственности РФ.

Законодательство РФ предусматривает передачу государственной собственности в хозяйственное ведение и оперативное управление (ст. 294—296 ГК РФ). Это распространяется и на собственность, находящуюся за рубежом. За государственным юридическим лицом закрепляется определенное имущество, которым оно владеет, пользуется и распоряжается на основании соответствующих положений ГК РФ. Если речь идет о государственных юридических лицах, самостоятельно занимающихся внешнеэкономической деятельностью, например государственных промышленных предприятиях, то их имущество не пользуется иммунитетом в отношении предварительного обеспечения иска или принудительного исполнения решения в случае, если речь идет об обязательствах самого юридического лица.

А если претензия направлена самому государству или его органам и в качестве гарантии исполнения обязательств истец требует наложить арест на имущество такого юридического лица, то это имущество будет рассматриваться как государственная собственность со всеми вытекающими отсюда последствиями. Государство может прямо заявить об иммунитете своей собственности, независимо от того, в чьем управлении находится это имущество.

Право государства заявить в суде другого государства о том, что какое-либо имущество является его собственностью, признавалось в судебной практике ряда государств. Причем суд не мог подвергнуть сомнению такое заявление. Так называемая доктрина акта государства применялась прежде всего в англосаксонской системе права и исходила из основного принципа международного права — принципа суверенного равенства государств. Из этого принципа следует, что ни одно государство не может осуществлять свою власть в отношении другого, его органов и собственности. В последние годы сфера действия доктрины акта государства сузилась, особенно в США. Американские суды стали более дифференцировано подходить к актам государства, рассматривая их законность с точки зрения международного права.

Несколько подробнее следует остановиться на вопросе осуществления РФ прав собственника за рубежом. Во времена существования СССР вопросы собственности за рубежом регулировались постановлением Совета Министров СССР «О порядке приобретения, отчуждения и аренды земельных участков, зданий и сооружений, находящихся за границей, и их регистрации и учета» от 25 ноября 1980 г. После распада СССР это постановление продолжало действовать в силу п. 2 постановления Верховного Совета РСФСР от 12 декабря 1991 г. «О ратификации Соглашения о создании Содружества Независимых Государств», которое прямо указывает, что «на территории РСФСР до принятия соот-

ветствующих законодательных актов РСФСР нормы бывшего Союза ССР применяются в части, не противоречащей Конституции РСФСР, законодательству РСФСР и настоящему Соглашению».

В настоящее время полномочия по передаче государственного имущества, относящегося к федеральной собственности, в полное хозяйственное ведение, оперативное управление, а также в аренду принадлежат в России Государственному комитету РФ по управлению государственным имуществом (Госкомимуществом РФ), позднее получившему статус министерства. Это предусмотрено постановлением Правительства РФ «О делегировании полномочий Правительства Российской Федерации по управлению и распоряжению объектами федеральной собственности» от 10 февраля 1994 г. В постановлении речь идет о собственности вообще, без различия ее местонахождения.

Отношения, связанные с зарубежной "собственностью, регулируются постановлением Правительства РФ от 5 января 1995 г. «Об управлении федеральной собственностью, находящейся за рубежом». В совместном ведении Правительства РФ и Госкомимущества РФ находятся вопросы, связанные с продажей, меной, залогом, дарением, изъятием недвижимого зарубежного имущества РФ, а также ценных бумаг, долей и акций, принадлежащих РФ в находящихся за рубежом юридических лицах. Особо решается вопрос об аренде недвижимости. Если недвижимость сдается в аренду на срок до одного года, то он решается самостоятельно казенными предприятиями и учреждениями, на чьем балансе эта недвижимость находится. Если срок аренды увеличивается до 5 лет, то аренду необходимо согласовать с Госкомимуществом РФ. Для сдачи недвижимости в аренду на срок свыше 5 лет требуется соответствующее решение Правительства РФ.

Госкомимущество РФ является органом, представляющим интересы РФ, связанные с российской собственностью за рубежом. От имени РФ этот орган может быть учредителем и участником в находящихся за рубежом юридических лицах. Госкомимущество РФ может вносить федеральную собственность в уставные капиталы таких юридических лиц только по решению Правительства РФ, и эта собственность не должна быть представлена имуществом, закрепленным за казенным предприятием на праве полного хозяйственного ведения.

В ведении Госкомимущества РФ находится круг вопросов, связанных с передачей в управление на конкурсной основе юридическим и физическим лицам долей и акций в находящихся за рубежом юридических лицах с российской долей участия. И наконец, Госкомимуществом РФ переданы полномочия представителя Правительства РФ по вопросам правопреемства РФ в отношении собственности бывшей Российской империи, бывшего Советского Союза, находящейся за рубежом.

Глава 11. ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

В современном информационном обществе огромное значение приобретает результаты интеллектуальной деятельности: произведения искусства, науки, литературы, изобретения, промышленные образцы и т. п., получившие общее наименование «объекты интеллектуальной собственности». Термин «интеллектуальная собственность» пришел из французского права, но всемирную известность получил благодаря принятию в 1967 г. Стокгольмской конвенции об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС)¹. Согласно ст. 2 Конвенции к интеллектуальной собственности относятся «все права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях», в том числе права на литературные, художественные и научные произведения, исполнительскую деятельность артистов, звукозаписи, радио- и телевизионные передачи, изобретения, научные открытия, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и коммерческие обозначения, защиту против недобросовестной конкуренции. Перечень не является исчерпывающим. Научно-технический прогресс вызвал и появление некоторых принципиально новых результатов интеллектуальной деятельности, таких как компьютерные программы, базы данных и др.².

Более подробный перечень объектов интеллектуальной собственности закреплен в Соглашении об относящихся к торговле аспектах прав интеллектуальной собственности 1994 г. (далее — ТРИПС), которое входит в систему соглашений об учреждении

¹ Россия является участником Стокгольмской конвенции как правопреемник СССР, который присоединился к Всемирной организации в 1968 г.

² С позиции гражданского права необходимо отметить две особенности интеллектуальной собственности. Во-первых, «собственность» в словосочетании «интеллектуальная собственность» не является разновидностью вещного права: «интеллектуальная собственность» — это совокупность субъективных прав на результаты интеллектуальной деятельности, т. е. на нематериальные объекты. Во-вторых, права на интеллектуальную собственность относятся к исключительным правам в том смысле, что только правообладатель (создатель, но не обязательно) обладает исключительным правом на все виды использования результата интеллектуальной деятельности, т. е. на нематериальные объекты. Эти качества интеллектуальной собственности имеют место и в международном частном праве, но они не оказывают влияния на особенности трансграничного признания и охраны субъективных прав на интеллектуальную собственность.

Всемирной торговой организации. В перечне дополнительно названы такие объекты, как компьютерные программы и базы данных, смежные права (права исполнителей, производителей фонограмм, организаций вещания), географические названия в наименованиях мест происхождения товаров, топологии интегральных микросхем, нераскрытая информация.

В условиях глобализации экономики, формирования глобальных рынков товаров, в том числе результатов интеллектуальной деятельности, приобретает особое значение сотрудничество государств, направленное на охрану интеллектуальной собственности. Необходимость защиты моральных и материальных интересов правообладателей интеллектуальной собственности прямо вытекает из ч. 2 ст. 27 Всеобщей декларации прав человека и ст. 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г. Причем в современном мире, когда государства тесно связаны транспортными и информационными коммуникациями, эта охрана может быть эффективной только в том случае, если она предоставляется сразу во многих странах.

Права на интеллектуальную собственность подразделяются на два блока: во-первых, авторские права, которые охватывают права на литературные, художественные, научные произведения и права исполнителей, производителей фонограмм, организаций вещания, называемые смежными правами, и, во-вторых, права на промышленную собственность, которые охватывают права на изобретения, промышленные образцы, товарные знаки и т. п., т. е. права на результаты интеллектуальной деятельности, связанной с материальным производством, торговлей товарами, услугами. Правовая регламентация отношений в каждом из блоков интеллектуальной собственности имеет свои особенности. Имеет свои особенности правовая регламентация этих отношений и в трансграничном пространстве, содержание которой будет раскрыто в следующих разделах данной главы. Вместе с тем необходимо отметить некоторые общие особенности правового регулирования всей совокупности интеллектуальной собственности в международном частном праве.

С точки зрения международного частного права важно подчеркнуть одну общую особенность прав на интеллектуальную собственность—их территориальный характер. Это означает, что права на произведение, на его исполнение, на изобретение, товарный знак и иной аналогичный объект признаются только в пределах территории того государства, в соответствии с законодательством которого они возникли. Получение прав автором на такие объекты в одном государстве не влечет их признания в другом.

Этим права интеллектуальной собственности отличаются от вещных прав, которые сохраняются вне зависимости от пересечения объектом прав государственных границ. Например, вывозя какую-либо вещь за границу, лицо не теряет права собственности

на нее. Однако созданное им произведение на территории одного государства может быть без его согласия и без выплаты какого-либо вознаграждения издано или иным образом использовано за рубежом, причем совершенно законно.

Преодолеть территориальный характер прав на интеллектуальную собственность можно с помощью международных договоров¹. Поэтому основным правовым инструментом обеспечения трансграничной охраны прав на интеллектуальную собственность является заключение межгосударственных соглашений о взаимном признании и охране интеллектуальной собственности². Отсюда второй особенностью правовой регламентации трансграничной интеллектуальной собственности является значительная роль международных договоров—универсальных, региональных, двусторонних. Основу современной международно-правовой охраны прав на интеллектуальную собственность составляют универсальные договоры, заключенные еще в XIX в. В XX в. число таких договоров значительно возросло.

Из территориального характера интеллектуальной собственности вытекает еще одна ее особенность в международном частном праве. Если права на объекты интеллектуальной собственности, возникшие за рубежом, не признаются, то не возникает и коллизия права, а следовательно, не возникает потребность в коллизионных нормах, которые устанавливали бы, по законам какого государства права на интеллектуальную собственность следует рассматривать. В национальном коллизионном праве, как правило, до сих пор отсутствуют коллизионные нормы в рассматриваемой сфере частноправовых отношений. Другое дело, если между государствами заключается договор о взаимном признании и охране таких прав. Как неизбежное следствие такого соглашения встает коллизионный вопрос, по праву какого государства следует рассматривать объем охраняемых прав, сроки их охраны, условия охраны и пр. Поэтому международные договоры наряду с материально-правовыми положениями об охране интеллектуальной собственности предусматривают и коллизионные нормы.

Территориальный характер интеллектуальной собственности и отсутствие правовой охраны прав на нее, возникших за рубежом, не означает беспрепятствия иностранцев в этой сфере. Национальные законы разных государств, как правило, предоставляют иностранцам национальный режим по порядку, условиям и объему охраны прав на объекты интеллектуальной собственности, возникающие в пределах данного государства.

¹ Для точности отметим, что и международные договоры не всегда преодолевают территориальный характер рассматриваемых прав, что будет рассмотрено далее.

² В области авторских прав иногда национальные законы предусматривают охрану прав, возникших под действием норм иностранного права.

11.1. Авторское право в международном частном праве

11.1.1. Основные международные договоры об охране авторских и смежных прав

На настоящий момент РФ участвует в большинстве важнейших международных договоров, посвященных охране авторских и смежных прав. К их числу относятся:

1) Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. в редакции Парижского акта 24 июля 1971 г. (далее — Бернская конвенция), в которой РФ участвует с 9 марта 1995 г. В соответствии со ст. 1 Бернской конвенции государства-участники образуют специальный Союз для охраны прав авторов на литературные и художественные произведения (далее — Союз, Бернский союз). Этот договор содержит значительное число унифицированных материально-правовых норм, причем сформулированы они весьма детально. Бернская конвенция имеет обратную силу (распространяется на произведения, которые до ее вступления в силу в соответствующем государстве не охранялись, если еще не истек срок их охраны). Это очень важно для иностранных авторов, так как они приобретают право требовать вознаграждение за свои произведения, ранее опубликованные, во вновь присоединившемся государстве. Впрочем, Россия, как и многие другие участники, при присоединении к Бернской конвенции сделала оговорку о том, что в ее отношениях с иными государствами-участниками данная Конвенция будет применяться без обратной силы (постановление Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. № 1224). На 15 апреля 2001 г. в ней участвует 148 государств;

2) Всемирная конвенция об авторском праве действует в двух редакциях: от 6 сентября 1952 г. и от 24 июля 1971 г. (далее — Всемирная конвенция). Россия участвует в обеих редакциях (с 27 мая 1973 г. и с 9 марта 1995 г. соответственно). Обратной силы данная Конвенция не имеет. В отличие от Бернской конвенции она содержит значительно меньше материально-правовых норм и использует преимущественно коллизионные нормы;

3) Международная конвенция об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961 г. (далее — Римская конвенция). Россия в ней не участвует, но ее положения представляются весьма важными, так как это основной международный договор, посвященный охране смежных прав. Обратной силы не имеет. На 15 апреля 2001 г. участвует 68 государств;

4) Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм от 29 октября 1971 г. (далее — Конвенция 1971 г.). Обратной силы не имеет. Рос-

сия участвует с 13 марта 1995 г. На 15 апреля 2001 г. участвует 65 государств;

5) Конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, от 21 мая 1974 г. Обратной силы не имеет. Россия участвует с 20 января 1989 г. На 15 апреля 2001 г. участвует 24 государства;

6) Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности от 15 апреля 1994 г. (далее — Соглашение ТРИПС)¹. Данное Соглашение устанавливает требования к законодательству об интеллектуальной собственности стран, желающих присоединиться к ВТО. В число таких государств входит и Россия, которая пока не присоединилась к Соглашению. Особое внимание в Соглашении уделено судебным, административным и таможенным мерам защиты нарушенных прав;

7) Договор ВОИС по авторскому праву от 20 декабря 1996 г. Хотя Россия в нем не участвует, он очень важен потому, что специально посвящен особенностям охраны прав авторов в современных условиях, в том числе охране авторских прав в сети Интернет. Договор вступил в силу 6 марта 2002 г. На 15 апреля 2002 г. участвует 35 государств. Имеет обратную силу (аналогично Бернской конвенции);

8) Договор ВОИС по исполнению и фонограммам от 20 декабря 1996 г. Вступил в силу 20 августа 2002 г. На 25 июля 2002 г. — 37 участников. Имеет обратную силу.

Кроме того, Россия является участницей Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности от 14 июля 1967 г., с изменениями от 2 октября 1979 г.² и ряда двусторонних соглашений об охране авторских и смежных прав (с Австрией, Болгарией, Венгрией, Польшей, Швецией и некоторыми другими странами).

В рамках СНГ в 1993 г. было заключено Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав, согласно которому государства — бывшие республики СССР взяли на себя обязательства обеспечить применение на своих территориях положений Всемирной конвенции в редакции 1952 г., а также сотрудничать в сфере совершенствования внутреннего законодательства и борьбы с незаконным использованием авторских и смежных прав.

Таким образом, современная система охраны авторских и смежных прав строится на основе нескольких фундаментальных соглашений: Бернской, Всемирной и Римской конвенций, а также ряда принимаемых на их основе и в соответствии с ними международных договоров (Соглашение ТРИПС, Договоры ВОИС), ко-

¹ Аббревиатура от Agreement on Trade-Related of Intellectual Property Rights.

² На 15 апреля 2001 г. 177 участников.

торые расширяют круг прав, закрепленных в фундаментальных соглашениях, приспособливают их к современным условиям, не меняя их содержания.

В России охрана авторских и смежных прав регулируется Законом РФ «Об авторском праве и смежных правах» от 9 июля 1993 г. в редакции Федерального закона от 19 июля 1995 г. (далее—Закон РФ об авторском праве).

11.1.2. Международно-правовая охрана авторских прав

Виды объектов авторских прав. Статья I Всемирной конвенции указывает в качестве объектов охраны литературные, научные и художественные произведения, выраженные в следующих основных формах: письменной, музыкальной, кинематографической, изобразительной (произведения живописи, графики, скульптуры) и др. Бернская конвенция раскрывает термин «литературные и художественные произведения» как «все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были выражены», и дает весьма широкий открытый перечень таких основных форм (п. (1) ст. 2). При этом отмечается, что произведения, не закрепленные в той или иной материальной форме, могут быть национальным законодательством стран Союза изъяты из охраны (п. (2) ст. 2). Российский закон например, требует, чтобы произведение существовало в активной (т. е. воспринимаемой иными, кроме автора, лицами) форме (п. 2 ст. 6 Закона об авторском праве).

Охраняются как опубликованные произведения, так и неопубликованные (ст. 3 Бернской конвенции), по терминологии Всемирной конвенции, «выпущенные в свет» и «не выпущенные в свет» произведения (ст. II Всемирной конвенции). В связи с этим необходимо раскрыть содержание терминов (в российском законодательстве синонимы — «обнародованные» или «опубликованные»). Бернская конвенция наиболее полно раскрывает понятие «опубликованное произведение» (п. 3 ст. 3), под которым следует понимать «произведения, выпущенные с согласия их авторов, каков бы ни был способ изготовления экземпляров, при условии, что эти экземпляры выпущены в количестве, способном удовлетворить разумные потребности публики...». Подчеркивается, что не является опубликованием представление драматического, музыкально-драматического или кинематографического произведения, исполнение музыкального произведения, публичное чтение литературного произведения, сообщение по проводам или передача в эфир литературных или художественных произведений, показ произведения искусства и сооружение произведения архитектуры.

Ключевым в данном определении является упоминание об экземплярах произведения. То есть само по себе публичное сообщение произведения, если не были изготовлены в сравнительно

большом количестве и не распространялись его копии, не является «опубликованием». Важно также подчеркнуть, что произведение, дабы считаться «опубликованным», должно быть опубликовано с *согласия* автора.

Определение понятия «выпуск в свет», которое дано в ст. VI Всемирной конвенции, похоже на рассмотренное определение «опубликование произведения», но с одним существенным отличием: под ним понимается «воспроизведение в какой-либо материальной форме и предоставление неопределенному кругу лиц экземпляров произведения для чтения или ознакомления путем *зрительного* (курсив наш. — Г. Д) восприятия». Таким образом, из объема данного понятия выпадают любые звукозаписи. Как следствие, в соответствии с Всемирной конвенцией не подлежат охране звукозаписи и иные произведения, не воспринимаемые зрительно¹.

В отношении отдельных видов произведений установлен ряд дополнительных правил. Во-первых, переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки литературных и художественных произведений охраняются как оригинальные произведения, но только при условии соблюдения прав автора первоначального произведения (п. 3 ст. 2 Бернской конвенции). Иными словами, пользуются охраной только те переводы и переделки, которые осуществлены с разрешения обладателей прав на оригинальное произведение. Вместе с тем охрана переводов имеет существенные особенности, выражающиеся в возможных ограничениях исключительного права автора переводить или разрешать перевод своих произведений, о чем будет подробнее изложено далее. Аналогичное правило существует и в отношении кинематографических произведений (п. 1 ст. 14 bis Бернской конвенции).

Во-вторых, сборники произведений пользуются охраной при условии, что по подбору и расположению материалов они представляют собой результат интеллектуального творчества² и при их создании соблюдены права авторов составляющих их произведений (п. 5 ст. 2 Бернской конвенции). Аналогичные правила установлены Законом РФ от 9 июля 1993 г. № 5351 г. «Об авторском праве и смежных правах» (ст. 7), который, кроме того, подчеркивает, что сборники охраняются вне зависимости от того, охраняются ли входящие в них произведения.

Ни в Бернской, ни во Всемирной конвенциях не упоминаются такие объекты авторского права, как компьютерные програм-

¹ Является ли размещение произведения в сети Интернет выпуском в свет, будет рассмотрено далее.

² Примером сборника, не представляющего собой по подбору и расположению материалов результат творческой деятельности, является, например, телефонный справочник, в котором наименования организаций и имена частных лиц расположены в алфавитном порядке, и иные сборники, являющиеся результатом чисто технической работы по подбору и расположению материалов.

мы и базы данных, хотя в настоящее время их экономическое значение огромно. Впрочем, отсутствие прямого упоминания о них не означает, что они не пользуются охраной на основании указанных конвенций. Как уже указывалось выше, перечень объектов авторского права в обеих конвенциях не исчерпывающий. Сложившаяся практика заключается в том, что компьютерные программы охраняются как литературные произведения, а базы данных — как сборники. В 90-е годы в международных договорах появились специальные положения об их охране. В ст. 10 Соглашения ТРИПС и ст. 5 и 6 Договора ВОИС по авторскому праву закреплён подобный подход, правда, упоминается, что базы данных охраняются «как таковые». Впрочем, их правовой режим ничем не отличается от правового режима иных составных произведений. Соглашение ТРИПС специально упоминает то, что базы данных могут существовать в «машиночитаемой» форме.

Неохраняемые объекты. В Бернской конвенции также указан ряд видов произведений, которые не пользуются охраной, либо таких, которые могут быть изъяты из охраны национальным законодательством государств-участников. Полностью исключается авторская охрана только одной категории произведений (очевидно потому, что труд по их созданию не носит творческого характера). Это сообщения о новостях дня или иные сообщения чисто информационного характера (п. 8 ст. 2). Подобное положение содержится и в российском законодательстве. Впрочем, если сообщение содержит анализ, комментарий текущих событий, представляет собой иной результат творческой деятельности, то оно должно пользоваться охраной. Договор ВОИС по авторскому праву в ст. 2 дополнительно устанавливает, что исключаются из охраны идеи, процессы, методы или математические концепции как таковые. Аналогичное положение содержит и российское законодательство.

В отличие от отечественного законодательства Бернская конвенция не исключает возможности предоставления авторской охраны официальным документам и их официальным переводам, оставив этот вопрос на усмотрение национального законодателя (п. 4 ст. 2 Бернской конференции). Правда, в мире подобная охрана практически не применяется, что вызвано принципиально иной целью создания указанных «произведений» — они по своей природе предназначены для неограниченного публичного использования. Аналогичным является правовой режим политических речей и речей, произнесенных в ходе судебных процессов. Страны Союза также могут изъять их из охраны полностью или частично, что, однако, не лишает автора исключительного права на издание таких речей в сборниках (п. 1 и 3 ст. 2 bis Бернской конвенции).

Страны Союза в своем национальном законодательстве могут предусмотреть условия, на которых лекции, обращения и анало-

гичные публично произнесенные произведения могут воспроизводиться в прессе, передаваться в эфир и сообщаться для всеобщего сведения по проводам, если это использование оправдывается информационной целью (п. 2 ст. 2 bis Бернской конвенции).

Наконец, ст. 6 Бернской конвенции допускает ограничение охраны произведений, авторами которых являются граждане государств, не участвующих в Бернской конвенции, если эта последняя страна не обеспечивает достаточной охраны произведениям авторов — граждан стран Союза.

Основания предоставления и общие принципы конвенционной охраны авторских прав. Международные договоры в сфере охраны авторских прав определяют круг произведений, пользующихся конвенционной охраной, на основании двух критериев: гражданства автора и территориального критерия.

На основании *критерия гражданства автора* подлежат охране как выпущенные, так и не выпущенные в свет произведения, авторы которых либо являются гражданами государств — участников соответствующих конвенций, либо имеют свое обычное местожительство на их территории (п. 1 (а) и 2 ст. 3 Бернской конвенции). При этом не играет роли, в каком государстве произведение было опубликовано (если оно выпущено в свет). Аналогичное положение содержится в ст. II Всемирной конвенции.

Территориальный критерий предоставления охраны применяется только в отношении произведений авторов, не являющихся гражданами стран-участниц и не имеющих в них основного места жительства. В таком случае охрана предоставляется, только если произведение впервые выпущено в свет в одной из стран — участниц соответствующего договора (п. 1 (b) ст. 3 Бернской конвенции, п. 1 ст. II Всемирной конвенции). Бернская конвенция разъясняет, что сюда же относятся ситуации, когда произведение одновременно (в течение 30 дней после первого выпуска) вышло в свет в стране-участнице и третьем государстве.

Бернская конвенция в ст. 4 устанавливает «льготные» основания для предоставления охраны на основании территориального критерия отдельным категориям произведений. В отношении кинематографического произведения нужно, чтобы его изготовитель имел обычное местожительство или штаб-квартиру в одной из стран Бернского союза. Для произведения же архитектуры достаточно того, чтобы такое произведение было сооружено в какой-либо стране Союза, а для иных произведений, являющихся частью здания или сооружения, — того, чтобы это сооружение было расположено в какой-либо стране Союза.

Соглашение ТРИПС и Договор ВОИС по авторскому праву в отношении критериев для предоставления охраны отсылают к Бернской конвенции.

К общим положениям конвенционной охраны можно отнести: принцип национального режима, предоставление охраны вне зависимости от соблюдения формальностей, срочный характер охраны и отсылка к праву страны, где испрашивается защита, в качестве основного коллизийного начала.

Принцип национального режима в соответствии со ст. II Всемирной конвенции означает, что охраняемые произведения пользуются на территории другого государства-участника той охраной, которая предоставляется государством произведениям своих авторов, впервые выпущенным в свет на собственной территории, или не выпущенным в свет произведениям своих авторов. Бернской конвенцией (п. 1 ст. 5) также закрепляется принцип национального режима, но уточняется при этом, что авторы пользуются в странах Союза «правами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены в дальнейшем (курсив авт.) соответствующими законами этих стран своим гражданам». При этом обе конвенции добавляют, что авторы обладают также правами, особо предоставляемыми соответственно каждой конвенцией.

Таким образом, Бернская и Всемирная конвенции закрепляют не только национальный режим охраны, т. е. полностью уравнивают в правах иностранных авторов с авторами государства-участника, но и предоставляют им все права, которые предусмотрены в конвенции. В результате автор произведения, выпущенного за рубежом, может иметь даже более высокий уровень охраны его прав, чем автор произведения, выпущенного на собственной территории страны-участницы. Такая ситуация возникает, когда национальным законодательством не предусмотрено какое-либо из прав, упомянутых в конвенциях. Названное дополнение к национальному режиму особо значимо для государств — участников Бернской конвенции, поскольку она содержит материально-правовые нормы, предусматривающие наиболее широкий перечень авторских прав.

Статья 3 Соглашения ТРИПС также устанавливает национальный режим в качестве основного принципа охраны прав интеллектуальной собственности. Кроме того, ст. 4 ТРИПС содержит нетипичное для права интеллектуальной собственности положение о режиме наибольшего благоприятствования: в том случае, если в отношении охраны интеллектуальной собственности государство — участник ТРИПС предоставит гражданам и юридическим лицам любого третьего государства какую-либо льготу или иную привилегию, такая же льгота или привилегия должна быть немедленно и безусловно предоставлена гражданам и юридическим лицам всех государств-участников. В ст. 4 установлен и ряд исключений из этого правила.

Условия охраны авторских прав. Конвенции исходят из *охраны авторских прав вне зависимости от соблюдения формальностей*.

Бескомпромиссно это положение закреплено в Бернской конвенции, п. 2 ст. 5 которой предусматривает, что пользование конвенционными правами и осуществление их «не связаны с выполнением каких бы то ни было формальностей». Данное положение отражено и в отечественном законодательстве, а именно в п. 1 ст. 9 Закона об авторском праве, и в законодательстве подавляющего большинства государств. Впрочем, есть ряд стран, в которых для признания произведения охраняемым необходимы его регистрация, нотариальное удостоверение, оговорка о сохранении авторского права или соблюдение иных обязательных процедур.

Учитывая это, Всемирная конвенция предусмотрела компромиссное правило: если по внутреннему законодательству государства-участника соблюдение формальностей является обязательным, то формальности считаются выполненными в отношении всех охраняемых на основании данной Конвенции произведений при условии, что все экземпляры таких произведений, начиная с первого выпуска в свет, будут носить знак охраны авторского права. Данный знак представляет собой значок © с указанием имени правообладателя и года первого выпуска в свет. Он должен быть размещен «таким способом и на таком месте, которые ясно показывали бы, что авторское право сохраняется» (п. 1. ст. III). Разумеется, такая «формальность» является чрезвычайно простой и отвечает интересам автора.

Это правило имеет два исключения (п. 2 ст. III): во-первых, оно не распространяется на авторов — граждан государства, законодательство которого требует соблюдение каких-либо формальностей; во-вторых, оно не распространяется на произведения, впервые выпущенные в свет на территории такого государства. Следовательно, рассмотренные положения Всемирной конвенции не должны пониматься как требования отмены формальных процедур. Формальные процедуры не отменяются для произведений своих граждан вне зависимости от места выпуска их в свет, а также для любых произведений, впервые выпущенных в свет в данном государстве. В отношении не выпущенных в свет произведений любые материально-правовые формальности запрещаются (п. 4 ст. III).

Процессуальные формальности при производстве в судах по спорам из авторских отношений (например, депонирование экземпляра произведения в суде) международными договорами не затрагиваются. Впрочем, процессуальные формальности должны быть одинаковыми для собственных граждан и граждан других государств-участников (п. 3 ст. III Всемирной конвенции).

Срочный характер охраны авторских прав. Данный подход обусловлен необходимостью сочетания частных и публичных интересов при использовании результатов интеллектуальной деятельности и их исключительной важностью для экономического и культурного развития общества.

В соответствии со ст. IV Всемирной конвенции срок охраны произведения устанавливается законодательством государства, в котором предъявляется требование к охране, однако он не может быть меньше 25 лет после смерти автора. В определенных случаях и в отношении некоторых категорий произведений допускается исчисление срока с момента первого выпуска в свет или с момента регистрации произведения. Сокращенный срок—10 лет установлен для фотографических произведений и произведений прикладного искусства.

В странах Бернского союза (в том числе в РФ) действуют иные правила о сроках. Статья 7 Бернской конвенции устанавливает срок охраны в 50 лет после смерти автора либо с момента смерти последнего из соавторов (ст. 7 bis). Пункт 3 ст. 7 закрепляет особый порядок исчисления сроков для произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом. В таком случае течение срока начинается с момента правомерного обнародования¹ произведения, кроме случаев, когда псевдоним не вызывает сомнений в личности автора или когда автор раскрыл свою личность до истечения срока охраны. Тогда применяется обычный порядок. Пункт 2 ст. 7 Бернской конвенции допускает установление особого порядка исчисления сроков охраны кинематографических произведений. Они могут исчисляться с момента обнародования либо создания (для необнародованных — в течение 50 лет после создания произведений). Наконец, допускается установление сокращенного срока охраны фотографических произведений и произведений прикладного искусства —25 лет, причем исчисляться он может с момента создания такого произведения (п. 4 ст. 7 Бернской конвенции). Необходимо отметить, что в российском Законе об авторском праве (ст. 27 Бернской конвенции) не предусмотрено каких-либо особых правил относительно сроков охраны кинематографических, фотографических или прикладных произведений.

Исчисление всех вышеуказанных сроков начинается с 1 января года, следующего за наступлением юридического факта, лежащего в основании начала течения сроков (п. 5 ст. 7 Бернской конвенции).

В соответствии с п. 6 ст. 7 страны Бернского союза могут в национальном законодательстве устанавливать повышенные сроки охраны произведений по сравнению с конвенционными.

¹ Бернская конвенция употребляет выражение «сделано доступным для всеобщего сведения», что аналогично термину «обнародование» в российском законодательстве. Российский закон определяет обнародование как осуществленное с согласия автора действие, которое впервые делает произведение доступным для всеобщего сведения путем его опубликования, публичного показа, публичного исполнения, передачи в эфир или иным способом. Важно помнить, что обнародование отличается от опубликования (выпуска в свет).

В настоящее время намечена тенденция увеличения сроков охраны до 70 лет. Подобные правила применяются в странах ЕС в соответствии с Директивой ЕС от 29 октября 1993 г. «О согласовании сроков охраны авторского права и отдельных смежных прав».

В п. 4 ст. 4 Всемирной конвенции и п. 8 ст. 7 Бернской конвенции зафиксировано правило о сравнении сроков охраны авторских прав, представляющее собой изъятие из общего принципа национального режима. Данное положение заключается в том, что хотя срок охраны авторских прав также определяется национальным законодательством страны, в которой предъявляется требование об охране, но если законодательством специально не предусмотрено иное, этот срок не может быть более продолжительным, чем срок, установленный в стране происхождения произведения. Например, произведение, страной происхождения которого является Россия, будет охраняться в государствах — членах ЕС не в течение 70 лет после смерти автора, а в течение 50 лет, как это предусмотрено законодательством России.

Основные права авторов. Бернская конвенция, как уже отмечалось, в отличие от Всемирной содержит значительное число унифицированных материально-правовых норм и в первую очередь норм, предусматривающих подробный перечень прав авторов в отношении их произведений.

Все права, принадлежащие авторам произведений, подразделяются на две основные группы: личные неимущественные («моральные») права и имущественные права.

К правам первой группы относятся: право требовать признания авторства (которое объединяет в себе право признаваться автором произведения и право на имя¹); право противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению произведения, противодействовать любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора (п. 1 ст. 6 bis Бернской конвенции). Такие права существуют независимо от имущественных прав автора и полностью сохраняются в случае их уступки. После смерти автора они имеют силу по крайней мере до прекращения имущественных прав. Разумеется, личные права не переходят в порядке правопреемства,

¹ В российском законодательстве эти права упоминаются отдельно: во-первых, право признаваться автором и, во-вторых, собственно право на имя — право использовать или разрешать использование произведения под подлинным именем автора, псевдонимом либо анонимно (п. 1 ст. 15 Закона об авторском праве). Хотя право на имя и не упоминается специально в статье Бернской конвенции, посвященной неимущественным правам автора, но на основании положений Конвенции о сроках охраны произведений, выпущенных под псевдонимом либо анонимно, можно сделать вывод о том, что право на имя также принадлежит автору на основании Бернской конвенции.

а только осуществляются лицами или учреждениями, уполномоченными на это законом государства.

Следующая группа прав имеет особое экономическое значение для автора и его правопреемников. Это имущественные права. На практике в подавляющем числе случаев нарушения авторских и смежных прав нарушаются именно имущественные права.

Первым в ряду имущественных прав автора Бернская конвенция называет *исключительное право автора переводить и разрешать переводы своих произведений* (ст. 8 Бернской конвенции). Право на перевод является единственным правомочием автора, закрепленным во Всемирной конвенции в редакции 1952 г. (ст. V). В отличие от Бернской конвенции Всемирная конвенция допускает право государств-участников устанавливать ограничения исключительного права автора разрешать перевод *письменного* произведения. В соответствии с ней внутренним законодательством договаривающегося государства может быть разрешена выдача принудительной¹ лицензии на перевод произведения гражданину (или юридическому лицу) данного государства при условии, что:

1) перевод произведения на национальный язык (языки) не был выпущен в свет обладателем права перевода (т. е. автором или иным правообладателем) либо с его разрешения в течение семи лет с момента первого выпуска в свет данного письменного произведения;

2) перевод был опубликован в течение семи лет, но весь тираж на национальном языке уже распродан.

Такая лицензия выдается «компетентным органом» договаривающегося государства и носит неисключительный характер. Последнее означает, что она может быть выдана нескольким лицам, работающим самостоятельно, а также никоим образом не препятствует автору или иному правообладателю самому перевести или выдать разрешение на перевод на соответствующий язык и опубликовать его.

Выдача принудительных лицензий может быть осуществлена, только если ходатайствующий о ее выдаче в установленном порядке докажет, что он обращался к обладателю права перевода с просьбой о разрешении перевода и публикации произведения, но ему либо было отказано, либо, несмотря на принятые им меры, его просьба не была вручена правообладателю. Конвенция четко определяет такие меры. Если ходатайствующий о выдаче принудительной лицензии не мог вручить свою просьбу обладателю права перевода, он должен направить ее копии издателю, имя которого обозначено на произведении, а если известно гражданство обладателя права перевода, — также дипломатическому или

¹ Выдаваемой без разрешения обладателя права перевода или даже вопреки его запрету.

консульскому представителю государства его гражданства либо организации, которая может быть указана правительством этого государства (имеется в виду национальная организация, осуществляющая коллективное управление авторскими правами). На получение ответа от правообладателя отводится два месяца с момента отправки указанных документов. Лицензия не может быть выдана до истечения этого срока.

Несмотря на то что лицензия выдается без разрешения обладателя права перевода, в ст. V Всемирной конвенции предусмотрен ряд важных мер по обеспечению интересов обладателя. Во-первых, сохраняются неимущественные права автора: название и имя автора оригинального произведения должны быть указаны на всех экземплярах опубликованного перевода; если же автор изъял из обращения свое произведение, лицензия вообще не может быть выдана ни при каких обстоятельствах. Кроме того, должна быть гарантирована правильность перевода произведения.

Во-вторых, внутренним законодательством государств, допускающих выдачу принудительных лицензий, должны быть приняты меры для того, чтобы обеспечить обладателю права перевода справедливое вознаграждение, причем соответствующее международной практике (а не местным стандартам), а также его выплату и перевод за рубеж.

Наконец, выдаваемая лицензия имеет территориальный характер—она действительна в отношении выпуска в свет перевода лишь на территории того государства, в котором она испрашивается. Ввоз экземпляров в другое договаривающееся государство и их продажа там допускаются только при одновременном соблюдении следующих условий: национальным языком в этом государстве также является язык перевода; законодательство этого государства также допускает выдачу принудительных лицензий на перевод, наконец, ввоз и продажа переводов, сделанных на основании принудительной лицензии, не противоречит внутреннему законодательству этого государства. Российское законодательство выдачи принудительных лицензий на перевод не допускает.

Следующим имущественным правом автора является *право на воспроизведение* — исключительное право разрешать воспроизведение произведений любым образом и в любой форме (ст. 9 Бернской конвенции). Любая звуковая или визуальная запись признается воспроизведением (п. 3 ст. 9). Таким образом, под воспроизведением понимается создание копии произведения вне зависимости от способа ее создания и материального носителя, используемого для этой цели.

Данное право автора также может быть ограничено: страны Союза сохраняют право разрешать воспроизведение на основании закона без согласия автора, если это не наносит ущерба его законным интересам и не нарушает нормальной эксплуатации про-

изведения. Примером таких ограничений может служить право частной копии — признаваемое практически во всех странах право на воспроизведение правомерно обнародованного произведения исключительно в личных целях, причем без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения (ст. 18 Закона РФ об авторском праве).

Всемирная конвенция в редакции 1971 г. в самой общей форме закрепляет исключительное право автора «разрешать воспроизведение независимо от его способа» (ст. IV bis).

Право на передачу в эфир. Данное имущественное право автора закреплено в ст. 11 bis Бернской конвенции. В соответствии с ней авторы пользуются исключительным правом разрешать:

1) передачу своих произведений в эфир или публичное сообщение этих произведений любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений;

2) всякое публичное сообщение, будь то по проводам или средствам беспроводной связи, повторно передаваемое в эфир произведение, если такое сообщение осуществляется иной организацией, нежели первоначальная. (Имеется в виду право разрешать ретрансляцию. Так что если автор разрешил одной радиовещательной организации использование своего произведения, это не означает, что оно может потом бесконтрольно использоваться остальными организациями для передачи в эфир.);

3) публичное сообщение переданного в эфир произведения с помощью громкоговорителя или любого другого аппарата, передающего звуки, знаки или изображения. (Имеется в виду передача с помощью устройств, установленных в общественных местах, например в ресторанах, на дискотеках, тогда как обычные передачи направлены на принятие программ отдельными лицами дома, на рабочем месте и т. д.).

Пункт 3 ст. 11 bis специально подчеркивает, что разрешение на передачу произведения в эфир не включает в себя разрешение на запись передаваемого произведения. Такая запись представляет собой воспроизведение, и потому для ее осуществления нужно отдельное разрешение правообладателя (по правилам о праве на воспроизведение). Законодательство стран Союза может разрешать радиовещательным организациям осуществлять без согласия автора лишь так называемые записи краткосрочного пользования и их хранение в архивных целях (ст. 24 Закона РФ об авторском праве).

Что касается Всемирной конвенции в редакции 1971 г., то она также предоставляет автору это право, но в самой общей форме — «исключительное право разрешать... передачу в эфир» (ст. IV bis). Таким образом, по Всемирной конвенции гораздо шире круг вопросов, которые оставлены для решения в национальном законодательстве.

Право долевого участия на оригиналы произведений искусства и рукописей¹ (ст. 14 *ter* Бернской конвенции). Данное право заключается в том, что в отношении оригиналов произведений искусства и оригиналов рукописей (в том числе музыкальных произведений) автор, а после его смерти правопреемники, имеют неотчуждаемое право на долю от цены при каждой последующей продаже произведения, следующей за его первой уступкой. Данное право может быть реализовано, только если законодательство страны, к которой принадлежит автор (если он не является гражданином страны — участницы Бернской конвенции), предусматривает такое право, и в объеме, допускаемом законодательством страны, в которой истребуется эта охрана. Порядок взимания и суммы, причитающиеся автору, устанавливаются национальным законодательством.

Право на переделку произведений. В соответствии со ст. 12 Бернской конвенции авторы пользуются исключительным правом разрешать переделки, аранжировки и иные изменения своих произведений. Такие произведения охраняются как оригинальные при условии соблюдения прав автора первоначального произведения.

Статья 14 Бернской конвенции специально закрепляет одну из разновидностей права на переделку: исключительное право разрешать, во-первых, *кинематографическую* переделку и воспроизведение своих произведений, а также распространение переделанных или воспроизведенных таким образом произведений и, во-вторых, публичное представление и исполнение переделанных и воспроизведенных таким образом произведений и сообщение их по проводам для всеобщего сведения. Как следствие, на каждое из перечисленных действий нужно специальное разрешение автора оригинального произведения. Например, при создании фильма на основе книги нужны отдельные разрешения автора книги на ее переделку в сценарий, на создание фильма на основе сценария, на его воспроизведение, на публичное представление (прокат в кинотеатрах), на передачу в эфир или сообщение по кабелю.

Наконец, переделка в любую другую художественную форму кинематографической постановки, производной от литературного или художественного произведения, требует разрешения не только ее автора, но и автора оригинального произведения (п. 2 ст. 14).

Выше были перечислены права, которыми обладают авторы любых литературных и художественных произведений. Кроме них Бернская конвенция выделяет группу прав, которыми наделены авторы отдельных категорий произведений.

¹ В международной практике также используется термин «право следования» (*droit de suite*).

Авторы *драматических музыкально-драматических произведений* в соответствии со ст. 11 Бернской конвенции имеют *исключительное право разрешить публичное представление или исполнение* своих произведений и их переводов любыми средствами или способами, а также передачу любым способом их постановок и исполнений для всеобщего сведения. Аналогичные права предоставляются авторам *литературных произведений* (ст. 11 *ter* Бернской конвенции в отношении *публичного чтения* их произведений и переводов их произведений). Что касается Всемирной конвенции в редакции 1911 г., то она в самой общей форме закрепила исключительное право автора разрешать публичное исполнение произведения (независимо от вида произведения). Дальнейшая конкретизация оставлена на усмотрение национального законодательства.

Соглашение ТРИПС и Договор ВОИС по авторскому праву расширили перечень исключительных прав автора по сравнению с Бернской конвенцией, закрепив право на распространение произведений, право проката и право на публичное сообщение произведения. *Право на распространение* (right of distribution) закреплено в ст. 6 Договора ВОИС. Оно определено как исключительное право автора разрешать действия по продаже или иной передаче права собственности на оригинал или копии произведения, которые делают произведение доступным для всеобщего сведения. Данное право может быть ограничено законодательством договаривающихся государств первой продажей оригинала или копии произведения с согласия автора — «исчерпание прав».

Право проката (право разрешать прокат) закреплено в ст. 11 Соглашения ТРИПС и в ст. 7 Договора ВОИС. Оно принадлежит авторам компьютерных программ и кинематографических произведений. Договор ВОИС добавляет к ним «произведения, воплощенные в фонограммах (works embodied in phonograms), как это определено национальным законодательством сторон». Данное право не применяется в отношении компьютерных программ в том случае, если программа сама по себе не является основным объектом проката (т. е. арендуется, например, компьютер). В отношении же кинематографических работ право проката применяется только при условии, что их коммерческий прокат привел к широкому копированию таких произведений, и это нанесло существенный вред праву автора на воспроизведение.

Наконец, *право на публичное сообщение произведений* (ст. 8 Договора ВОИС) означает право разрешать *любое* сообщение произведения для всеобщего сведения по проводам или средствам беспроводной связи, включая такой способ, при котором публика имеет доступ к произведению из любого места и в любое время по своему выбору. Таким образом, право, закрепленное в ст. 8 Договора, шире по своему содержанию, чем право на передачу произведения в эфир, предусмотренное Бернской конвенцией.

Кроме вышеназванных прав Бернская конвенция содержит ряд положений относительно *защиты охраняемых прав*. Общее правило заключается в том, что правообладатель имеет право возбуждать судебное преследование против контрафакторов (п. 1 ст. 15). Статья 16 устанавливает, что контрафактные экземпляры подлежат аресту в любой стране Союза, в которой это произведение пользуется правовой охраной. То же относится и к воспроизведениям охраняемого произведения, происходящим из страны, в которой данное произведение не охраняется или перестало пользоваться охраной.

Соглашение ТРИПС в ст. 41–66 содержит в отличие от Бернской конвенции очень подробный перечень средств правовой защиты авторских прав, а также основные требования к процедуре их применения. Прочие международные договоры почти целиком оставляют этот вопрос на усмотрение национального законодателя.

Статья 41 Соглашения ТРИПС устанавливает общую обязанность государств-участников обеспечить в своем национальном законодательстве эффективное применение против любых нарушений прав интеллектуальной собственности установленных Соглашением мер правовой защиты. Такие меры должны включать эффективные средства для предотвращения нарушений и для пресечения длящихся нарушений. Процедуры их применения должны быть такими, чтобы не создавать препятствий законной торговле и обеспечивать гарантии от злоупотребления ими. Подчеркивается также, что процедуры, связанные с защитой прав на интеллектуальную собственность, не должны быть излишне усложненными или дорогостоящими, влечь необоснованные задержки (что особенно важно для российского правосудия).

Далее устанавливаются общие требования к судебной и административной процедуре по данной категории дел. Кроме того, вводятся специфические таможенные меры защиты, заключающиеся во временном задержании (до выяснения обстоятельств) предположительно контрафактных экземпляров на таможенной границе с целью предотвращения введения их в оборот (ст. 51–60 ТРИПС).

11.1.3. Международная охрана авторских прав и развивающиеся страны

Развивающиеся страны едва ли не в большей степени, чем развитые, нуждаются в доступе к современным достижениям науки и искусства. Вместе с тем многие из них весьма слабы в экономическом отношении, следовательно, далеко не богаты и потенциальные потребители продуктов творческой деятельности—физические и юридические лица. Издательские организации развивающихся стран зачастую не в состоянии приобретать права на перевод и выпуск в свет произведений иностранных авторов,

особенно авторов из развитых стран. Вместе с тем неучастие развивающихся государств в соглашениях об охране авторских прав создает значительную опасность для прав авторов. Таким образом, оказалось необходимым принять специальные правила, учитывающие интересы развивающихся стран.

С этой целью в Бернскую конвенцию был включен Дополнительный раздел, а во Всемирную конвенцию в 1971 г. были введены ст. V bis, V ter и V quarter, содержащие совпадающие специальные положения, относящиеся к развивающимся странам¹. В соответствии с п. 1 ст. 1 Дополнительного раздела любая страна, считающаяся в соответствии со сложившейся практикой Генеральной Ассамблеи ООН развивающейся страной, может решить, что пока не в состоянии предоставить охрану всем правам авторов в полном объеме. В таком случае она должна заявить, что будет пользоваться льготным режимом в отношении прав на перевод или на воспроизведение (соответственно ст. II и III Дополнительного раздела) или в отношении обоих прав. Такое заявление действует в течение 10 лет и может быть возобновлено. То обстоятельство, что развивающееся государство пользуется какой-либо из предоставленных Дополнительным разделом льгот, не позволяет любому другому государству — участнику Бернской конвенции — ограничивать охрану произведений, страной происхождения которых является такое развивающееся государство (п. 6 ст. 1).

Какие же льготы предоставлены развивающимся странам? В соответствии со ст. II Дополнительного раздела исключительное право на перевод может быть заменено системой неисключительных и непередаваемых принудительных лицензий, выдаваемых компетентными органами государства. Данная лицензия выдается только в научно-исследовательских и образовательных целях, т. е. носит строго целевой характер. Кроме того, она может выдаваться только в отношении перевода печатных, а равно выраженных в аналогичной печати форме произведений.

Лицензия может быть выдана любому гражданину при условии, что в течение трех лет с момента выпуска произведения в свет его перевод на язык, являющийся общеупотребимым в данном государстве, не был издан лицом, имеющим на то право (т. е. право автора на перевод может быть ограничено не ранее чем через три года после выпуска произведения в свет). Такая лицензия может выдаваться и в случае, если все экземпляры ранее изданного перевода уже разошлись.

Лицензия может быть выдана и радиовещательной организации при условии, что перевод осуществляется с законно приобретенного экземпляра произведения, предназначается только для

¹ Положения Дополнительного раздела Бернской конвенции и ст. V, bis V ter и V quarter Всемирной конвенции совпадают почти дословно.

учебных или исследовательских целей, используется в законно осуществляемых передачах, предназначенных только для аудитории внутри данной страны, и, наконец, использование перевода не преследует коммерческих целей. В остальном режим принудительных лицензий на перевод аналогичен рассмотренному выше режиму, установленному ст. V Всемирной конвенции.

Сходный режим принудительных лицензий может устанавливаться в соответствии со ст. III Дополнительного раздела и в отношении воспроизведения печатных или аналогичных произведений, а также аудиовизуальных записей (в таком случае лицензия автоматически включает и право на перевод содержащихся в нем текстов). Эти лицензии также имеют целевой характер и выдаются «в связи с систематическим обучением». Временной период, по истечении которого может быть выдана лицензия на воспроизведение, составляет в отличие от лицензии на перевод пять лет, за исключением произведений по естественным и точным наукам — три года, и книг по искусству — семь лет. Остальные правила в основном аналогичны установленным ст. II Дополнительного раздела.

11.1.4. Международно-правовая охрана смежных прав

Субъекты и объекты смежных прав. Обладателями смежных прав являются артисты — исполнители, производители фонограмм, организации эфирного и кабельного вещания. Объектами смежных прав выступают соответственно исполнение (чтение, декламация, пение, игра на музыкальных инструментах, исполнение любым иным способом литературного или художественного произведения); фонограмма (исключительно звуковая запись какого-либо исполнения или иных звуков); передача в эфир, под которой понимается передача беспроводными средствами звуков или изображений для приема публикой (ст. 3 Римской конвенции). Вышеперечисленные объекты упоминаются в международных конвенциях. Кроме них к объектам смежных прав относятся передачи организаций кабельного вещания и иные объекты, отнесенные к таковым национальными законами.

Основания предоставления и общие принципы конвенционной охраны смежных прав. Основания предоставления охраны отличаются в зависимости от того, каким субъектам она предоставляется.

Основания предоставления охраны исполнителю установлены ст. 4 Римской конвенции. Для этого достаточно любого из следующих условий: исполнение имело место в другом договаривающемся государстве; исполнение включено в фонограмму, охраняемую на основании данной Конвенции; исполнение, не записанное на фонограмму, распространяется путем передачи в эфир, охраняемой на основании данной Конвенции. Важно отметить, что такой критерий, как гражданство исполнителя, в число условий для

предоставления охраны исполнением Римской конвенцией не включен. Следовательно, если исполнение исполнителя — гражданина, участвующего в Римской конвенции государства, было произведено в каком-либо третьем государстве, то такое исполнение охраной по Римской конвенции не пользуется.

Основания предоставления охраны производителям фонограмм предусмотрены в ст. 5 Римской конвенции. Охрана предусмотрена по критерию национальности производителя — если производитель фонограммы является гражданином (юридическим лицом) договаривающегося государства; по критерию места первой записи звука; наконец, по критерию места первой публикации (должно быть договаривающееся государство).

В том случае, если фонограмма была впервые выпущена в свет в государстве, не участвующем в Римской конвенции, но в течение 30 дней после этого она была опубликована в договаривающемся государстве, она рассматривается как опубликованная одновременно в этих государствах и, следовательно, пользуется охраной по Римской конвенции (п. 2 ст. 5). В отличие от Римской конвенции Конвенция 1971 г. использует только один критерий для предоставления охраны — критерий национальности производителя фонограмм (ст. 2). *Основания предоставления охраны передачам вещательных организаций* закреплены в ст. 6 Римской конвенции. Для этого достаточно соблюдения любого из двух условий: штаб-квартира вещательной организации расположена в договаривающемся государстве либо там расположен передатчик, с помощью которого осуществляется передача в эфир.

Принцип национального режима является основным в сфере международной охраны смежных прав (ст. 2 Римской конвенции). Впрочем, Конвенция не ограничивается закреплением общего принципа национального режима. Он дополнен требованием обязательного предоставления минимума конкретных прав исполнителям, производителям фонограмм и вещательным организациям, которые закреплены в Конвенции.

Аналогичным является и подход, изложенный в Договоре ВОИС по исполнителям и фонограммам: национальный режим плюс права, специально предоставленные Договором (ст. 4). Соглашение ТРИПС при определении национального режима отсылает к Римской конвенции, но подчеркивает, что в отношении исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций данный режим распространяется только на те права, которые закреплены в Соглашении (п. 1 ст. 3).

Однако в сфере охраны смежных прав (в отличие от авторского права) не все конвенции исходят из принципа национального режима. Конвенция 1971 г. отказалась от данного принципа, заменив его в ст. 2 общим обязательством охранять интересы производителей фонограмм, являющихся гражданами других госу-

дарств-участников, от производства копий фонограмм без согласия производителя и от ввоза таких копий, если производство или ввоз осуществляются с целью их распространения среди публики, а также от распространения этих копий среди публики. Данная охрана может осуществляться любыми правовыми методами по усмотрению государства-участника: как с помощью предоставления авторского права и иных подобных прав, так и путем защиты от недобросовестной конкуренции или путем уголовных санкций (ст. 3 Конвенции).

Международная охрана фонограмм и прав артистов-исполнителей осуществляется *вне зависимости от формальностей*. Статья 11 Римской конвенции устанавливает относительно формальностей правила, сходные с содержащимися в п. 1 ст. III Всемирной конвенции об авторском праве. Знак охраны — латинская буква «Р» в круге. Аналогичное правило закреплено в ст. 5 Конвенции 1971 г.

Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам идет еще дальше и полностью запрещает любые формальности в качестве условий для приобретения и использования смежных прав (ст. 20).

Срочный характер присущ охране не только авторских, но и, разумеется, смежных прав. В соответствии со ст. 14 Римской конвенции срок охраны составляет период по меньшей мере в 20 лет, исчисляемый с конца года, в котором была осуществлена запись фонограммы или включенных в нее исполнений, или имело место не включенное в фонограмму исполнение либо передача в эфир. Конвенция 1971 г. устанавливает такой же минимальный срок в ст. 4. Соглашение ТРИПС в п. 5 ст. 14 увеличивает срок охраны исполнений и фонограмм до 50 лет (для передач организаций эфирного вещания он продолжает составлять 20 лет). Аналогичные положения содержит в ст. 17 Договор ВОИС.

Основные права субъектов смежных прав. К числу *исключительных прав артистов-исполнителей* Римская конвенция относит:

1) право разрешать сообщения исполнений для всеобщего сведения, в том числе путем передачи в эфир, если используемое для передачи в эфир или для публичного сообщения исполнение не было ранее передано в эфир и не осуществляется с использованием записи (п. 1а ст. 7). Таким образом, настоящее право распространяется только на случаи первого сообщения исполнения для всеобщего сведения. При этом надо помнить, что каждое новое исполнение представляет собой самостоятельный объект охраны;

2) право разрешать первую запись (на материальный носитель) исполнения (п. 1б ст. 7);

3) право на воспроизведение (п. 1с ст. 7). Данное право существует, только если первоначальная запись была сделана без согласия исполнителя (принудительная лицензия и т. д.) либо когда воспроизведение осуществляется в иных целях, чем те, на которые исполнитель дал свое согласие.

Указанные права должны быть обязательно предоставлены исполнителям. Кроме того, внутреннее законодательство может расширить их перечень.

Соглашение ТРИПС в п. 1 ст. 14 в самом общем виде закрепляет, что исполнители должны иметь возможность предотвращать запись ранее не записанных исполнений, ее воспроизведение, а также передачу в эфир и публичное сообщение своих «живых» исполнений, если указанные действия совершены без их согласия.

Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам существенно расширяет перечень прав исполнителей¹. Во-первых, в ст. 5 Договора впервые на международном уровне закреплены личные права исполнителей. К ним относятся право требовать указания на то, что он является исполнителем (право на имя), а также право препятствовать любому изменению или искажению исполнения, которое может причинить вред его репутации.

Во-вторых, Договор ВОИС существенно расширил перечень имущественных прав исполнителей по сравнению с Римской конвенцией. Наряду с правом на воспроизведение он закрепил ряд новых прав исполнителей:

1) статья 8 Договора закрепила исключительное право исполнителя разрешать распространение записанных на фонофамму исполнений путем продажи или иной передачи права собственности;

2) в соответствии со ст. 9 Договора исполнитель имеет исключительное право разрешать коммерческий прокат для публики оригинала или копий своих исполнений, записанных на фонофамму, причем даже после того, как им самим либо с его разрешения было осуществлено распространение экземпляров фонофаммы. Впрочем, если в договариваемом государстве существует система выплаты справедливых вознаграждений исполнителям за прокат их исполнений без разрешения, то при условии, что прокат не наносит ущерба исключительному праву исполнителей на воспроизведение, право проката может не предоставляться;

3) право на публичное сообщение исполнений (ст. 10 Договора ВОИС) по своему содержанию совпадает с аналогичным правом, закрепленным в Договоре ВОИС по авторскому праву.

Права производителей фонограмм закреплены в Римской конвенции в общей форме: они имеют исключительное право разрешать прямое или косвенное воспроизведение своих фонофамм (ст. 10)². Кроме того, хотя они не вправе запрещать публичное

¹ Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам распространяется только на *звуковые* исполнения, в том числе если эти исполнения записаны на фонограмму. На аудиовизуальные исполнения в целом он не распространяется (только на фонограмму в составе такого исполнения).

² В той же формулировке данное право закреплено п. 2 ст. 14 Соглашения ТРИПС.

сообщение и передачу в эфир фонограмм, опубликованных ими в коммерческих целях, они имеют право на разовое справедливое вознаграждение от пользователя фонограммы. Такое же право имеют и исполнители в отношении своих исполнений, зафиксированных на фонограммах. Условия распределения вознаграждений определяются соглашением исполнителей с производителями фонограмм, а при его отсутствии — внутренним законодательством (ст. 12). Аналогичное правило предусмотрено ст. 15 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам.

Конвенция 1971 г. не закрепляет каких-либо исключительных прав производителей фонограмм, а лишь содержит общее обязательство государств-участников охранять интересы производителей фонограмм от создания копий их фонограмм без разрешения, ввоза таких копий и их распространения.

В отличие от нее Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам значительно расширяет установленный Римской конвенцией перечень прав производителей фонограмм, добавляя к праву на воспроизведение право распространения, проката и сообщения для всеобщего сведения. Содержание этих прав сходно с содержанием аналогичных прав исполнителей.

Организации эфирного вещания в соответствии с Римской конвенцией имеют, во-первых, те же права, что и исполнители, а кроме того, исключительное право на ретрансляцию своих передач (п. «а» ст. 13) и на сообщение для всеобщего сведения своих телевизионных передач, если оно осуществляется в местах, доступных для публики за входную плату (п. «д» ст. 13). Те же права закреплены в п. 3 ст. 14 Соглашения ТРИПС.

Нормальное использование смежных прав, как и нормальное использование авторских прав, предполагает определенные *изъятия из охраны*.

Во-первых, допускается распространение на сферу действия смежных прав любых ограничений, установленных в отношении охраны авторских прав (п. 2 ст. 16 Римской конвенции, ст. 6 Конвенции 1971 г., п. 1 ст. 16 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам). В Соглашение ТРИПС включено в отношении ограничений охраны как авторских, так и смежных прав лишь одно общее правило: они не должны противоречить нормальному использованию объекта прав и неразумно нарушать законные интересы правообладателей. Аналогичное правило содержит и п. 2 ст. 16 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам.

Во-вторых, допускается свободное использование объектов смежных прав в личных целях, использование коротких отрывков с целью сообщения о текущих событиях, осуществление кратковременной записи вещательными организациями с применением своего оборудования и для своих собственных передач, наконец,

использование исключительно в учебных и научных целях (п. 1 ст. 15 Римской конвенции).

Римская конвенция допускает принудительные лицензии, но только в той мере, в какой это не противоречит установленным ею случаям изъятий из охраны. Конвенция 1971 г. в ст. 6 предусматривает более подробные правила о принудительных лицензиях в отношении фонограмм. Они могут быть установлены национальным законодательством, если соблюдены все следующие условия: воспроизведение предназначено для использования исключительно в целях обучения или научных исследований; распространение экземпляров осуществляется только на территории выдавшего лицензию государства и экспорт копий осуществляться не будет; правообладателям должно выплачиваться справедливое вознаграждение с учетом числа копий, которые будут произведены.

Что касается охраны авторских и смежных прав при осуществлении спутникового вещания, то для нее большое значение имеет Конвенция 1974 г. о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники. Проблема состоит в том, что передачи, осуществляемые с помощью спутников, зачастую могут быть приняты на территориях, для которых они не предназначены. В результате авторы и обладатели смежных прав не получают вознаграждения за передачу, произведенную на такой территории. Кроме того, так как законодательство об охране авторских и смежных прав различно и не все государства, на территорию которых фактически осуществляется вещание, участвуют в международных договорах об их охране, возможны и иные нарушения, например запись и воспроизведение в коммерческих целях переданной в эфир через спутник программы и т. д.

Для предотвращения указанных ситуаций Конвенция 1974 г. в п. 1 ст. 2 установила обязанность договаривающихся государств «принимать соответствующие меры по предотвращению распространения на своей или со своей территории любого несущего программы сигнала любым распространяющим органом, для которого сигнал, переданный на спутник или проходящий через него, не предназначается. Это обязательство применяется в том случае, когда орган-источник подпадает под юрисдикцию другого договаривающегося государства и когда распространяемый сигнал является вторичным сигналом».

Для того чтобы понять содержание этого обязательства, надо представлять себе, как осуществляется спутниковое вещание. Во-первых, оно может производиться напрямую — для непосредственного приема публикой с помощью индивидуальных спутниковых антенн. На такие ситуации Конвенция 1974 г. не распространяется (ст. 3).

Во-вторых, вещание может осуществляться следующим образом: сигнал, содержащий определенную программу, передается на спутник физическим или юридическим лицом, которое, собственно, и определяет, какие именно программы будет нести излучаемый сигнал (орган-источник). Далее со спутника сигнал передается на большую территорию и принимается распространяющим органом, который, в свою очередь, транслирует этот сигнал с помощью обычных средств вещания для приема публикой на обычные (не спутниковые) антенны. Сигнал до его приема распространяющим органом называется излучаемым сигналом, а после—вторичным сигналом. Конвенция распространяется именно на такие ситуации.

Впрочем, если вторичный сигнал принимается другим органом вещания и ретранслируется им далее любым способом, не включающим в себя передачу через спутник, то такая вторичная ретрансляция уже не подпадает под действие Конвенции 1974 г., а охватывается иными, «земными» договорами об охране авторских и смежных прав (п. 3 ст. 2).

Из-под действия Конвенции договаривающиеся государства могут исключить ситуации, когда распространяемый на их территории сигнал несет лишь короткие выдержки из передаваемых программ, используемые в информационных целях или в качестве цитат, а также когда распространение ведется исключительно в научных или просветительских целях (ст. 4).

Важно помнить, что предметом регулирования Конвенции являются именно сигналы, а не их содержание, которое составляют произведения и объекты смежных прав. Метод регулирования, предусмотренный данной Конвенцией, целиком относится к сфере публичного права. Способы, которыми осуществляется предотвращение распространения сигналов на территориях, для которых они не предназначены, целиком оставлены на усмотрение национальных законодательств.

Что касается средств защиты нарушенных прав исполнителей, производителей фонограмм и организаций эфирного вещания, то они подробно регламентированы Соглашением ТРИПС и аналогичны средствам правовой защиты, применяемым при нарушении авторских прав.

11.1.5. Охрана авторских и смежных прав в сети Интернет

Значение трансграничных телекоммуникационных сетей, объединенных под общим названием «Интернет», для современного информационного общества трудно переоценить. Стремительно повышаются как количество пользователей Интернета, так и экономический оборот в сфере электронной торговли. В частности, количество компьютеров, имеющих выход в Интернет, возросло с 1,3 млн в 1992 г. до 625 млн в 2001 г. Общий объем электрон-

ной торговли в 2000 г. составил 214 млрд евро, а в 2004 г., согласно прогнозам, он может вырасти до 7,64 трлн евро¹. Свобода и исключительное удобство поиска информация на любую тему также является неоспоримым достоинством цифровых сетей, делает их использование целесообразным в таких разных сферах, как информационный обмен, бизнес, исследовательская и научная деятельность, досуг и т. д.

Вместе с тем возникновение такого принципиально нового явления, как Интернет, создало повышенную опасность для обладателей авторских и смежных прав, так как теперь их произведения, переведенные в цифровую форму, могут воспроизводиться и распространяться практически без ограничений, мгновенно перемещаясь между самыми удаленными точками земного шара. Следовательно, возможно не только самое широкое распространение правомерно созданных копий произведений, но и контрафактных экземпляров, воспроизведенных без согласия автора.

Сразу необходимо оговорить, что абсолютно несостоятельными и не основанными на каких-либо правовых нормах являются мнения о том, что интернет-пространство не регулируется правом, либо о том, что авторское право в Интернете не действует. Отсутствие специального правового регулирования отнюдь не означает, что на Интернет не распространяются общие нормы об охране авторских и смежных прав. В частности, нормы международных договоров по охране авторских и смежных прав целиком сохраняют свое значение применительно к использованию и охране произведений и объектов смежных прав в Интернете.

Здесь необходимо кратко остановиться на технической стороне возникающих проблем. Итак, в телекоммуникационных сетях информация содержится в различных цифровых форматах (файлы *.jpg, *.mpg, *.mp3, *.wav и др.). Перевод любого произведения, исполнения, фонограммы в соответствующие форматы при наличии необходимого оборудования очень прост и относительно недорог. При этом оцифрованная информация может без всякого ухудшения качества перезаписываться бесконечное количество раз в отличие от традиционной аналоговой записи, качество которой существенно ухудшается с каждой новой копией (так, уже третья или четвертая перезапись с одной аудиокассеты на другую малопригодна для прослушивания).

Копирование цифровых файлов (т. е. воспроизведение в смысле ст. 9 Бернской конвенции) вообще не требует никаких особых усилий или материальных затрат, его может осуществить любой владелец персонального компьютера. Если же пользова-

¹ См.: *Heines A. D. The Impact of the Internet on the Judgments Project: Thoughts for the Future. Hague Conference on Private International Law // Preliminary Document. 2002. February. № 17. § 2.*

тель, пусть даже правомерно получив эту информацию, не только перепишет файл для себя (т. е. использует право частной копии, являющееся общепринятым ограничением прав автора), но и начнет использовать произведение каким-либо образом без согласия автора (например, просто поместив его в Интернет, иными словами, осуществит публичное сообщение), это может повлечь широкое распространение контрафактных экземпляров по всему миру.

Кроме того, произведение без всякого согласия на то автора может быть изменено, в том числе способом, наносящим ущерб репутации автора, может быть нарушено его право на имя и иные неимущественные права. Причем установить сам факт такого нарушения будет весьма сложно. При этом важно помнить о том, что в Интернете не существует национальных границ, следовательно, возникают проблемы в сфере определения суда, имеющего юрисдикцию по делам из нарушений авторских и смежных прав в цифровых сетях, а также в сфере признания и приведения в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений.

Существовавшая до недавнего времени (и во многом продолжающая существовать) система международно-правовых средств охраны авторских и смежных прав далеко не всегда успешно работает в новых условиях. Как следствие, возникла потребность в создании, во-первых, новых средств правовой охраны и, во-вторых, юридических средств, позволяющих при сохранении существующей системы, созданной Бернской, Всемирной и Римской конвенциями, адаптировать ее к новым условиям.

Ключевую роль в решении этих двух задач в настоящее время играют два новых международных договора — Договор ВОИС по авторскому праву и Договор ВОИС-по исполнению и фонограммам. Они были приняты на дипломатической конференции, проходившей в Женеве в декабре 1996 г., и явились первыми международными договорами, содержащими положения, прямо посвященные охране авторских и смежных прав в цифровых сетях. Характерно, что во многих публикациях их для краткости называют «Договоры ВОИС по Интернету» («WIPO Internet Treaties»)¹.

Вместе с Договорами на дипломатической конференции в Женеве были приняты Согласованные заявления относительно отдельных статей указанных Договоров, в которых дается официальное толкование наиболее сложных положений в целях их единообразного понимания и применения.

Ключевое значение для охраны авторских и смежных прав в сети Интернет имеют следующие положения.

Во-первых, сразу возник вопрос: является ли размещение произведений в Интернете их публичным сообщением (которое

¹ См.: A Timely Assessment of the WIPO Internet Treaties // WIPO Magazine. 2002. February. P. 9.

представляет собой исключительное право автора и, следовательно, требует его согласия)? Многие операторы сайтов, размещая на своих страничках чужие произведения без согласия их авторов, ссылались на то, что такие действия не являются публичным сообщением или воспроизведением произведений. Таким образом, возникла серьезная угроза для интересов авторов, исполнителей, производителей фонограмм и т. д. Данный вопрос в отношении публичного сообщения был решен ст. 8 Договора ВОИС по авторскому праву (применительно к праву на публичное сообщение произведений), а также ст. 10 (право публичного сообщения записанных исполнений), ст. 14 (право публичного сообщения фонограмм) и ст. 15 (право на вознаграждение за публичное сообщение или передачу в эфир) Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам. Приведенные статьи указывают, что к способам публичного сообщения относится и такой способ, при котором «публика имеет доступ к произведению из любого места и в любое время по своему выбору». Данное уточнение относится к размещению произведений в цифровых сетях и прежде всего в Интернете, когда возможен доступ в режиме on-line, т. е. пользователь в любой момент и из любого места, оборудованного выходом в сеть, может получить доступ к произведению. Таким образом, окончательно поставлена точка в споре о том, является ли размещение произведения в сети Интернет его публичным сообщением.

Следующий важный вопрос: является ли простое размещение охраняемого объекта в сети Интернет его воспроизведением? В Согласованном заявлении к ст. 1(4) Договора ВОИС по авторскому праву указано, что «*хранение* (курсив наш. — Г.Д) произведения в цифровой форме в электронном средстве связи представляет собой воспроизведение в смысле ст. 9 Бернской конвенции». Аналогичное правило содержится и в Согласованном заявлении относительно ст. 7, 11 и 16 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам. Таким образом, простое помещение объекта авторских или смежных прав в цифровую сеть требует согласия автора как на воспроизведение.

Немаловажно для исполнителей и производителей фонограмм и право на справедливое разовое вознаграждение за некоторые виды использования фонограмм. Пункт 4 ст. 15 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам подчеркивает, что если фонограмма опубликована таким образом, что к ней возможен доступ «из любого места и в любое время по своему выбору» (имеется в виду размещение ее в цифровой сети), то такое опубликование должно считаться опубликованием в коммерческих целях. Таким образом, право на справедливое разовое вознаграждение существует и в Интернете.

Решая правовые проблемы, нельзя забывать и о технических способах защиты авторских прав в Интернете. К ним относятся: шифрование, установка паролей доступа либо паролей, позволяющих осуществлять воспроизведение или изменение информации. Учитывая объективную сложность выявления правонарушений в цифровых сетях и недостаточную эффективность одной только юридической защиты, проще предотвратить нарушение, используя соответствующие технические средства, чем восстанавливать уже нарушенное право. Однако эти технические средства сами нуждаются в правовой защите. Во-первых, они, являясь программами для ЭВМ, представляют собой объекты, охраняемые авторским правом либо (если используются аппаратные средства) патентным правом. Во-вторых, с учетом их узкоспециальной цели — предотвращения несанкционированного доступа к информации либо работы с ней — требуется специальное правовое регулирование их применения, включая установление ответственности за «взлом» или обход такой защиты.

Договор ВОИС по авторскому праву в ст. 11 предусмотрел обязанность государств «обеспечить соответствующую правовую охрану и эффективные средства защиты против любого нарушения технологических мер, применяемых авторами в связи с использованием ими своих прав по Бернской конвенции или по настоящему Договору». Таким образом, данный вопрос каждое из государств-участников обязано решить во внутреннем законодательстве. Аналогичное положение содержится и в ст. 18 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам.

Следующая проблема часто возникает в связи с необходимостью защитить уже нарушенные права авторов, исполнителей и других субъектов. Дело в том, что процесс поиска доказательств в цифровых сетях весьма сложен, так как произведения в цифровой форме легко изменить; во-вторых, большинство сайтов в Интернете регулярно обновляются, что затрудняет выяснение вопросов о том, имелся ли ранее какой-либо файл на данном сайте, каково было содержание находящейся в нем информации и т. д. Например, существует спор о незаконном использовании произведения, однако само произведение, предположительно находившееся на данном сервере, было с него удалено либо перемещено. Экспертиза может не справиться с задачей установления того, что ранее находилось на этом сервере, иные методы также могут оказаться неэффективными¹.

Решение этой проблемы дано одинаково в договорах ВОИС по авторскому праву и по исполнениям и фонограммам. Статьями соответственно 12 и 19 указанных договоров было введено новое по-

¹ См.: *Петровский С.* Защита прав автора сайта // Российская юстиция. 2001. № 1.

нятие — «информация об управлении правами». Под такой информацией понимается «информация, идентифицирующая произведение и его автора, обладателей иных прав на произведение, а также информация об условиях договора на использование произведения, а также коды или числа, содержащие подобную информацию, при условии, что указанные элементы информации присоединены к копии произведения либо проявляются в процессе публичного сообщения произведения». Ее наличие позволяет с уверенностью говорить о том, что автором произведения, исполнителем, производителем фонограммы, иным правообладателем является определенное лицо. Примеры такой информации — электронно-цифровая подпись; знак © с указанием имени автора и года издания и т. д. Часто информация об управлении правами содержится в охраняемых объектах в неявной форме, что позволяет предотвратить ее обнаружение и удаление лицом, пытающимся нарушить права авторов и обладателей смежных прав.

Кроме того, наличие указанной информации может облегчить процесс поиска и отслеживания охраняемого объекта в информационной сети. Статьи 12 и 19 договоров ВОИС обязывают стран-участниц принять эффективные правовые меры против лиц, которые без разрешения удаляют или изменяют такую информацию либо распространяют, импортируют в целях распространения, сообщают для всеобщего сведения, передают в эфир произведения или их копии, а также исполнения, копии записанных исполнений и фонограмм, зная, что информация об управлении правами была удалена или изменена. В Согласованном заявлении относительно ст. 12 Договора ВОИС по авторскому праву подчеркивается, что данные положения не должны пониматься как устанавливающие какие-либо формальности, не разрешенные Бернской конвенцией и договорами ВОИС. Иными словами, размещение информации об управлении правами осуществляется исключительно по желанию самого автора (исполнителя и т. д.) и не может являться условием предоставления охраны.

11.2. Промышленная собственность в международном частном праве

11.2.1. Основы международно-правовой охраны промышленной собственности

Как было изложено выше, объектами охраны промышленной собственности являются патенты на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и указания происхождения или наименования места происхождения, а также пресечение недобросовестной конкуренции. Термин «промышленная собствен-

ность» понимается в самом широком смысле и распространяется не только на промышленность и торговлю в собственном смысле слова, но и на области сельскохозяйственного производства и добывающей промышленности, и на все продукты промышленного или природного происхождения, как, например, вино, зерно, табачный лист, фрукты, скот, ископаемые минералы, иные воды, пиво, цветы, мука.

Право промышленной собственности подразделяется на правовую охрану изобретений, полезных моделей и промышленных образцов и на правовую охрану средств индивидуализации участников гражданского оборота и производимой ими продукции, работ и услуг (к ним относятся товарные знаки и знаки обслуживания¹, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования и некоторые другие объекты)².

В настоящем разделе будут рассмотрены особенности соответствующих правоотношений, осложненных иностранным элементом. Как следствие, основное внимание будет уделено положениям международных договоров по охране промышленной собственности, особенно тех, в которых участвует Россия, а также некоторым специальным нормам российского законодательства.

В первую очередь следует обратить внимание на общие положения, лежащие в основе международно-правовой охраны объектов промышленной собственности.

Как и любые другие объекты интеллектуальной собственности, объекты промышленной собственности обладают *территориальностью*, т. е. они охраняются только в пределах территории того государства, в котором охрана возникла в установленном законом порядке. Причем территориальный характер промышленной собственности проявляется более жестко, чем в сфере авторского права. Если авторские права возникают в силу самого факта создания произведения, то право на объект промышленной собственности возникает в силу официальной процедуры (регистрации) и получения от уполномоченного государственного органа охранного документа (патента, свидетельства). Такой охранный документ имеет юридическую силу в пределах того государства,

¹ Товарные знаки и знаки обслуживания будут также обозначаться общим термином «знаки».

² Сущность этих объектов, основания и порядок предоставления и прекращения охраны, объем прав правообладателей и защита принадлежащих им прав в пределах России изучаются в курсе гражданского права. В этом курсе основное внимание уделялось рассмотрению норм Патентного закона РФ от 23 сентября 1992 г. в ред. Федерального закона от 7 февраля 2003 г. (далее—Патентный закон), Закона о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров от 23 сентября 1992 г. (далее—ЗоТЗ) и иных нормативных актов РФ.

где он выдан. Иными словами, правовая охрана предоставляется только в той стране, в которой данный объект зарегистрирован¹.

Для того чтобы объект пользовался охраной в другой стране, его следует там зарегистрировать и получить охранное свидетельство.

Территориальный характер порождает дополнительную особенность в трансграничной охране объектов промышленной собственности по сравнению с охраной авторских прав. Например, разработка, запатентованная в государстве *A*, не может быть позднее запатентована в государстве *B* из-за отсутствия новизны; причем не имеет значения, кто собирается запатентовать разработку в государстве *B*— ее создатель или третье лицо. Дело в том, что по внутреннему законодательству большинства государств требуется мировая новизна. Вместе с тем информация о данной разработке может быть свободно получена из официальных публикаций патентного ведомства государства *A*. Как следствие, любое лицо в любом другом государстве может использовать разработку без согласия патентообладателя и без выплаты ему вознаграждения, так как патент одного государства не действует на территории другого, а в другом государстве патент уже не может быть получен из-за утери новизны. Следовательно, для обеспечения охраны сразу в нескольких странах необходимо подать заявки в них практически в один день², что почти нереально. Единственным же приемлемым способом обеспечить охрану за рубежом оказывается участие государства в международных договорах по охране промышленной собственности.

Что касается товарных знаков, то следствием территориальности их охраны является наличие зарегистрированных в разных государствах и разными правообладателями одинаковых или сходных до степени смешения знаков, используемых в отношении аналогичных товаров или услуг. В условиях глобализации и формирования единых региональных и мировых рынков такая ситуация создает значительную угрозу для международного экономического оборота, особенно для экспортно-импортных операций. Ведь лицо, обладающее правом на товарный знак, например, в России, может потребовать запретить любому иностранному

¹ Если же для приобретения прав на объект промышленной собственности необходимо его использование в течение определенного времени, то охрана будет предоставляться на территории государства, в котором он правомерно используется. В некоторых странах охрана объекту промышленной собственности может быть предоставлена только при условии предварительного использования в практике. Например, по законодательству США охраняются только используемые в торговле товарные знаки и знаки обслуживания, причем использование знака должно быть «полноценным», а не преследующим цель лишь получения права на знак (см.: *Barrett M. Intellectual Property (Third Edition)*. Emanuel Publishing Corp. 2000. P. 109).

² Конечно, на практике патентные ведомства различных государств, как правило, не применяют столь жесткий формальный подход во имя развития международного научно-технического и экономического сотрудничества.

лицу ввозить в Россию товары, маркированные аналогичным знаком, прекратить использовать знак каким-либо иным способом в России, возместить убытки, принять иные меры, предусмотренные законодательством для защиты прав владельца товарного знака. При этом не будет играть никакой роли тот факт, что иностранный предприниматель или юридическое лицо имеет право на данный знак в своем государстве и иных странах. Таким образом, страдают интересы добросовестных пользователей знаков и вносятся неуверенность в экономические отношения. В результате основным способом обеспечения охраны прав владельца знака оказывается регистрация знака в каждом государстве, в котором планируется его использование. Однако более эффективное решение проблем, вытекающих из строго территориального характера прав на знаки, — заключение соответствующих международных договоров.

Основным международным договором, посвященным охране прав на объекты промышленной собственности, является *Парижская конвенция по охране промышленной собственности* от 20 марта 1883 г. в редакции Стокгольмского акта 1967 г. (далее — Парижская конвенция). Данный договор является фундаментом всей системы международной охраны промышленной собственности. На 15 июля 2002 г. в ней участвовало 163 государства, в том числе Россия — с 1965 г. (как правопреемник СССР). В соответствии со ст. 1 данной Конвенции создан Союз по охране промышленной собственности (далее — Парижский союз, Союз).

Парижская конвенция не преодолевает территориального характера охраны объектов промышленной собственности, не создает единой системы международной регистрации этих объектов. Более того, она прямо устанавливает *принцип независимости регистрации и охранных документов*, который означает, что права на объект промышленной собственности существуют отдельно и независимо друг от друга в разных государствах мира. Регистрация объекта, отмена регистрации, признание ее недействительной в одном государстве никак не влияют на права в отношении данного объекта в другом государстве. Этот принцип прямо закреплен в п. 1 ст. 4 bis и п. 1 ст. 6 Парижской конвенции для патентов и товарных знаков соответственно. Чтобы права на объект возникли в другом государстве, он должен быть заново зарегистрирован в этом государстве в соответствии с его законодательством.

Однако Конвенция содержит ряд правил, имеющих основополагающее значение для международной охраны любых объектов промышленной собственности.

¹ Основные положения Парижской конвенции инкорпорированы Соглашением ТРИП С (наряду с положениями Бернской конвенции в области охраны авторских и смежных прав). Вместе с тем Соглашение уделяет особое внимание средствам правовой защиты (гражданско-правовым, административным, судебным) любых объектов интеллектуальной собственности, **которые** были рассмотрены в разделе об авторском праве.

Во-первых, в основе международно-правовой охраны объектов промышленной собственности лежит правило, сформулированное в ст. 2 Конвенции, согласно которому граждане и юридические лица стран Союза пользуются на территории любого государства-члена национальным режимом плюс правами, специально предусмотренными Конвенцией. Национальный режим включает также право граждан государства Союза пользоваться теми же законными средствами защиты от всякого посягательства на их права, что и собственные граждане.

Что касается российского законодательства, то ст. 36 Патентного закона и ст. 47 ЗОТЗ предусматривают, что иностранные физические и юридические лица пользуются правами, предусмотренными настоящим законами, наравне с физическими и юридическими лицами Российской Федерации в силу международных договоров Российской Федерации или на основе принципа взаимности. Как известно, взаимность в соответствии с п. 2 ст. 1189 ГК РФ презюмируется. Таким образом, российским законодательством установлен национальный режим для всех иностранных граждан и юридических лиц, а не только для тех, кто принадлежит государствам, с которыми Россия связана международными договорами.

Однако несмотря на то что принцип национального режима закреплен и Парижской конвенцией, и законами РФ, в России продолжают действовать различные размеры пошлин по товарным знакам, взимаемых с заявителей-граждан (и юридических лиц) России и иностранцев, утвержденные постановлением Правительства РФ от 12 августа 1993 г. № 793 с последующими изменениями и дополнениями. Для иностранных лиц размер пошлин существенно выше.

Во-вторых, Конвенция содержит исключительно важные *правила о приоритете* (ст. 4). Основное их содержание состоит в том, что лицо, которое подало заявку на регистрацию объекта в любой из стран Парижского союза, имеет преимущественное право на регистрацию этого же объекта в течение определенных сроков в любой другой стране Союза. При этом датой подачи заявки (и, следовательно, датой регистрации) в другой стране будет считаться не дата фактической подачи заявки в ее национальное ведомство, а дата подачи в первом государстве (дата первой заявки). По дате первой заявки будет определяться и новизна регистрируемого объекта.

Конвенция устанавливает срок конвенционного приоритета для патентов и полезных моделей в 12 месяцев, а для промышленных образцов и товарных знаков — в 6 месяцев со дня, следующего за днем подачи первой правильно оформленной заявки в любой из стран Парижского союза. Под правильно оформленной национальной подачей заявки следует понимать всякую по-

дачу, которой достаточно для установления даты подачи заявки в соответствующей стране, какова бы ни была дальнейшая судьба этой заявки.

Отсчет срока приоритета объектов промышленной собственности, экспонируемых на официальных или официально признанных международных выставках, организованных на территории одной из стран Союза, может начинаться с даты помещения экспоната на выставку (выставочный приоритет). Введение правила о выставочном приоритете зависит от усмотрения национального законодателя (п. 2 ст. 11).

Лицо, желающее получить конвенционный приоритет, обязано выполнить определенные формальные требования. Перечень этих требований установлен в п. D ст. 4 Парижской конвенции. В соответствии с ним всякое лицо, желающее воспользоваться преимуществом приоритета на основании предшествующей заявки, должно подать заявление с указанием даты подачи первой заявки и страны, где она произведена. Страны Союза могут требовать от этого лица представления копии ранее поданной заявки (описаний, чертежей и т. д.). Копия, заверенная учреждением, принявшим первую заявку, не требует никакой легализации. Предоставляется также право требовать, чтобы к ней были приложены справка о дате подачи заявки, выданная этим учреждением, и перевод. Требования о соблюдении каких-либо других формальностей для заявления о приоритете не допускаются.

В соответствии с Патентным законом в ред. 2003 г. (п. 2 ст. 19) заявитель, желающий воспользоваться правом конвенционного или выставочного приоритета¹, обязан заявить об этом при подаче заявки в Патентное ведомство РФ или не позднее 16 месяцев с даты ее подачи в Патентное ведомство государства — участника Парижской конвенции и приложить документы, подтверждающие правомерность такого требования. К таким документам относится копия первой заявки с прилагающимися к ней материалами (описанием и т. д.). Что касается выставочного приоритета, то заявитель должен представить документы, подтверждающие статус выставки как официальной или официально признанной международной, дату открытого показа объекта промышленной собственности на выставке и иные необходимые сведения. Заверяются такие документы администрацией или оргкомитетом соответствующей выставки².

¹Надо помнить о том, что выставочный приоритет — разновидность конвенционного, и поэтому все правила о конвенционном приоритете распространяются и на выставочный.

² См.: *Сергеев Л. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: Проспект, 1999. С. 627.

Конечно, в таком случае возможна коллизия интересов лица, первым подавшего заявку в государстве *A* и желающего воспользоваться правом конвенционного приоритета в государстве *B*, где на момент поступления заявки, по которой истребуется конвенционный приоритет, уже находится в рассмотрении (или уже удовлетворена) заявка на такое же изобретение от другого лица, в том числе и от собственного гражданина, поданная позднее даты первой заявки.

Парижская конвенция (п. В/3 ст. 4) разрешает это противоречие в пользу лица, испрашивающего конвенционный приоритет: последующая подача заявки в одной из прочих стран Союза до истечения конвенционных сроков не может быть признана недействительной на основании действий, совершенных в этот промежуток времени, в частности на основании другой подачи заявки. Соответственно ЗоТЗ в п. 3 ст. 12 предусматривает, что решение экспертизы о регистрации товарного знака может быть пересмотрено в связи с поступлением заявки, пользующейся более ранним приоритетом в соответствии с Парижской конвенцией или иным международным договором. Патентный закон, в свою очередь, указывает, что патент в течение всего срока его действия может быть оспорен и признан недействительным полностью или частично в случае несоответствия охраняемого объекта условиям патентоспособности, установленным этим Законом (п. 1 ст. 29). Новизна же, устанавливаемая на дату приоритета, является обязательным условием патентоспособности. Таким образом, любой объект, заявка на который была подана позднее даты международного приоритета, будет признан неохраноспособным.

Те права, которые приобретены третьими лицами до дня первой • заявки, служащей основанием для права приоритета, сохраняются согласно внутреннему законодательству каждой страны Союза (п. В ст. 4 Парижской конвенции). Данное правило распространяется прежде всего на патенты и свидетельства, выданные ранее даты конвенционного приоритета, а также на право преждепользования (см. ст. 12 Патентного закона).

11.2.2. Международно-правовая охрана прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы

Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г., как рассмотрено выше, не создает единого патента для государств-участников и не унифицирует процедуру получения патентов. Кроме правил о национальном режиме, конвенционном приоритете и независимости патентов в Конвенции содержится и ряд унифицированных материально-правовых норм, относящихся к изобретениям, полезным моделям и промышленным образцам (далее — изобретения), охраняемым, как правило, на основе патентов.

Во-первых, ст. 4 тер устанавливает личное неимущественное право изобретателя быть названным в качестве такового в патенте (право на имя).

Во-вторых, закреплено правило о патентоспособности объектов, ограниченных в обороте на территории государства-участника. В выдаче патента не может быть отказано, и патент не может быть признан недействительным только на основании того, что запатентованный или изготовленный запатентованным способом продукт ограничен в обороте на территории государства-участника (ст. 4 quater)¹.

В-третьих, Конвенция предусматривает право государств-участников принимать меры, необходимые для предотвращения злоупотреблений, могущих возникнуть в результате осуществления исключительного права, предоставляемого патентом, например в случае длительного неиспользования изобретения (п. 2 ст. 5). Под такими мерами в первую очередь понимается выдача третьим лицам принудительных лицензий на использование охраняемого объекта. Однако право на использование принудительных лицензий Конвенция оставляет на усмотрение государства-участника, которое в своем внутреннем законодательстве *может предусмотреть подобные меры*, но при обязательном соблюдении конвенционных правил. Принудительная лицензия не может быть истребована до истечения срока в четыре года с даты подачи заявки на патент или трех лет с даты выдачи патента, причем должен применяться срок, который истекает позднее. В выдаче лицензии должно быть отказано, если патентообладатель докажет, что неиспользование было вызвано уважительными причинами. Выдаваемая принудительная лицензия является неисключительной². Передаваться в форме выдачи сублицензии она не может, кроме как вместе с частью предприятия, на котором данная лицензия используется.

Данное правило обусловлено тем, что использование запатентованного объекта является не только правом, но и обязанностью патентообладателя. В противном случае может создаться ситуа-

¹ На наш взгляд, это положение не должно рассматриваться как противоречащее содержащемуся в Патентном законе правилу о том, что не признаются патентоспособными решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали, так как правило о соблюдении публичного порядка является общепризнанным принципом международного частного права (публичный порядок упоминается в Парижской конвенции лишь в статьях, посвященных охране знаков).

² При неисключительной лицензии лицензиар, предоставляя лицензиату право на использование объекта промышленной собственности, сохраняет за собой все права, подтверждаемые патентом, в том числе на предоставление лицензий третьим лицам. Об отличии исключительной лицензии от неисключительной см. ст. 13 Патентного закона.

ция, когда разработка патентуется исключительно с целью помешать третьим лицам в ее использовании, т. е. имеет место типичное злоупотребление правом¹.

В случае, если выдача принудительной лицензии оказывается недостаточной для пресечения злоупотреблений, национальное законодательство может предусмотреть возможность лишения прав на патент (кроме патента на промышленный образец), но не ранее двух лет с момента выдачи первой принудительной лицензии (п. 3 ст. 5 Конвенции)².

В-четвертых, Парижская конвенция (ст. 5 ter) предусматривает свободное (т. е. без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения) использование запатентованных объектов, если они являются частью транспортных средств. В соответствии с настоящей статьей в каждой из стран Союза не рассматривается как нарушение применение средств, содержащих изобретения, полезные модели, промышленные образцы, защищенные патентами, в конструкции или при эксплуатации транспортных средств (морских, воздушных, наземных и др.) другой страны при условии, что указанные средства временно или случайно находятся на территории такой страны и используются исключительно для нужд транспортного средства³.

Наконец, Парижская конвенция устанавливает правила в отношении ввоза продуктов, изготовленных запатентованным в стране ввоза способом. В таком случае патентообладатель будет иметь все права в отношении ввезенного продукта, которые предоставляются ему внутренним законодательством страны ввоза на основании патента на способ производства в отношении продуктов, произведенных внутри этой страны (ст. 5 quater). Иными словами, действие патента на способ производства распространяется и на продукт, полученный этим способом. Это положение введено для обеспечения возможности патентной охраны способов производства в том случае, если товар, произведенный запатентованным в стране способом, ввозится из-за рубежа (так называемая «косвенная охрана»)⁴.

¹ Патентный закон РФ предусматривает возможность выдачи принудительных лицензий при неиспользовании или недостаточном использовании правообладателем изобретения или промышленного образца в течение четырех лет, а полезной модели — трех лет с даты выдачи патента (п. 4 ст. 10).

² Лишение прав на патент по этому основанию российским законодательством не предусмотрено.

³ Статья 11 Патентного закона предоставляет такую же льготу и лицам стран, не входящих в Парижский союз, на основании взаимности. Разумеется, национальным законодательством могут устанавливаться иные случаи свободного использования изобретений.

⁴ См.: *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: Проспект, 1999. С. 516.

Договор о патентной кооперации от 19 июня 1970 г. (далее — РСТ¹) в редакции 1984 г. имеет 116 участников (по состоянию на 15 июля 2002 г.), в число которых входит и Россия. Условием участия в Договоре является участие в Парижской конвенции.

Договор относится только к охране изобретений и полезных моделей. Промышленные образцы не подпадают под его действие. Выдачу единого патента РСТ не предусматривает, но тем не менее он создал процедуру, применение которой значительно упрощает зарубежное патентование изобретений. Рассмотрим основные положения этой процедуры.

Заявитель, желающий запатентовать изобретение в других государствах-участниках, подает одну заявку в свое национальное ведомство (или межправительственную организацию) с указанием всех государств, в которых он желал бы получить патенты. Если в отношении какого-либо государства можно испрашивать региональный патент, то заявитель может указать региональный патент в заявке. Такая заявка называется международной. Требования к оформлению международной заявки установлены ст. 3–8 РСТ, а также Инструкцией к Договору. В частности, заявка должна содержать заявление о выдаче патентов, описание изобретения, один или несколько пунктов формулы изобретения, чертежи (если это необходимо) и аннотацию (реферат). Датой подачи международной заявки является дата ее получения национальным ведомством (международной организацией) либо дата получения исправлений к заявке, если они были необходимы.

Правовые последствия подачи международной заявки заключаются в том, что *любая правильно оформленная международная заявка с установленной датой международной подачи имеет силу правильно оформленной национальной заявки в каждом указанном в ней государстве* (п. 3 ст. 11). Таким образом, заявитель вместо подачи отдельных заявок в каждом государстве, в котором он желает осуществить патентование, причем с соблюдением множества национальных процедур (что очень сложно), может подать одну международную заявку с соблюдением требований РСТ.

После подачи один экземпляр международной заявки хранится в получающем ее ведомстве, один направляется в Международное бюро ВОИС для регистрации и один — в международный поисковый орган для проведения по заявке международного поиска (получающее ведомство может одновременно обладать правом проведения международного поиска, как, например, Патентное ведомство РФ)². Поиск проводится с целью выявления уровня

¹ Общепринятая аббревиатура от англ. «Patent Cooperation Treaty».

² Право проведения международного поиска принадлежит ведомствам Австралии, Австрии, Китая, Японии, Кореи, России, Испании, Швеции, США и Европейскому патентному ведомству.

техники (ст. 15 РСТ). Выявление уровня техники необходимо для того, чтобы определить, соответствует ли изобретение таким критериям патентоспособности, как новизна и изобретательский уровень. По итогам проведенного поиска составляется отчет, направляемый заявителю и Международному бюро ВОИС (ст. 18). На основании отчета заявитель оценивает возможность получения патентов на свое изобретение¹. Например, если в ходе поиска установлено, что данное изобретение уже известно из уровня техники, может оказаться разумным отозвать заявку, чтобы избежать дальнейших расходов на уплату пошлин. Заявитель может также внести изменения в формулу изобретения либо оставить ее без изменений.

Если заявитель не отозвал заявку, она вместе с отчетом о поиске рассылается в каждое из ведомств государств (международных организаций), указанных в заявке (ст. 20). Кроме того, каждая неизъятая международная заявка публикуется Международным бюро по истечении 18 месяцев с даты приоритета этой заявки. Правовые последствия международной публикации международной заявки в государствах, в ней указанных, будут такими же, как последствия национальной публикации.

После получения заявки указанные ведомства проводят по ней экспертизу и выносят решение о выдаче патента или об отказе в его выдаче на основании национального законодательства. При этом национальные законодательства не могут предъявлять иных или дополнительных требований к форме или содержанию международной заявки, кроме тех, которые предусмотрены Договором и Инструкцией к нему, за исключением некоторых случаев, указанных в пп. 2 и 3 ст. 27. Впрочем, данное правило РСТ относится только к требованиям о форме и содержании заявок. Иные требования (относительно критериев патентоспособности, уровня техники и т. д.) устанавливаются правом договаривающихся государств. Разумеется, заявитель может просить о применении к форме и содержанию заявки национального законодательства, если его положения более благоприятны (п. 4 ст. 27).

Кроме международного поиска по просьбе заявителя проводится и международная предварительная экспертиза по международной заявке (гл. II РСТ). Сама по себе такая экспертиза необязательна и без просьбы заявителя не проводится. Ее целью является составление предварительного и необязывающего заключения о том, представляется ли заявленное изобретение новым, соответствует ли оно изобретательскому уровню и может ли быть промышленно применимым, т. е. установление критериев патен-

¹ Сам по себе отчет о поиске не содержит каких-либо выводов о патентоспособности изобретения, а лишь описывает уровень техники.

тоспособности (п. 1 ст. 33)¹. Заключение такой экспертизы не содержит никаких утверждений о патентоспособности или непатентоспособности согласно какому-либо национальному законодательству. В заключении утверждается по каждому пункту формулы, представляется ли он удовлетворяющим критериям новизны, изобретательского уровня (неочевидности) и промышленной применимости (ст. 35). Выводы международной экспертизы не определяют выводы экспертиз, проводимых национальными (региональными) ведомствами, и служат тому, чтобы заявитель мог более точно оценить перспективы зарубежного патентования. Однако некоторые развивающиеся страны придают актам международной экспертизы обязательную силу.

Что касается патентования в зарубежных странах изобретений, полезных моделей, созданных в Российской Федерации, то оно осуществляется не ранее чем через 6 месяцев после подачи заявки в Патентное ведомство. Патентное ведомство может разрешить зарубежное патентование и ранее указанного срока (ст. 35 Патентного закона в ред. 2003 г.).

Евразийская патентная конвенция от 9 сентября 1994 г. заключена между государствами — членами СНГ и имеет 10 участников, в том числе РФ. Условием участия в Конвенции является членство в ООН и участие в Парижской конвенции и Договоре о патентной кооперации. В отличие от Парижской конвенции и РСТ Евразийская конвенция представляет собой региональный договор о выдаче единого патента (только на изобретения).

Выдаваемый в соответствии с Конвенцией патент именуется евразийским патентом. Он является именно международным, а не национальным. Это означает, что его правовой режим (в том числе процедура получения, объем охраны, права и обязанности патентообладателей и т. д.) определяется не национальным законодательством, а положениями Евразийской конвенции и Патентной инструкции к ней (утверждена Административным советом Евразийской патентной организации 1 декабря 1995 г.).

Основные положения Конвенции. В соответствии со ст. 2 учреждена Евразийская патентная организация, цель которой — выполнение административных задач, связанных с функционированием Евразийской патентной системы и выдачей Евразийских патентов. Важнейшее подразделение организации — Евразийское патентное ведомство (г. Москва).

Конвенция и Инструкция к ней содержат материальные нормы права, регулирующие правовой режим евразийского патента (ч. III Конвенции, гл. II Инструкции). В частности, установлены

¹ Упоминание этих критериев патентоспособности в РСТ не лишает государства права вводить во внутреннем законодательстве дополнительные или иные критерии.

условия патентоспособности (новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость), правило относительно приоритета (он определяется в соответствии с Парижской конвенцией), срок действия патента (20 лет) и т. д.

Подробнее следует остановиться на рассмотрении процедуры получения евразийского патента (ст. 15 Конвенции). Правом на евразийский патент обладает изобретатель или его правопреемник, вне зависимости от того, является ли он гражданином государства-участника. В отношении служебных изобретений право на патент определяется в соответствии с законодательством государства, в котором служащий имеет основное место службы. Если государство, в котором служащий имеет основное место службы, не может быть определено, применяется законодательство того государства, в котором работодатель занимается предпринимательской деятельностью, с которой связан служащий.

Евразийская заявка подается либо через национальное ведомство договаривающегося государства, либо непосредственно в Евразийское ведомство. Требования к форме заявки и отдельных ее элементов установлены Инструкцией.

Евразийское ведомство проверяет соответствие поступившей евразийской заявки формальным требованиям Конвенции и Патентной инструкции и проводит поиск по этой заявке. По результатам поиска составляется отчет о поиске, высылаемый заявителю. Заявка вместе с отчетом публикуется по истечении 18 месяцев с даты ее подачи или, если испрашен приоритет, — с даты приоритета. В течение 6 месяцев с даты публикации отчета о поиске заявитель может подать ходатайство о проведении экспертизы заявки по существу. По результатам такой экспертизы коллегией экспертов Евразийского ведомства принимается решение о выдаче или об отказе в выдаче евразийского патента. При несогласии с решением об отказе в выдаче патента заявитель может в 3-месячный срок с даты получения уведомления об этом подать Евразийскому ведомству возражение, которое должно быть рассмотрено вновь сформированной коллегией экспертов. За подачу заявки, поиск, публикацию, проведение экспертизы по существу и другие процедурные действия в пользу Евразийского ведомства взимаются пошлины, размер которых установлен Положением о пошлинах Евразийской патентной организации.

Отказ в выдаче Евразийского патента не препятствует заявителям в получении патентов по национальной процедуре. В частности, до истечения 6 месяцев с даты получения уведомления об отказе в выдаче евразийского патента заявитель может подать в Евразийское ведомство ходатайство с указанием договаривающихся государств, в которых он хочет получить патент по национальной процедуре (п. 1 ст. 16). При этом в каждом указанном таким образом государстве евразийская заявка, которая является

предметом такого ходатайства, считается правильно оформленной национальной заявкой, поданной в национальное ведомство с той же датой подачи и, если таковая имеется, датой приоритета, что и евразийская заявка (п. 2 ст. 16).

Евразийский патент может быть получен и по процедуре РСТ, так как он является региональным патентом, подпадающим под действие этого Договора.

Существуют и другие международные договоры, предусматривающие аналогичные процедуры о выдаче региональных патентов, в частности Мюнхенская конвенция о выдаче европейских патентов 1973 г. (выдачу осуществляет Европейское патентное ведомство в г. Мюнхене¹), Соглашение о создании Африканской организации интеллектуальной собственности 1977 г. и др.

Международная регистрация промышленных образцов осуществляется в соответствии с *Женевским актом Гаагского соглашения о международной регистрации промышленных образцов* от 2 июля 1999 г.² Участником Женевского акта может стать любое государство—участник ВОИС и любая международная организация, имеющая ведомство, в котором может быть получена охрана на промышленные образцы.

Международную регистрацию в соответствии с Женевским актом осуществляет Международное бюро ВОИС. Правом на подачу заявки обладают: граждане государств-участников; граждане государств—членов международных организаций, участвующих в Женевском акте; лица, имеющие постоянное или Обычное местожительство на территории договаривающейся стороны или имеющие на этой территории действительное и нефиктивное промышленное или торговое предприятие (ст. 3). Заявка может быть подана по выбору заявителя либо непосредственно в Международное бюро, либо через национальное ведомство государства-участника, которому принадлежит заявитель (п. 1-а ст. 4). Требования к форме и содержанию заявки установлены ст. 5 Женевского акта и Инструкцией к нему. В частности, в ней должны быть указаны договаривающиеся стороны, в которых заявитель желает получить охрану.

Международная заявка может содержать заявление о приоритете одной или нескольких предшествующих заявок, поданных в любой стране—участнике Парижской конвенции или стране—члене Всемирной торговой организации, либо в отношении

¹ Российские заявители могут обращаться в Европейское патентное ведомство по процедуре РСТ.

² Первая редакция Соглашения была принята 6 ноября 1925 г. На 15 июля 2002 г. Женевский акт подписали 29 государств (в том числе РФ), ратифицировали или присоединились 6. Россия подписала только Акт 1999 г., в более ранних редакциях Соглашения она не участвует.

такой страны. Международный приоритет по такой заявке регулируется правилами ст. 4 Парижской конвенции.

По поданной международной заявке Международное бюро проводит экспертизу на предмет соответствия заявки требованиям Женевского акта и Инструкции. В случае выявления несоответствий заявителю предлагается внести необходимые* исправления в заявку в течение 3-месячного срока. Если Международное бюро считает, что заявка соответствует применимым к ней требованиям, оно регистрирует промышленный образец в Международном реестре, направляет свидетельство владельцу и производит публикацию сведений о международной регистрации. Датой такой регистрации считается дата подачи международной заявки или исправлений к ней.

Международная регистрация в каждом из указанных в заявке государств-участников имеет такое же действие, что и предоставление охраны на промышленный образец в соответствии с национальным законодательством (п. 2-а ст. 14). Срок охраны промышленного образца, прошедшего международную регистрацию, составляет пять лет с даты регистрации. Он может продлеваться на дополнительные периоды по пять лет при условии уплаты пошлин. Общий срок охраны составляет 15 лет, кроме случаев, когда национальное законодательство предусматривает более длительный срок (ст. 17).

Так как экспертизы по существу Международное бюро не проводит (т. е. им не устанавливается соответствие промышленного образца критериям патентоспособности в каждой из стран-участниц) и единого правового режима для промышленных образцов Женевский акт не устанавливает, то право принимать решение об отказе в предоставлении охраны на территории государства-участника принадлежит его национальному ведомству. Оно может полностью или частично отказать в признании действия любой международной регистрации на территории данного государства в том случае, если не соблюдены предусмотренные национальным законодательством условия предоставления охраны (например, права на аналогичный образец в этом государстве уже принадлежат другому лицу). Однако по формальным основаниям (несоответствие формы или содержания международной заявки требованиям национально-го закона) такой отказ не допускается (п. 1 ст. 12).

Об имевшем место отказе национальное ведомство уведомляет Международное бюро с указанием мотивов. Бюро сообщает об этом правообладателю, который имеет право на те же средства защиты, как если бы он подал заявку на данный промышленный образец в соответствии с национальным законодательством. Такие средства защиты, по крайней мере, должны включать возможность повторного рассмотрения или пересмотра решения об отказе или его обжалования (пп. 2 и 3 ст. 12).

Договор о патентном праве от 1 июня 2000 г. направлен на унификацию¹ патентного законодательства государств-участников, особенно в части процедур и формальных требований, предъявляемых при подаче заявки на патент. Делается это путем установления минимальных стандартов, которым должно соответствовать законодательство договаривающихся государств. При этом допускается установление правил, являющихся более благоприятными для заявителей и патентообладателей по сравнению с теми, которые предусмотрены Договором. Таким образом, заявитель или патентообладатель может быть уверен, что законодательство государства-участника либо соответствует положениям Договора, либо предусматривает меньше требований и является, следовательно, более благоприятным. Россия в Договоре о патентном праве не участвует.

11.2.3. Международно-правовая охрана прав средств индивидуализации

Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. содержит ряд специальных положений об охране прав на товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования, называемые средствами индивидуализации участников гражданского оборота, товаров, работ, услуг и положений о недобросовестной конкуренции.

Прежде всего Конвенция закрепляет *правило об охране общеизвестных товарных знаков без специальной регистрации*. В соответствии со ст. 6 bis государства-участники обязуются отклонять или признавать недействительной регистрацию и запрещать применение товарного знака, представляющего собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способные вызвать смешение со знаком, который, по определению компетентного органа страны регистрации или страны применения, является в этой стране общеизвестным и используется для идентичных или подобных продуктов. Данное правило нашло отражение и в п. 1 ст. 7 ЗоТЗ, в котором говорится о товарных знаках, охраняемых без регистрации в силу международных договоров РФ (к числу охраняемых без регистрации знаков в России относятся как общеизвестные знаки, так и знаки, прошедшие международную регистрацию). Правила признания товарного знака общеизвестным в Российской Федерации утверждены Приказом Роспатента от 17 марта 2000 г. № 38.

Парижская конвенция закрепляет *перечень оснований, по которым может быть отказано в регистрации знака либо регистрация знака может быть признана недействительной* (ст. 6 ter и п. В ст. 6 quinquies). Отказ допускается в случаях:

¹ Многие положения договора осуществляют скорее гармонизацию, нежели унификацию национальных законодательств.

1) если в качестве знака или его элемента регистрируются без разрешения компетентных властей гербы, флаги и другие государственные эмблемы стран Союза, введенные ими официальные знаки и клейма контроля и гарантии, а также всякое подражание этому с точки зрения геральдики;

2) если знаки могут затронуть права, приобретенные третьими лицами в стране, где испрашивается охрана;

3) если знаки лишены каких-либо отличительных признаков или составлены исключительно из знаков или указаний, могущих служить в торговле для обозначения вида, качества, количества, назначения, стоимости, места происхождения продуктов или времени их изготовления либо ставших общепринятыми в обиходном языке или в добросовестных и устоявшихся торговых обычаях страны, где испрашивается охрана;

4) если знаки противоречат морали или публичному порядку и в особенности если они могут ввести в заблуждение общественность. Знак не может рассматриваться как противоречащий публичному порядку по той единственной причине, что он не соответствует какому-либо положению законодательства о знаках, за исключением случая, когда само это положение касается публичного порядка;

5) если использование знака представляет собой акт недобросовестной конкуренции.

Данный перечень является закрытым. Ни по каким иным основаниям национальные ведомства не имеют права отказывать в регистрации знака или признавать его регистрацию недействительной.

Наконец, Парижская конвенция содержит ряд унифицированных материально-правовых норм, к которым относятся: некоторые правила о передаче знаков (ст. 6 *quarter*); обязанность стран Союза охранять знаки обслуживания (ст. 6 *sexies*)¹ и коллективные знаки (ст. 7 *bis*); положения о льготном сроке для уплаты пошлин за сохранение прав (ст. 5 *bis*); последствия регистрации знака агентом или представителем владельца знака без разрешения последнего (ст. 6 *septies*); запрет ссылаться на характер маркируемого знаком продукта как на основание для отказа в регистрации знака (ст. 7); обязанность предоставлять временную охрану на официальных или официально признанных международных выставках (ст. 11).

Что касается *фирменных наименований*, то Парижская конвенция предусматривает их охрану во всех странах Союза без обяза-

¹ Российское законодательство полностью приравнивает знаки обслуживания к товарным знакам. Лицо, желающее зарегистрировать в России знак обслуживания, может ссылаться на правила о конвенционном и выставочном приоритете, а также на приоритет по дате международной регистрации знака.

тельной подачи заявки или регистрации (ст. 8). Таким образом, Парижская конвенция придает праву на фирменное наименование экстерриториальный характер. Вместе с тем п. 4 ст. 54 ГК РФ предусматривает, что юридическое лицо имеет исключительное право на использование фирменного наименования, только если оно зарегистрировано в установленном законом порядке. Едва ли эту норму ГК можно рассматривать как противоречащую ст. 8 Конвенции¹. Как было рассмотрено в разд. 2.1 настоящей главы, Парижская конвенция предусматривает охрану прав на объекты промышленной собственности только граждан (юридических лиц) стран Союза на территории любой другой страны Союза (национальный режим плюс права, закрепленные в Конвенции). Если за охраной права на фирменное наименование обращается лицо, не относящееся к участвующему государству, то будут применимы нормы российского гражданского права. Точно так же в пределах юрисдикции Российской Федерации российские правообладатели охраняются по российскому праву.

Следует подчеркнуть, что определения фирменного наименования Парижская конвенция не содержит. Следовательно, такое определение дается национальным законодательством государств-участников. В результате может возникать конфликт квалификаций при установлении того, нарушено ли исключительное право на фирменное наименование. Для иллюстрации возьмем один пример из судебной практики. В Арбитражный суд г. Москвы обратилось ООО «Квелле Акциенгезельшафт» с иском к ООО «Торговая фирма Тандем — Ю» и ООО «ВНПФ Галс» о прекращении незаконного использования фирменного наименования и товарного знака в виде доменного наименования «quelle.ru». Суд отказал в иске о прекращении незаконного использования фирменного наименования, так как в доменном имени не содержалось указание на организационно-правовую форму юридического лица (в соответствии со ст. 54 ГК РФ фирменное наименование обязательно должно содержать это указание). Впрочем, исковые требования о прекращении незаконного использования товарного знака «Quelle» в Интернете любым способом, в том числе в виде доменного наименования «quelle.ru», судом были удовлетворены².

Наконец, Конвенция предусматривает ряд *мер защиты прав на средства индивидуализации*. Во-первых, на любой продукт, незаконно снабженный товарным знаком или фирменным наименованием, должен налагаться арест при ввозе в те страны Союза, в которых этот знак или фирменное наименование имеют право

¹ См., например: *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: Проспект, 1999. С. 583-584.

² См.: *Петровский С.* Исключительное право на доменное имя // Интеллектуальная собственность. 2001. № 5.

на законную охрану. Равным образом арест налагается в стране, где была осуществлена незаконная маркировка, или в странах, куда был ввезен продукт. Арест также налагается на продукты, снабженные ложным указанием о происхождении продукта¹ либо о личности изготовителя. Процедура наложения ареста регулируется внутренним законодательством стран-участниц и применяется по требованию прокуратуры или иного компетентного органа, или заинтересованной стороны — физического либо юридического лица. В том случае, если законодательство страны не допускает наложения ареста при ввозе, арест заменяется запрещением ввоза или арестом внутри страны. В случае провоза продуктов транзитом органы власти не обязаны налагать арест (ст. 9 и 10).

Во-вторых, Парижская конвенция содержит исключительно важные *правила об обеспечении эффективной защиты граждан стран Союза от недобросовестной конкуренции*. В соответствии со ст. 10 bis актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах.

В частности, подлежат запрету:

- 1) все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента;
- 2) ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента;

¹ От наименований мест происхождения товаров (appellations of origin) необходимо отличать указание происхождения товаров (indications of goods).

Под наименованием места происхождения понимается «название страны, населенного пункта, местности или другого географического объекта, используемое для обозначения товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями или людскими факторами либо природными условиями и людскими факторами одновременно (ст. 30 ЗоТЗ). Практически идентичное определение дано и в ст. 2 Лиссабонского соглашения об охране наименований мест происхождения товаров и их международной регистрации. Таким образом, наименование места происхождения указывает не только и не столько на место, где товар произведен, сколько на наличие у товара особых свойств, обусловленных местом его производства.

Происхождение товаров просто указывает на местность (страну), в которой был произведен товар, но не означает, что товар обладает какими-либо особыми качественными характеристиками (см. п. 1 ст. 1 Мадридского соглашения о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указаний происхождения на товарах от 14 апреля 1891 г.). Обязательной регистрации оно не подлежит. Впрочем, указание происхождения также может существенно влиять на репутацию самого товара и товаропроизводителя. Например, ни у кого не вызывает сомнений, что сделанная в Японии микросхема значительно качественнее китайской. Вместе с тем каждое наименование места происхождения может рассматриваться одновременно и как указание происхождения.

3) указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров¹.

Наконец, устанавливается обязанность государств-участников обеспечить гражданам других стран Союза правовые средства для эффективного пресечения вышеупомянутых нарушений (п. 1 ст. 10 тер).

Несмотря на свое исключительное значение, Парижская конвенция не соответствует в полной мере потребностям международного коммерческого оборота. Она не устраняет основного препятствия на пути получения владельцами средств индивидуализации широкой международной охраны своих прав. Дело в том, что владельцы знаков и пользователи наименований мест происхождения товаров для получения охраны все равно вынуждены регистрировать указанные объекты в каждой стране Союза отдельно. Таким образом, участники хозяйственного оборота вынуждены подавать заявки в каждой стране Парижского союза в соответствии с различными процедурами, определяемыми их национальными законодательствами, что очень неудобно и дорого.

В результате возникла необходимость создания системы международной регистрации, при которой подача одной международной заявки, рассматриваемой по единой процедуре, приводила бы к предоставлению охраны соответствующему знаку или наименованию сразу в нескольких государствах. Такая система позволяет в значительной мере преодолеть территориальный характер прав на средства индивидуализации.

В настоящее время существует три универсальных международных договора, создающих систему международной регистрации товарных знаков и знаков обслуживания. К ним относятся: Мадридское соглашение о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 г. в редакции Стокгольмского акта 1967 г. (далее—Мадридское соглашение); Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков от 28 июня 1989 г. (далее —Мадридский протокол); Договор о регистрации товарных знаков (ТКТ) от 12 июня 1973 г.

Мадридское соглашение учреждает Специальный союз по международной регистрации знаков (далее — Мадридский союз). На 15 июля 2002 г. в нем участвовало 52 государства, Россия в том числе.

¹ В России меры по борьбе с недобросовестной конкуренцией определяются Законом РФ о конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках от 22 марта 1991 г. с последующими изменениями и законодательством об охране интеллектуальной собственности.

В соответствии с п. 1 ст. 1 Соглашения граждане и юридические лица стран-участниц могут обеспечить во всех других странах-участницах охрану¹ своих знаков, уже зарегистрированных в стране происхождения, путем подачи заявок на указанные знаки в Международное бюро ВОИС. Заявки подаются не напрямую, а через ведомство страны происхождения. Страной происхождения считается страна Мадридского союза, где заявитель имеет действительное, а не фиктивное промышленное или торговое предприятие; если он не имеет такого предприятия в стране Союза — страна Союза, где он имеет местожительство; если он не имеет местожительства в стране Союза — страна его гражданства, если он является гражданином страны Союза (п. 2 ст. 1).

Требования к форме заявки на международную регистрацию установлены Общей инструкцией, прилагающейся к Соглашению (последняя редакция Инструкции действует с 1 января 1998 г.).

Датой регистрации считается дата подачи заявки на международную регистрацию в стране происхождения при условии, что Международное бюро получило заявку в течение двух месяцев, считая с этой даты подачи. Если заявка не была получена в указанный срок, Международное бюро регистрирует заявку по дате ее фактического получения. О каждой регистрации Международное бюро незамедлительно сообщает ведомствам стран-участниц. Зарегистрированные знаки публикуются в периодическом журнале, издаваемом Международным бюро (п. 4 ст. 3). Дата международной регистрации может использоваться для отсчета сроков конвенционного приоритета в соответствии со ст. 4 Парижской конвенции (п. 2 ст. 4), причем соблюдение установленных п. D ст. 4 Парижской конвенции формальностей не является в таком случае обязательным для лиц, желающих воспользоваться конвенционным приоритетом.

Охрана в соответствии с Соглашением распространяется автоматически на территории всех государств-участников, кроме тех, которые сделали специальное заявление о территориальном ограничении в соответствии со ст. 3 bis Соглашения. На них охрана распространяется только в случае, если владелец знака при его регистрации специально указал в заявке страны, сделавшей такое заявление (ст. 3 ter).

Национальные ведомства государств-участников могут отказать в предоставлении на своей территории охраны знаку, прошедшему международную регистрацию, но только в тех случаях, когда такой отказ допускается Парижской конвенцией в отношении знаков, заявленных для национальной регистрации (ст. 5),

¹ С даты международной регистрации в каждой договаривающейся стране «знаку предоставляется такая охрана, как если бы он был заявлен там непосредственно» (п. 1 ст. 4).

например если данный знак уже зарегистрирован в этом государстве другим лицом и имеет более раннюю дату приоритета, нежели знак, прошедший международную регистрацию. О таком отказе национальное ведомство должно уведомить Международное бюро с указанием мотивов в срок не позднее одного года с даты международной регистрации. Бюро, в свою очередь, пересылает один из экземпляров такого уведомления заявителю, которому предоставляются такие же возможности оспорить отказ в предоставлении охраны, как если бы знак был заявлен в соответствующей стране непосредственно.

Международная регистрация рассматривается как заменяющая предшествующие национальные регистрации того же знака на имя того же владельца или его правопреемника без ущерба для прав, возникших ранее на основании национальных регистраций (ст. 4 bis).

Срок действия международной регистрации составляет 20 лет с момента подачи заявки и может быть продлен каждый раз на 20 лет при условии уплаты необходимых пошлин (ст. 6 и 7 Соглашения). Следует обратить внимание на п. 3 ст. 6, в соответствии с которым «охрана, возникающая вследствие международной регистрации знака... не может уже испрашиваться... если в течение пяти лет с даты международной регистрации национальный знак, ранее зарегистрированный в стране происхождения... уже не пользуется полностью или частично правовой охраной в данной стране. Это положение касается также случая, когда такая правовая охрана прекращается впоследствии в результате рассмотрения судебного иска, поданного до истечения пятилетнего срока». Таким образом, в течение первых пяти лет своего действия международная регистрация зависима от национальной. Если охрана знака в стране происхождения по какой-либо причине прекратилась, автоматически прекращается и возникшая на основе международной регистрации охрана в других странах. По истечении же срока в пять лет с даты международной регистрации такая регистрация становится независимой от национального знака (п. 2 ст. 6 Соглашения).

*Мадридский протокол 1989 г.*¹ является самостоятельным международным договором, а не актом, вносящим изменения и дополнения в Мадридское соглашение (как можно подумать, если исходить из его названия). В соответствии со ст. 9 *sexies* Протокола в том случае, если государство одновременно участвует и в Соглашении, и в Протоколе, «положения настоящего Протокола не будут действовать на территории любого другого государства, которое также одновременно является участником настоящего Протокола и Мадридского соглашения». Таким образом, го-

¹ На 15 июля 2002 г. в Протоколе участвовало 56 государств, в том числе РФ.

сударство может участвовать в Соглашении либо в Протоколе, либо в обоих указанных актах.

Главное отличие Протокола от Соглашения заключается в том, что в соответствии со ст. 3 bis Протокола охрана, возникающая в результате международной регистрации, распространяется на конкретное государство только по заявлению лица, подающего международную заявку, или владельца международной регистрации. В соответствии же с Мадридским соглашением охрана предоставляется во всех государствах-участниках автоматически, кроме стран, которые сделали специальное заявление о территориальном ограничении в соответствии со ст. 3 bis Соглашения. Следующим отличием является то, что Протокол устанавливает меньший по сравнению с Соглашением срок охраны знака, прошедшего международную регистрацию. Этот срок составляет 10 лет с возможностью продления каждый раз на 10 лет (ст. 6 и 7 Протокола).

Наконец, для допуска государства к участию в Соглашении не является обязательным его участие в Парижской конвенции. К участию же в Протоколе может быть допущено только государство, уже участвующее в Парижской конвенции (ст. 14 Соглашения и Протокола). Иных существенных различий Соглашение и Протокол не содержат. Процедурные правила, применяемые в ходе международной регистрации знаков, устанавливаются Общей инструкцией к Мадридскому соглашению и Протоколу от 1 января 1998 г.

Договор о регистрации товарных знаков (ТКТ) от 12 июня 1973 г. (Россия участвует). Данный Договор также посвящен международной регистрации знаков. Создаваемая им система охраны в целом сходна с системой, созданной Мадридским соглашением и Мадридским протоколом. Регистрирующим органом также является Международное бюро ВОИС.

Что касается охраны наименований мест происхождения товаров и указаний происхождения товаров, то она осуществляется соответственно Лиссабонским соглашением об охране наименований мест происхождения товаров и их международной регистрации от 31 октября 1958 г. в редакции Стокгольмского акта 1967 г. и Мадридским соглашением о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указаний происхождения на товарах от 14 апреля 1891 г. Россия в этих договорах не участвует.

Лиссабонское соглашение 1958 г. устанавливает систему международной регистрации наименований мест происхождения товаров, сходную с системой, созданной Мадридским соглашением и Протоколом для товарных знаков. Органом, осуществляющим международную регистрацию, является Международное бюро ВОИС.

Мадридское соглашение о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указаний происхождения предусматривает обязанность

договаривающихся государств налагать при ввозе арест на всякое изделие, снабженное ложным или неправильным обозначением, прямо или косвенно указывающим в качестве страны или места происхождения этого изделия какую-либо из стран-участниц или место, расположенное в какой-либо из этих стран. Арест на такой товар должен налагаться и в стране, где было нанесено ложное или неправильное обозначение его происхождения. Если внутреннее законодательство не допускает ареста при ввозе, такой арест заменяется запрещением ввоза. Арест товаров производится администрацией таможни. Таким образом, данное Соглашение устанавливает не частноправовую, а публично-правовую охрану указанных мест происхождения товаров. Это, вероятно, наилучший подход с учетом отличия наименований мест происхождения от указаний происхождения товаров (см. выше).

Договор о законах по товарным знакам от 27 октября 1994 г. Подход, на котором основан Договор, очень схож с подходом, лежащим в основе Договора о патентном праве (см. выше). Всего в договоре на 15 июля 2002 г. участвовало 28 государств, в том числе Россия.

Трансграничная охрана знаков дополнительно осложняется тем, что они создаются для маркировки не всех товаров, услуг, а, как правило, для каких-либо видов, групп или классов, по принятой в сфере промышленной собственности терминологии. Отсюда возникает определенная *специализация* знаков, проявляющаяся в том, что знак регистрируется для товаров или услуг определенного класса или нескольких классов. Классы товаров и услуг, для которых испрашивается регистрация знака, указываются заявителем в заявке на регистрацию. Таким образом, права на идентичные знаки (или знаки, сходные до степени смешения) могут принадлежать даже в пределах одного государства разным правообладателям при условии, что знак используется ими в отношении неоднородных товаров или услуг. Положение осложняется еще и тем, что в пределах разных национальных юрисдикции разграничение товаров, услуг по классам может серьезно различаться. Международная унификация классификации товаров, услуг является важной предпосылкой эффективной охраны знаков в трансграничной среде.

Подобная унификация предпринята Ницким соглашением о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков от 15 июня 1957 г. Оно утвердило Международную классификацию товаров и услуг (далее — МКТУ). Классификация состоит из перечня классов товаров и услуг (34 класса для товаров и 8 классов для услуг), а также алфавитного перечня товаров и услуг с указанием класса, к которому отнесен каждый товар или услуга. На основе классификации осуществляется международная регистрация в соответствии с международными договора-

ми. Например, Общая инструкция к Мадридскому соглашению среди требований, устанавливаемых к форме заявки на международную регистрацию, включила требование указания заявителем классов товаров и услуг, для которых испрашивается охрана знака, в соответствии с МКТУ.

На основе МКТУ осуществляется и национальная регистрация в ведомствах государств-участников. Например, в России заявка на регистрацию знака должна содержать перечень товаров, для которых испрашивается регистрация знака, сгруппированных по классам МКТУ.

11.2.4. Международно-правовая охрана прав на средства индивидуализации в сети Интернет

Источником практически всех проблем, возникающих в сфере охраны прав на средства индивидуализации в сети Интернет, является ряд противоречий между глобальной природой Сети и «традиционными», утвердившимися в международных договорах и национальном законодательстве принципами охраны интеллектуальной собственности. К таковым относятся: принцип территориальности, принцип независимости регистрации и принцип специализации охраны (см. выше).

Следствием существования указанных принципов является наличие множества правообладателей в отношении одного и того же знака, в том числе и в разных государствах. Лишь очень небольшое количество знаков может претендовать на получение охраны во всех или почти во всех государствах мира (на основании общеизвестности или регистрации в каждом из государств). Подавляющее большинство знаков пользуется охраной лишь в одном или нескольких государствах и никак не охраняется в остальных.

Интернет же имеет глобальный характер, который сложно примирить с территориальным и независимым характером исключительных прав. В Интернете нет национальных границ, следовательно, использование знака в Сети может иметь последствия во всех государствах. В результате значительно увеличивается число и усиливается острота конфликтов между находящимися в разных государствах лицами, добросовестно использующими один и тот же знак. Возрастает опасность смешения товаров и услуг одних производителей с товарами и услугами других и, как следствие, опасность введения покупателей в заблуждение. Появилось и принципиально новое средство индивидуализации участников хозяйственного оборота — доменное наименование.

Хотя не вызывает сомнений то, что средство индивидуализации, используемое в Интернете, подлежит правовой охране на общих основаниях, в существующих международных договорах не содержится специальных положений об охране прав в цифровых

сетях, подобных положениям договоров ВОИС по авторскому праву и по исполнениям и фонограммам. В международные договоры по охране промышленной собственности включено лишь небольшое количество норм, которые могут применяться для целей охраны прав на средства индивидуализации в сети Интернет.

Во-первых, общеизвестные товарные знаки охраняются без обязательной регистрации. Таким образом, частично преодолевается территориальный характер прав на общеизвестные знаки. Однако знак в любом случае должен быть общеизвестным в стране применения.

Очень важным представляется положение п. 3 ст. 16 Соглашения ТРИПС о том, что «статья 6 bis Парижской конвенции будет применяться с необходимыми изменениями к товарам и услугам, которые не являются идентичными или подобными тем, для которых товарный знак зарегистрирован, при условии, что использование товарного знака в отношении этих товаров или услуг может продемонстрировать связь между этими товарами и услугами и обладателем прав на зарегистрированный товарный знак и если интересы обладателя зарегистрированного знака не могут пострадать в результате такого использования». Иными словами, п. 3 ст. 16 отменяет принцип специализации в отношении общеизвестных товарных знаков в тех случаях, когда возможно введение потребителя в заблуждение относительно того, кто является производителем товара (услуги), если в результате правообладателю может быть причинен ущерб. Данное положение может существенно облегчить охрану общеизвестных знаков в Интернете, особенно в случае их использования в качестве доменных наименований (когда специализация зачастую невозможна, так как может существовать только одно доменное наименование с определенным именем, например www.kodak.com, вне зависимости от того, сколько лиц имеют права на товарный знак Kodak).

Во-вторых, еще одним значимым положением является предоставление правообладателям права на эффективную защиту от недобросовестной конкуренции (ст. 10 bis Парижской конвенции). Правило о запрете недобросовестной конкуренции представляется важным потому, что дает правообладателю дополнительное средство защиты от недобросовестного использования принадлежащего ему знака в Интернете. Если суд, например, откажет в иске о прекращении использования доменного наименования, совпадающего с товарным знаком, на том основании, что использование доменных имен законодательством не урегулировано, правообладатель имеет возможность обратиться с иском о недобросовестной конкуренции.

Наряду с «классическими» способами использования средств индивидуализации (такими, как реклама, идентификация товаров и услуг, информирование потребителей о своей деятельности

и т. д.) в Интернете возник принципиально новый способ их использования—регистрация знаков, а точнее, их текстовых элементов, в качестве доменных наименований. Основной проблемой, возникающей при этом, является так называемый «киберзахват», или «киберпиратство» (cybersquatting), — когда лицо, не обладающее какими-либо правами на использование знака, регистрирует в качестве доменного имени текстовый элемент средства индивидуализации, принадлежащий другому лицу. В результате правообладатель уже не может зарегистрировать этот домен на свое имя, после чего «киберпират» обычно предлагает ему уплатить определенную сумму за передачу домена. В данном случае пользователь действует явно недобросовестно, и каких-либо прав на использование знака у него нет. Аналогичная ситуация имеет место в тех случаях, когда пользователь регистрирует чужой товарный знак (фирменное наименование) в качестве домена с целью необоснованной дискредитации продукции правообладателя или введения покупателей в заблуждение относительно характера, свойств, способов изготовления и качества товаров, в том числе для того, чтобы выдать свои товары за товары правообладателя (недобросовестная конкуренция в смысле ст. 10 bis Парижской конвенции).

Российские суды уже столкнулись с проблемой неправомерной регистрации знаков в качестве доменных наименований. В 1999 г. корпорация «Истман Кодак Компани» обратилась в Арбитражный суд Москвы с иском против индивидуального предпринимателя Грундулу А. В. о запрещении использовать товарный знак Kodak, зарегистрированный на имя истца (в том числе и на территории РФ), в доменном имени страницы ответчика в сети Интернет. На данной странице содержалась информация о деятельности Грундулу А. В., а вовсе не компании «Кодак». Арбитражные суды отказали правообладателю в защите исключительных прав со ссылкой на отсутствие законодательного регулирования отношений, связанных с наименованием доменов в сети Интернет. И только Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ своим постановлением от 16 января 2001 г. № 1192/00 отменил все ранее вынесенные решения по данному делу, отметив, что выводы нижестоящих судов противоречат нормам Закона РФ о товарных знаках, в частности пп. 1 и 2 ст. 4 Закона, а также ст. 10 bis Парижской конвенции.

Президиум подчеркнул, что «отсутствие в названных нормах Закона прямого указания на то, что использование в доменном имени чужого товарного знака является нарушением прав владельца товарного знака, не препятствует, признанию судом таких действий правонарушением». Кроме того, суд отметил, что «доменные имена фактически трансформировались в средство, выполняющее функцию товарного знака, который дает возможность отличать соответственно товары и услуги одних юридических или

физических лиц от однородных товаров и услуг других юридических или физических лиц. Кроме того, доменные имена, содержащие товарные знаки или торговые наименования, имеют коммерческую стоимость».

Был отмечен ряд серьезных недостатков ранее вынесенных решений по делу, так как арбитражные суды не исследовали вопрос о возможном смешении доменного имени ответчика с товарным знаком истца, не оценили возможность получения предпринимателем экономической выгоды от размещения в Интернете страницы с доменным именем, повторяющим общеизвестный товарный знак, тем более что товары и услуги ответчика относятся к тому же классу, что и товары и услуги фирмы «Кодак». Не был также изучен вопрос о возможности квалифицировать действия ответчика в качестве недобросовестной конкуренции, не предпринято попыток установить, пытался ли Грундулу А. В. продать доменное имя правообладателю и существовала ли на сайте информация о принадлежности прав на товарный знак другому лицу. В итоге дело было направлено на новое рассмотрение.

Впрочем, в более поздних решениях по данной категории дел суды РФ удовлетворяли требования истцов. В частности, по иску ООО «Квелле Акциенгезельшафт» к ООО «Торговая фирма Тандем—Ю» и ООО «ВНПФ Галс» о прекращении незаконного использования товарного знака и о передаче домена «quelle.ru» Арбитражный суд Москвы удовлетворил требования истца о прекращении незаконного использования товарного знака «Quelle» в Интернете любым способом, в том числе в виде доменного наименования «quelle.ru»¹.

Для обеспечения стабильности «сетевых» отношений, особенно в тех странах, экономика которых в значительной степени зависит от использования сети Интернет, потребовалось принятие специального законодательства.

США стали первым государством мира, которое приняло Закон о борьбе с «киберпиратством». 29 ноября 1999 г. президент Клинтон подписал Акт по защите потребителей от киберпиратства². Акт вступил в силу. Он запрещает регистрацию, куплю-продажу и использование доменных наименований, идентичных или сходных до степени смешения со знаками, права на которые принадлежат другим лицам, а также наименований, умаляющих различительную способность таких знаков.

В целом же развитие национального законодательства и создание международных договоров по охране промышленной собственности в сети Интернет — дело будущего.

¹ См.: *Петровский С.* Исключительное право на доменное имя // Интеллектуальная собственность. 2001. № 5.

² См.: Anticybersquatting Consumer Protection Act of November 29, 1999.

Глава 12. ДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

12.1. Понятие договорных обязательств международного характера

Правовое регулирование договорных обязательств занимает существенное место в гражданском праве любого государства. Нормы, регулирующие договорные обязательства, занимают важное место и в международном частном праве. С помощью этих норм регулируется обширный круг гражданско-правовых отношений, освоенных иностранным элементом: международная купля-продажа, сдача имущества в аренду, сооружение производственных и иных объектов за рубежом, международная перевозка грузов, пассажиров и багажа, международные расчеты и кредитование, использование иностранных произведений науки, литературы и т. п.

В доктрине и нормах международного частного права для обозначения договорных обязательств использовались два термина: сделки и договоры. Так, в предыдущем российском законодательстве использовались термины «внешнеторговая сделка» (ГК РСФСР 1964 г.) и «внешнеэкономическая сделка» (Основы гражданского законодательства 1991 г.). В обоих случаях понимались и сделки, и договоры, а в ст. 166 Основ 1991 г. прямо было перечислено около двух десятков договоров, охватываемых термином «внешнеэкономическая сделка». Понятно, что «сделки» и «договоры» — не равнозначные термины, но взаимосвязанные, так как договор является разновидностью сделки. Известно, что сделки могут быть односторонними и двусторонними или многосторонними: в двух последних случаях сделки именуются договорами. Поэтому законодатель использовал обобщающий термин «сделки», включающий как односторонние сделки, так и договоры.

Новое российское законодательство по международному частному праву (разд. VI ГК) использует оба термина: и сделки, и договоры, причем в полном соответствии с различием в содержании этих понятий. Термин «сделка» употребляется в двух случаях: когда речь идет о всех сделках, включая договоры (ст. 1209, определяющая форму сделок), и когда речь идет об односторонних сделках (ст. 1217, устанавливающая выбор права к обязательствам, которые вытекают из односторонних сделок). Во всех остальных случаях используется термин «договор», что реально соответствует содержанию этого понятия. В настоящем учебнике термин «сделка» используется как общий, включающий и договор, если нет специального указания на одностороннюю сделку.

Кроме того, новое российское законодательство отказалось от господствовавших ранее терминов «внешнеторговая сделка» или «внешнеэкономическая сделка». Лишь в одном случае ГК обра-

щается к внешнеэкономической сделке, устанавливая специальную коллизионную норму по поводу формы этой сделки. Во всех остальных случаях коллизионные нормы определяют применимое право к любым сделкам, к любым договорам, включая и внешнеэкономические.

Внешнеэкономическая сделка в отличие от других сделок опосредует предпринимательскую, коммерческую деятельность в сфере международных хозяйственных связей. Правда, в международной практике термин «внешнеэкономическая сделка», как правило, не используется. Более распространенный термин — «международная коммерческая сделка» или «международный коммерческий договор». Достаточно привести в качестве примера документ, разработанный Римским институтом унификации частного права в 1994 г. и получивший широкое признание в практике, — «Принципы международных коммерческих договоров» (Принципы УНИДРУА)¹. Оба термина равнозначны, хотя некоторое оттеночное различие существует. «Внешнеэкономическая сделка» выражает позицию одного государства: участие России, ее граждан, юридических лиц в международных экономических связях является их внешнеэкономической деятельностью, которая осуществляется в виде внешнеэкономических сделок. Та же деятельность с позиции двух или более государств будет международной хозяйственной деятельностью, а сделки, ее опосредующие, — международными коммерческими сделками.

Как и предыдущее законодательство по международному частному праву, ГК РФ, обращаясь к термину «внешнеэкономические сделки», не раскрывает его содержания. Вместе с тем выделение внешнеэкономических сделок из всего массива гражданско-правовых сделок имеет серьезное практическое значение, так как непосредственно связано с особенностями правового регулирования. Если сделка «внутренняя», т. е. не имеет иностранных элементов, то она целиком находится в национальном правовом поле и регулируется российским правом. Если сделка международная (внешнеэкономическая), то она связана с правом разных государств и возникает проблема выбора права одного из них, нормы которого должны быть применены. Прежде всего необходимо определить, какие сделки относятся к международным, трансграничным. Для этого следует обратиться к ст. 1186 ГК, определяющей круг гражданско-правовых отношений, регулируемых международным частным правом. Исходя из этой статьи к международным или трансграничным относятся сделки и договоры «с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо... осложненные иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей...».

¹ См.: Принципы международных коммерческих договоров / Под ред. А. С. Комарова. М., 1996.

Кроме того, из круга сделок и договоров международного характера следует выделить внешнеэкономические сделки. Несмотря на то что разд. VI ГК предусмотрел единое коллизионное регулирование отношений, вытекающих из любых сделок и договоров, правовое регулирование внешнеэкономических сделок (договоров) имеет свою специфику.

Во-первых, такая специфика связана с формой сделки. Гражданский кодекс требует обязательного соблюдения письменной формы внешнеэкономической сделки, что нашло отражение в специальной коллизионной норме (п. 2 ст. 1209).

Во-вторых, большую роль в регулировании международных коммерческих договоров (внешнеэкономических сделок) играют международные договоры, унифицирующие коллизионные и материально-правовые нормы. Например, Венская конвенция о международной купле-продаже 1980 г. содержит унифицированные материально-правовые нормы, которые применяются не ко всем трансграничным договорам купли-продажи, а только к договорам, оформляющим предпринимательскую, коммерческую деятельность. Конвенция прямо устанавливает, что она не применяется в отношении купли-продажи товаров для личного, семейного или домашнего пользования. Аналогичные положения есть в Нью-Йоркской конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г., в Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., Оттавской конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г. и др.

В-третьих, в сфере международных коммерческих договоров широко применяются обычаи международной торговли, или, если воспользоваться более широким термином — обычаи международного делового оборота, которые часто объединяются общим названием «*Lex mercatoria*». Широко применяемые обычаи благодаря неофициальной кодификации опубликованы в разного рода международных актах, которые необычайно популярны в мировой деловой практике¹.

В-четвертых, в мировой практике сложился особый механизм разрешения споров по обязательствам, вытекающим из международных коммерческих договоров. Речь идет о международных коммерческих арбитражах, которые могут быть институционными (постоянно действующими) и *ad hoc* (создаваемыми для рассмотрения конкретного спора). Особенность такого механизма заключается в том, что сами стороны спора выбирают, в какой стране, каком арбитраже, на каком языке спор будет рассматриваться. Стороны сами формируют арбитражный состав, который будет рассматривать дело, и определяют процедуру рассмотрения спора. Быстрое профессиональное, эффективное разрешение споров

привело к тому, что участники международной предпринимательской деятельности предпочитают передавать свои споры для разрешения в международный коммерческий арбитраж¹.

Таким образом, сделки международного характера подразделяются на две группы: внешнеэкономические сделки, опосредующие международную предпринимательскую деятельность, и сделки, не имеющие предпринимательского характера, не ставящие целью извлечение прибыли. В советские времена обязательственные отношения международного характера сводились в основном к внешнеторговой, или внешнеэкономической, деятельности, поэтому старое законодательство оперировало соответствующими терминами. В условиях демократического общества, признания и соблюдения прав человека и основных свобод все большее число российских граждан участвуют в гражданско-правовых операциях международного характера, заключают гражданско-правовые договоры с иностранцами по поводу объектов, находящихся на территории иностранного государства и т. п., игнорировать которые законодательство не может. Исходя из этого коллизионные нормы, устанавливающие применимое право к договорным обязательствам, используют общие категории сделок или договоров, которые включают как сделки, не имеющие коммерческого характера, так и сделки, имеющие предпринимательский, внешнеэкономический характер, которые в нашей практике традиционно воплощаются в термине «внешнеэкономическая сделка», а в мировой практике — чаще в термине «международный коммерческий договор» или «международная коммерческая сделка».

Особенности правового регулирования внешнеэкономической сделки требуют раскрытия данного понятия². В настоящее время

¹ Например, в Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. подчеркивается внешнеэкономический, т. е. предпринимательский, характер рассматриваемых споров: «споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, вытекающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей...»//Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

² Отсутствие в советском, а затем и в российском праве понятия внешнеторговой или внешнеэкономической сделки привело к созданию доктринального понятия таких сделок. Единого доктринального понятия не существует. Чаще всего называются два признака внешнеэкономической сделки: в сделке участвуют лица различной национальной (государственной) принадлежности и содержанием сделки являются операции по экспорту-импорту товаров, услуг и пр. см., например: *Луц Л. А.* Внешнеторговая купля-продажа. М., 1972. С. 4 и след.; *Поздняков В. С., Садилов О. Н.* Правовое регулирование отношений по внешней торговле СССР. М., 1985. Ч 1. С. 61 и след.; *Мусин В. А.* Международные торговые контракты. Л., 1986. С. 4 и след.; *Зыкин И. С.* Договор во внешнеторговой деятельности. М., 1990. С. 5 и след.; *Розенберг М. Г.* Международная купля-продажа товаров. М., 1995. С. 33 и след.; *Дмитриева Г. К.* Международный коммерческий арбитраж. М., 1997. С. 8 и след.).

при определении внешнеторговой сделки следует обратиться к Федеральному закону о государственном регулировании внешнеторговой деятельности от 13 октября 1995 г. В нем нет определения сделки, но дается определение внешнеторговой деятельности: это — «предпринимательская деятельность в области международного обмена товарами, работами, услугами, информацией, результатами интеллектуальной деятельности, в том числе исключительными правами на них (интеллектуальная собственность)»¹. Отсюда внешнеторговая сделка — это сделка, опосредующая предпринимательскую деятельность в области международного обмена товарами, работами, услугами, информацией, интеллектуальной собственностью.

Внешнеэкономическая (международная коммерческая) сделка, как и любая гражданско-правовая сделка, может быть односторонней, когда для ее совершения необходимо и достаточно выражения воли одной стороны (например, доверенность), и двух- или многосторонней, когда для ее совершения необходимо выражение согласованной воли двух или более сторон. Последние являются договорами (контрактами). Примерами двусторонних договоров являются договоры международной купли-продажи, бартера, комиссии и др.; примерами многосторонних могут быть договоры финансового лизинга, факторинга, договоры о совместной деятельности, о кооперации и др.

Центральное место среди международных коммерческих сделок занимает договор международной купли-продажи. Когда-то он был единственной формой, опосредующей международные хозяйственные связи, которые сводились к торговле. И до сих пор он остается самой распространенной формой. Поэтому и в практике, и в доктрине термин «международная торговая сделка» часто применяется в качестве собирательного, охватывающего все виды международных коммерческих сделок. В любом случае данный термин (как и «внешнеторговая сделка») не сводится к купле-продаже.

Но не только формальной численностью объясняется ведущая роль договора купли-продажи в мировых экономических связях. Все остальные международные сделки либо прямо связаны с куплей-продажей (сопутствующие сделки, например перевозка, страхование, расчеты и т. д.), либо являются ее разновидностью (лицензионные договоры, договоры по предоставлению услуг), либо содержат в большей или меньшей степени элементы купли-продажи (например, международный финансовый лизинг).

Наконец, договор международной купли-продажи наиболее разработан в международном праве. Унификация права достигла наиболее ощутимых результатов именно в отношении этого договора. В результате нормы, предназначенные для регулирования купли-продажи, по аналогии обычно применяются к другим меж-

¹ СЗ РФ. 1995. № 42. Ст. 3923.

дународным коммерческим сделкам. В частности, понятие договора международной купли-продажи, данное в международно-правовых актах, становится отправным для определения понятия международной коммерческой сделки в целом.

Виды международных коммерческих сделок различаются по своему содержанию. Содержание договора международной купли-продажи отличается от содержания договора международного бартера или договора международного финансового лизинга и т. д. Как правило, их содержание аналогично содержанию одноименных «внутренних» гражданско-правовых сделок. Поэтому невозможно дать общее определение для всех международных сделок, включающее и их содержательную сторону. Видимо, в этом и нет необходимости. Вместе с тем все виды международных сделок независимо от их содержания объединяются в одну группу наличием у каждого из них общего классификационного критерия — критерия «международности». Следовательно, определение понятия международной коммерческой сделки в конечном счете сводится к ответу на вопрос, при наличии каких обстоятельств гражданско-правовая сделка приобретает международный характер.

В последнее время в международно-правовых актах, унифицирующих право международной торговли, чаще всего используется критерий местонахождения коммерческих предприятий сторон на территории разных государств. Так, в соответствии со ст. 1 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. под договором международной купли-продажи следует понимать «договор купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах». Аналогичное правило включено в 1980 г. в Нью-Йоркскую конвенцию об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г., в Гагскую конвенцию о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., в Оттавские конвенции 1988 г. о международном финансовом лизинге и о международном факторинге и в др. Такое единообразие свидетельствует об общепризнанности данного критерия в мировой практике.

Первый признак местонахождения коммерческих предприятий сторон в разных государствах был применен в Гагских конвенциях 1964 г. о международной купле-продаже (известно, что проекты этих конвенций разрабатывались более 30 лет и в числе спорных вопросов был вопрос о понятии международной купли-продажи)¹. Правда, в них он был сформулирован как основ-

¹ Речь идет о двух конвенциях: первая — Конвенция относительно единообразного закона о международной купле-продаже товаров; вторая — Конвенция относительно единообразного закона о заключении договоров международной купли-продажи товаров.

ной, наличие которого для признания «международности» купли-продажи является обязательным. Кроме того, требовалось присутствие еще хотя бы одного из трех дополнительных признаков: 1) пересечение товара через границу; 2) совершение оферты и акцепта на территории разных государств; 3) передача товара на территории другого государства, чем то, где были совершены оферта и акцепт (ст. 1 обеих конвенций).

Применение этой громоздкой структуры приводило к неоправданному исключению конкретных сделок из международного оборота, поскольку они не отвечали дополнительным критериям. Так, продавец, имеющий коммерческое предприятие в государстве *A*, поставил товары в государство *B*. Покупатель отказался от товара, и тогда продавец продал товары другому покупателю, коммерческое предприятие которого находится в государстве *C*. Все действия, связанные со второй куплей-продажей, имели место на территории государства *B*: товар уже находился в этом государстве, договор (оферта и акцепт) совершен, и товар передан в этом же государстве. Такая сделка не признавалась международной, и к ней нельзя было применить право международной торговли, по крайней мере тот правовой режим, который установлен Гаагскими конвенциями 1964 г. Поэтому при разработке Конвенции 1980 г. было признано возможным и достаточным применение одного критерия (признака) — местонахождения коммерческих предприятий в разных государствах.

Как соотносится рассматриваемый критерий с российским правом? Во-первых, Россия является участницей Конвенции 1980 г., а также Оттавской конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г., поэтому применение этого критерия для определения «международности» договоров является юридически обязательным, во всяком случае, по отношению к другим странам-участницам. Во-вторых, в российском праве уже есть закон, в котором данный критерий используется для определения «международности» любой гражданско-правовой сделки, а не только договора купли-продажи: это Закон о международном коммерческом арбитраже от 7 июля 1993 г. Согласно п. 2 ст. 1 Закона международный коммерческий арбитраж может рассматривать гражданско-правовые споры, возникающие при осуществлении международных экономических связей, «если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей»¹. В-третьих, в российском праве нет (и не было) общего определения ни внешнеэкономической, ни внешнеторговой сделки.

На наш взгляд, все это делает достаточно обоснованным заключение об использовании критерия местонахождения коммерческих предприятий на территории разных государств в качестве

¹ Ведомости СНГ и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 2107.

общего критерия для определения внешнеэкономической (международной) сделки: сделка будет внешнеэкономической (международной), если она совершена между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся на территории разных государств.

Конечно, использование данного критерия будет расходиться с той доктриной и практикой, которая сложилась в советское время, когда в качестве обязательного признака внешнеэкономической сделки рассматривалось участие в ней сторон различной государственной (национальной) принадлежности. Но не стоит это обстоятельство драматизировать.

Отметим несколько моментов. Известно, какие трудности подчас возникают на практике при использовании критерия национальности: не всегда возможно установить однозначно национальную принадлежность стороны, особенно юридического лица. Не случайно Конвенция 1980 г. и другие договоры, унифицирующие право международной торговли, прямо подчеркивают, что национальная принадлежность сторон не должна приниматься во внимание. Далее, часто применение и того и другого критерия приводит к совпадающему результату: стороны принадлежат разным государствам, т. е. имеют разную национальность, и их коммерческие предприятия находятся на территории тех же государств. Так что сделка будет международной с точки зрения любого из названных критериев. Это облегчает переход на критерий места нахождения коммерческих предприятий сторон. Наконец, не следует забывать, что признак государственной (национальной) принадлежности сторон не закреплен в российском праве, поэтому нет юридических оснований продолжать применять этот критерий на практике.

Однако было бы неправильно полагать, что с использованием критерия местонахождения коммерческих предприятий сторон все проблемы с определением «международности» частно-правовой сделки решены. С одной стороны, данный критерий является более определенным и конкретным: обычно местонахождение коммерческого предприятия сторон легко устанавливаемо. С другой стороны, эта определенность относительная и не исключающая проблему толкования понятия «местонахождение коммерческого предприятия».

К сожалению, соответствующие международные конвенции в целом это понятие не раскрывают. Лишь в одном случае они предусматривают уточняющую его характеристику. Так, например, продавец имеет не одно, а несколько коммерческих предприятий, в том числе и на территории того государства, где находится покупатель, с которым он вступает в договорные отношения. Будет ли такая сделка международной? Какое из коммерческих предприятий продавца надо принимать во внимание? Решение этих и других вопросов, связанных с наличием у сторон нескольких коммерческих предприятий, предусмотрено в ст. 10 Конвенции 1980 г.: при-

нимается во внимание то коммерческое предприятие, которое «имеет наиболее тесную связь с договором и его исполнением». Причем использование более или менее объективного признака «наиболее тесной связи» дополняется субъективным фактором: такая связь должна быть известна сторонам или предполагаться ими «в любое время до или в момент заключения договора». Аналогичное правило есть и в других упомянутых выше конвенциях.

Как видим, ст. 10 содержит решение только одного конкретного случая, связанного с толкованием понятия местонахождения коммерческого предприятия, но проблема толкования им не исчерпывается. Является ли местонахождение представительства (представителя) стороны местом нахождения его коммерческого предприятия? Является ли филиал коммерческим предприятием стороны? Можно ли участие в выставке рассматривать как местонахождение коммерческого предприятия? Эти и другие вопросы требуют соответствующего правового решения.

Кроме того, с точки зрения российской практики важно подчеркнуть, что существует разночтение между российским и английским текстами Конвенции 1980 г. В английском тексте используется термин «place of business»* — место коммерческой деятельности. Ясно, что он не равнозначен термину «местонахождение коммерческого предприятия». Последний может быть истолкован в качестве местонахождения предприятия как гражданско-правового субъекта — юридического лица. Под ним обычно понимается местонахождение административного центра. Поэтому, на наш взгляд, в русском тексте надо было использовать термин «место коммерческой деятельности», что способствовало бы достижению аутентичности текстов.

Приведенные примеры свидетельствуют, что применение критерия местонахождения коммерческого предприятия нуждается в толковании. Для достижения единообразия в правовом регулировании международных сделок требуется не только создание унифицированных правовых норм, но и создание унифицированных юридических понятий, из которых эти нормы состоят.

Таким образом, с учетом вышеизложенного к *международным коммерческим сделкам (или к внешнеэкономическим сделкам) можно отнести сделки, опосредующие предпринимательскую деятельность в сфере международных экономических отношений, совершаемые между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся на территории разных государств*. Такое заключение соответствует установившейся международной практике и не противоречит российскому законодательству.

Местонахождение коммерческих предприятий на территории разных государств означает не только то, что стороны находятся в разных странах, но и то, что они связаны с разными правовыми системами. Это обстоятельство серьезно осложняет процесс заключения и осуществления сделок. В результате появляется целый ряд

специальных дополнительных условий, которые либо вообще отсутствуют в одноименных гражданско-правовых «внутренних» сделках, либо имеют значительно меньшее значение. Отметим основные.

1. В международных хозяйственных операциях осложняется возможность получения платежей. Продавец не всегда имеет достаточные сведения о покупателе и о порядке получения платежей в соответствии с его национально-правовой системой. Отсюда возникает потребность включения в международные сделки тщательно разработанных условий, связанных с платежом. При этом используются сложившиеся в международной практике обычаи делового оборота. Кроме того, продавец стремится включить в сделку условия по обеспечению платежа, желательно банком собственной страны.

2. С платежами тесно связаны валютные условия. Их включение в международную сделку связано с тем, что, как правило, либо для всех сторон, либо хотя бы для одной стороны валюта, используемая во взаимных обязательствах, будет иностранной. Появляется необходимость включить в сделку следующие положения: определение валюты цены, т. е. валюты, в которой выражена цена товара, услуг и пр.; валюты платежа; условия перевода одной валюты в другую, если валюта цены и валюта платежа не совпадают; меры по предотвращению валютных рисков.

3. Как правило, товар должен быть транспортирован через территорию двух или более государств, поэтому условия перевозки занимают важное место в международной коммерческой сделке.

4. С перевозкой связано и страхование. Перевозимый на значительное расстояние и часто перегружаемый с одного вида транспорта на другой товар подвергается повышенной опасности утраты или повреждения. Поэтому стороны путем страхования товаров пытаются оградить себя от наступления убытков. Важно и определить моменты перехода рисков случайной гибели или повреждения товаров с одной стороны на другую.

5. Особенностью международных коммерческих сделок является то, что товары, услуги, как правило, «пересекают» границы двух или более государств и, следовательно, для ввоза и вывоза товара требуется выполнение предусмотренных законом каждого государства таможенных правил. Поэтому в содержание сделки входит распределение обязанностей между сторонами по выполнению таких правил, а также правил транзита через третьи страны.

6. Для решения этих и других проблем часто основной договор (купли-продажи, выполнения услуг, строительства промышленного объекта и пр.) сопровождается заключением дополнительных контрактов с перевозчиком, банком, страховой компанией. В результате одна коммерческая операция осуществляется с помощью целого комплекса взаимосвязанных контрактов. В каждом — свои стороны, свои условия, свое применимое право. Однако обеспечение эффективности хозяйственной операции требует их согласования.

7. В международных хозяйственных отношениях существует значительный риск невозможности выполнения обязательств из-за наступления непредвиденных событий: политические перевороты, вооруженные конфликты, повышение таможенных ставок, запрещение вывоза валюты и пр. Следовательно, важно включить в сделку положения о влиянии подобных событий на распределение ответственности сторон за полное или частичное неисполнение обязательств.

8. Так как международная коммерческая сделка лежит в сфере действия права разных государств, желательно включить в нее условия о применимом праве.

9. Не менее важно предусмотреть в сделке условия и порядок рассмотрения споров, которые могут возникнуть между сторонами при исполнении обязательств, так называемую «арбитражную оговорку». Отсутствие таких условий может серьезно осложнить и даже сделать невозможным разрешение спора между сторонами.

10. Наконец, существуют особые правила о форме, а иногда и о порядке подписания международных коммерческих сделок. Например, по российскому праву внешнеэкономическая сделка обязательно должна быть заключена в письменной форме, несоблюдение которой влечет ее недействительность (п. 3 ст. 162).

Как видим, и по содержанию международные коммерческие сделки отличаются от одноименных «внутренних» сделок. Однако наличие специфических условий в сделке не является теми характеризующими признаками, с помощью которых можно определить «международность» сделки. Напротив, появление специальных условий является последствием международного характера сделки. Поэтому вновь подчеркнем достаточность наличия одного критерия — местонахождение коммерческих предприятий сторон на территории разных государств—для отнесения сделки к международной.

12.2. Особенности правового регулирования внешнеэкономических сделок

12.2.1. Характерные черты правового регулирования внешнеэкономических сделок

Существенной специфической чертой внешнеэкономических отношений является объединение в единую систему различных по субъектной структуре отношений, обуславливающих применение различных методов и средств правовой регламентации. Существует два уровня отношений: во-первых, отношения между государствами и иными субъектами международного права (в частности, между государством и международными организациями) универсального, регионального, локального" характера; во-вторых, отношения между физическими и юридическими лицами разных госу-

дарств (к которым относятся и так называемые диагональные отношения — между государством и иностранными физическими и юридическими лицами). Именно отношения между физическими и юридическими лицами имеют решающее значение в осуществлении внешнеэкономической деятельности.

Первые регулируются нормами международного (публичного) права, вторые — национальным правом каждого государства, и прежде всего международным частным правом. Однако нормы международного права, регулируя межгосударственные отношения во внешнеэкономической сфере, играют все наиболее важную роль в регламентации частноправовых отношений. Отсюда *первой отличительной чертой правового регулирования внешнеэкономических сделок является тесное взаимодействие правовых норм различной системной принадлежности, т. е. норм международного и национального права.*

Второй отличительной особенностью правового регулирования внешнеэкономических сделок является взаимодействие норм различной отраслевой принадлежности национального права. Свою политику в области внешнеэкономической деятельности государство проводит главным образом через нормы публичного права. Определяющим является конституционное право.

Принципиальные основы государственной деятельности во внешнеэкономической сфере, закрепленные в Конституции РФ, были конкретизированы в ряде специальных законов конституционного характера. Федеральный закон от 13 декабря 1995 г. «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» установил принципы осуществления государственной внешнеторговой политики, порядок ее осуществления российскими и иностранными лицами, права, обязанности и ответственность органов государственной власти и конкретизировал распределение компетенции в этой области между Федерацией и ее субъектами¹. Федеральный закон от 14 апреля 1998 г. «О мерах по защите экономических интересов Российской Федерации при осуществлении внешней торговли товарами» определил соответствующие меры (защитные, антидемпинговые, компенсационные) и установил порядок их введения и применения². Федеральный закон от 1998 г. «О военнотехническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами» исходя из особенностей такого сотрудничества, установил порядок участия в нем разработчиков, производителей продукции военного назначения и других субъектов³.

Кроме конституционного права в регулировании внешнеэкономической деятельности значительную роль играют и другие от-

¹ СЗ РФ. 1995. № 42. Ст. 3923.

² СЗ РФ. 1998. № 16. Ст. 1798.

³ СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3610.

расли публичного права: административное право (прежде всего такая его подотрасль, как таможенное право), финансовое право (особенно такие его подотрасли, как налоговое, валютное право).

Понятно, что нормы различных отраслей публичного права непосредственно не регулируют отношения между сторонами внешнеэкономической сделки. Но частноправовые последствия норм публичного права бесспорны: при осуществлении обязательств по внешнеэкономической сделке стороны обязаны руководствоваться нормами публичного права. Нарушение норм публичного права ведет к юридической невозможности исполнения частноправовой сделки.

Главным регулятором внешнеэкономических сделок является гражданское право. В силу своей природы внешнеэкономическая сделка связана с гражданским правом разных государств. Отсюда—особая роль международного частного права. Несмотря на значительные успехи, достигнутые мировым сообществом в унификации права международной торговли, коллизионный способ регулирования отношений по внешнеэкономическим сделкам, в том числе и посредством национальных коллизионных норм, сохраняет свои позиции.

Третьей особенностью регулирования внешнеэкономических сделок является широкое распространение форм так называемого негосударственного регулирования. Главной формой такого регулирования являются «*контрактные условия*»: заключая сделку, стороны свободны в установлении взаимных прав и обязанностей по сделке. Однако эта свобода не беспредельна. Она ограничивается, во-первых, нормами публичного права, во-вторых, общей диспозитивностью гражданского права («что не запрещено, то разрешено»), в-третьих, императивными нормами гражданского права. Существенная роль в системе негосударственного регулирования принадлежит *обычаям международной торговли* (см. раздел 12.8). К формам негосударственного регулирования следует отнести также *судебную и арбитражную практику*. Ее роль заключается в уяснении содержания и толкования норм применимого права (международного и национального) и обычаев международной торговли; в обеспечении единообразного применения унифицированных норм в области международной торговли; в обеспечении согласованного применения правовых норм различной системной и отраслевой принадлежности; в создании предпосылок для развития и совершенствования и международно-правовых, и национально-правовых норм, регулирующих внешнеэкономические сделки.

Таким образом, правовое регулирование внешнеэкономических сделок представляет собой достаточно сложную систему, состоящую из разных по своей природе, но тесно взаимосвязанных и взаимодействующих элементов: норм международного публичного права, норм национального, прежде всего международного частного, права, и норм негосударственного регулирования.

12.2.2 Международное право регулирования внешнеэкономических сделок

Международное право, регулируя отношения между государствами в экономической сфере, оказывает возрастающее влияние и на правовую регламентацию внешнеэкономических сделок. Роль международного права в регулировании внешнеэкономических сделок осуществляется в двух направлениях: во-первых, установление правовых основ осуществления международных экономических связей, их правового режима и, во-вторых, создание единообразного правового регулирования внешнеэкономических сделок на основе унификации материально-правовых и коллизионных норм.

Рассматривая первое направление прежде всего отметим *торговые договоры*, заключаемые на двусторонней основе (они могут иметь разное наименование: договор о дружбе, торговле и мореплавании; договор о торговле и навигации; договор о торговле и экономическом сотрудничестве и др.). Заключаемые бессрочно или на длительные сроки, они устанавливают общую правовую основу не только для торговых, но и любых иных экономических отношений между договаривающимися государствами. Их называют торговыми в силу исторической традиции, так как торговля в течение многих столетий была единственным видом межгосударственных экономических связей. В последнее время в развитие торговых договоров или вместо них заключают межправительственные соглашения о торговом, научно-техническом и экономическом сотрудничестве.

Данные договоры решают большой круг вопросов, имеющих принципиальное значение для участников внешнеэкономических сделок: определяют субъекты, правомочные осуществлять торговые или экономические связи в целом со стороны каждого договаривающегося государства; предоставляют друг другу правовой режим (как правило, режим наибольшего благоприятствования) в отношении таможенного обложения, порядка ввоза и вывоза товаров, транспортировки товаров, транзита, торгового мореплавания; определяют правовой режим деятельности физических и юридических лиц одной стороны на территории другой; содержат общий порядок расчетов, вытекающих из торговых и иных экономических отношений (иногда государства заключают специальные двусторонние договоры о расчетно-денежных отношениях).

С рядом государств Россия заключает межправительственные *соглашения о товарообороте* или *соглашения о товарообороте и платежах*. В них устанавливаются контингента товаров, составляющие товарооборот между договаривающимися государствами на двусторонней основе. В отличие от торговых договоров они заключаются на короткие сроки (6—12 месяцев), при большем сроке ежегодно подписываются дополнительные протоколы. Соглашения обязывают государства обеспечить оговоренные постав-

ки, т. е. выдавать беспрепятственно выдачу лицензий и создавать другие условия для ввоза и вывоза в пределах согласованных контингентов товаров. Часто они определяют порядок расчетов.

По своему содержанию соглашения по товарообороту близко примыкают *товарные соглашения*, заключаемые на многосторонней основе. С помощью установления квот для каждого участвующего государства на куплю-продажу определенного товара на международном рынке государства стремятся предотвратить резкие колебания цен. Подобные соглашения существуют по нефти, каучуку, олову, пшенице, какао, кофе, сахару и пр. Государства обязуются не допускать ввоз и вывоз соответствующих товаров за пределами установленных квот.

Рассмотренные международные договоры регулируют взаимоотношения между участвующими государствами. Но их положения имеют правовые последствия и для сторон внешнеэкономических сделок, если стороны находятся под юрисдикцией договаривающихся государств. Понятно, что если договором установлен режим наибольшего благоприятствования по таможенным платежам, то стороны внешнеэкономической сделки не вправе претендовать на иной режим. Сделка, выходящая за пределы квоты, установленной для государства международным договором, юридически не может быть исполнена и т. д.¹

Однако, несмотря на взаимосвязь сделки с международными договорами, она обладает юридической самостоятельностью. Это означает, что: 1) стороны при заключении внешнеэкономической сделки обязаны руководствоваться положениями соответствующих международных договоров; 2) после того, как сделка заключена, права и обязанности сторон определяются самой сделкой; 3) если после заключения сделки государства внесут¹ изменения в содержание международных договоров, то они порождают гражданско-правовые обязательства для сторон сделки только после того, как такие изменения будут внесены сторонами в сделку.

Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ в процессе рассмотрения дел неоднократно исходил из того, что решения государственных органов спорящих сторон, не трансформированные в содержание заключенного между ними контракта, не порождают гражданско-правовые обязательства сторон по внешнеэкономической сделке. Так, вьетнамская компания в 1990 г. предъявила к советскому внешнеторговому объединению иск о взыскании стоимости поставленно-

¹ Например, в соответствии с Протоколом о товарообороте и платежах между РФ и Республикой Куба на 1995 г., подписанном правительствами этих стран 4 мая 1995 г., о поставках 1 млн т кубинского сахара-сырца в обмен на эквивалентные поставки нефти в Москве в конце июня 1995 г. был проведен открытый тендер на право участия в сделках «нефть — сахар» и покупке соответствующих квот. См.: Коммерсантъ-DAILY. 1995. 15 июня.

го арахиса в части, касающейся неоплаты ответчиком поощрительных надбавок (бонификации) к договорным ценам за более высокое качество товара. Контракт о поставке был заключен во исполнение Протокола о товарообороте и платежах на 1988 г., подписанного правительствами СССР и СРВ к Соглашению о товарообороте и платежах между СССР и СРВ на 1986—1990 гг. Поощрительные надбавки были предусмотрены специальным Протоколом № 3 к этому Соглашению. В контракте имелась ссылка на Протокол о товарообороте и платежах на 1988 г., но не было ссылки на Протокол № 3. Арбитраж исходил из того, что: во-первых, обязательство уплатить поощрительную надбавку приняло на себя Правительство СССР по Протоколу № 3 как межправительственному соглашению, во-вторых, юридические лица не несут ответственности по обязательствам государств. Чтобы такое обязательство стало обязанностью покупателя (ответчика по делу), являющегося юридическим лицом, оно должно найти отражение в контракте. Это не имело места, и в иске было отказано¹.

Второе направление роли международного права в регулировании внешнеэкономических сделок проявляется в создании режима их единообразного правового регулирования в разных государствах, что достигается посредством унификации соответствующих норм коллизионного права и норм материального гражданского права, т. е. унификации права международной торговли. Унификация права, в том числе унификация права международной торговли, подробно рассмотрена в гл. 4 настоящего учебника. Здесь достаточно подчеркнуть, что для российских лиц, участвующих во внешнеэкономической деятельности, принципиальное значение имеют лишь те международные договоры, которые обязательны для Российской Федерации. Прежде всего это Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников СНГ 1992 г., Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г. (СНГ), Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г. Анализ этих договоров будет сделан ниже.

12.2.3. Решения Совета Безопасности ООН и внешнеэкономические сделки

Необходимость в специальном рассмотрении этого вопроса вызвана тем, что в отличие от других органов ООН, принимаю-

¹ См.: Дело № 274/1990, решение от 1 июля 1991 г., а также дело № 54/1989, решение от 14 ноября 1989 г. // Торгово-промышленная палата Российской Федерации. Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ. Арбитражная практика за 1986—1991 гг. М., 1997. С. 55—58.

ших резолюции-рекомендации, Совет Безопасности может принимать юридически обязательные для государств решения. И хотя такие решения принимаются по вопросам, связанным с нарушением мира или представляющим угрозу нарушения мира, они часто выражаются во введении экономических санкций против государства, которые затрагивают и участников внешнеэкономической деятельности. Даже в самих резолюциях иногда прямо подчеркивается, что государства обязаны не только их выполнять, но и обеспечить их выполнение своими физическими и юридическими лицами. Поэтому решения Совета Безопасности оказывают воздействие на внешнеэкономические сделки.

Так, в резолюцию Совета Безопасности 678/1990 г., вводящую санкции против Ирака в связи с его агрессией против Кувейта, было включено положение о том, что государства обязаны осуществлять их «несмотря на существование каких бы то ни было прав и обязанностей, созданных... любым контрактом, заключенным до даты принятия решения». Следовательно, даже контракты, заключенные до принятия резолюции, не должны исполняться, если их исполнение противоречит вводимым санкциям.

Следует различать юридические последствия решений Совета Безопасности, вводящих запреты на совершение тех или иных экономических связей с виновным государством, для внешнеэкономических сделок, заключаемых после введения санкций, и для сделок, заключенных до их введения. Сделки, заключаемые после введения санкций, юридически недействительны, они не порождают прав и обязанностей у сторон, и последние не несут ответственности за неисполнение своих обязательств по сделке.

Сложнее решается вопрос о судьбе сделки, заключенной до введения санкций. Введение санкций делает исполнение обязательств по сделке юридически невозможным. Но возникает вопрос об ответственности стороны, не выполнившей свои обязательства. Наличие резолюции Совета дает основания для решения суда об освобождении от ответственности. Идеально, когда данное основание предусмотрено во внутреннем праве государства. Если этого нет, то суд вправе обосновать освобождение от ответственности за невыполнение сделки ссылкой на непреодолимую силу. Но если стороны сделки желают избежать нежелательных последствий введения санкций, они могут включить в сделку положение, что «никакие решения международных органов не могут освободить от ответственности сторону, не выполнившую свои обязательства». В таком случае сторона, не выполнившая свои обязательства по сделке из-за введения санкций, тем не менее будет обязана компенсировать убытки другой стороне. Подобного рода контрактные условия могут получить значительное распространение в отношениях со странами, положение которых не отличается стабильностью.

Резолюции Совета Безопасности юридически обязательны для государств, которые обязаны обеспечить их выполнение всеми находящимися под их юрисдикцией органами, организациями и индивидами. Государство самостоятельно определяет правовую форму, в которой они будут действовать в пределах национальной юрисдикции и определять права и обязанности участников внешнеэкономической деятельности. В России этот вопрос решается Федеральным законом о внешнеторговой деятельности, ст. 21 которого устанавливает, что участие России в международных экономических санкциях и введение их в действие определяются указами Президента РФ (до принятия Закона они вводились распоряжением Президента или постановлением Правительства). В указах определяется круг лиц, на которых распространяются вводимые ограничительные меры (используется формулировка «находящиеся под юрисдикцией РФ»), перечисляются собственно ограничительные меры и против кого они вводятся (например, запрещение экспорта-импорта какого-либо товара, запрещение пассажирских полетов в аэропорты соответствующего государства и пр.), определяется дата начала действия вводимых мер, а также возлагаются обязанности на конкретные государственные органы по осуществлению и контролю за исполнением вводимых ограничений.

Одновременно ст. 21 Закона содержит еще одно важное правило: «Российские лица имеют право на возмещение в судебном порядке убытков, связанных с участием Российской Федерации в международных экономических санкциях, за счет средств федерального бюджета».

Вопрос о возмещении убытков, причиненных введением экономических санкций, как государствам, обязанным выполнять эти санкции, так и частным лицам, относится к наиболее острым. Например, в результате применения санкций к Ираку непосредственные потери России составили около 3 млрд долл. (потери российских физических и юридических лиц, осуществлявших экономические связи с Ираком, никем не подсчитаны). В международной практике сложилось правило, что убытки должны возмещаться государством, к которому санкции применяются. Однако реально добиться возмещения убытков крайне сложно, а часто невозможно.

В связи с этим в рамках Совета Безопасности ООН был создан особый механизм, призванный облегчить возмещение потерь не только государствам, но и частным лицам. Первоначально данный механизм был создан для обеспечения возмещения убытков в связи с агрессией Ирака против Кувейта, однако впоследствии было решено сделать его постоянно действующим. Была создана в качестве вспомогательного органа Совета Безопасности Компенсационная комиссия ООН с резиденцией в Женеве. Комиссия состоит из Руководящего совета (Governing Council), кото-

рый и принимает решения и состоит из 15 членов (по числу членов Совета Безопасности). Решения принимаются большинством в 9 голосов. Кроме того, в Комиссию входит много советников, которые изучают дела и готовят материалы по делу.

Комиссия рассматривает три категории исков: от индивидов, от корпораций и иных организаций, от государств и международных организаций. Индивиды и организации вначале представляют свои требования своим правительствам; правительство консолидирует их и представляет Комиссии. Правда, в некоторых случаях индивиды и организации вправе самостоятельно обращаться в Комиссию (эти случаи точно не указаны). Комиссия рассматривает вер виды понесенных заявителем убытков на основе изучения фактов, подтверждающих требования, документальных доказательств и правовой обоснованности. Правительству государства, против которого введены санкции, предоставлено право сделать свои замечания по заявленным требованиям, но не право быть сторонней в деле¹.

Следовательно, российские участники внешнеэкономических сделок, понесшие убытки в результате введения международных экономических санкций, могут в судебном порядке получить возмещение убытков из средств федерального бюджета, а Правительство вправе возместить свои убытки через Компенсационную комиссию ООН.

12.3. Коллизионные вопросы внешнеэкономических сделок

12.3.1. Обязательственный статут

Обязательственный статут — это право, подлежащее применению к обязательствам, вытекающим из односторонних сделок и договоров. Раздел VI ГК РФ содержит целую систему коллизионных норм, с помощью которых следует определять применимое к обязательствам право. Например, к договору купли-продажи применимым правом будет право страны, где находится место жительства или основное место деятельности продавца, или к договору подряда применимым правом будет право страны, где находится место жительства или основное место деятельности подрядчика

¹ Так, одной из первых 4 января 1993 г. американская юридическая фирма «Уайт энд Кейс» (White and Case) представила в Компенсационную комиссию ООН требования от имени американской строительной компании о возмещении ущерба в сумме 264,3 млн долларов США, полученного в результате того, что компания вынуждена была прекратить строительство объекта в Ираке вскоре после вторжения его в Кувейт. Сумма ущерба включала предварительные расходы по подготовке строительного проекта, расходы на осуществленные работы, сделанные капиталовложения, стоимость вывоза персонала и оборудования, а также упущенную выгоду.

и т. д. (ст. 1211). В данных примерах объемами коллизионных норм являются договор купли-продажи и договор подряда; привязками соответственно являются право страны продавца и право страны подрядчика. Как рассматривалось выше, привязка — это как раз та часть коллизионной нормы, которая определяет право, подлежащее применению к отношениям, указанным в объеме. Следовательно, привязка коллизионной нормы определяет обязательственный статут. Правда, в приведенных примерах коллизионные привязки устанавливают обязательственный статут не в целом, а только для отдельных договоров: первая коллизионная норма определяет статут обязательства по договору купли-продажи, вторая — обязательства по договору подряда.

В разд. VI есть коллизионные нормы, охватывающие все виды договоров, а значит, устанавливающие обязательственный статут, т. е. применимое право для всех договоров. Согласно ст. 1210 ГК стороны договора могут выбрать право, которое подлежит применению к данному договору. Отсюда следует, что обязательственный статут для любого договора — это право государства, избранное сторонами. Здесь речь идет об обязательственном статуте в целом.

Из приведенных примеров видно, что, устанавливая право, применимое к договорным обязательствам, коллизионные нормы формулируют свои объемы самым общим образом, не раскрывая их содержание: «договор купли-продажи», «договор подряда» или просто «договор». Между тем за этими терминами стоят понятия, обладающие богатым юридическим содержанием. Поэтому непременно возникает вопрос о пределах применения избранного права. Какой круг вопросов, связанных с договором, регулируется правом, применимым к данному договору? Все вопросы, связанные с договором, регулируются избранным правом или какие-то вопросы не входят в этот круг? Иначе говоря, возникает вопрос о сфере применения обязательственного статута.

В самом общем виде договор — это соглашение сторон об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Понятно, что права и обязанности являются Центральным элементом договорных обязательств и они, разумеется, входят в сферу действия обязательственного статута. А по какому праву должны рассматриваться другие вопросы, не менее важные для договорных обязательств? Например, форма соглашения об установлении прав и обязанностей (форма договора), способность лица обязываться по соглашению, действительность или недействительность соглашения, последствия недействительности и т. д. Входят ли эти вопросы в обязательственный статут или они должны рассматриваться на основе какого-то иного права, избранного на основе иных коллизионных норм?

Поставленный вопрос, несмотря на практическую важность, решался в основном доктринально с учетом судебной и арбитражной практики. Новая российская кодификация международного частного права восполняет этот серьезный пробел, что следует оценить как одно из ее достоинств. В разделе VI ГК есть специальная статья под названием «Сфера действия права, подлежащего применению к договору» (ст. 1215). Из названия ясно, что речь идет о сфере действия обязательственного статута применительно к любому гражданско-правовому договору. Это подтверждается дополнительно тем, что абз. 1 ст. 1215 содержит весь перечень статей, определяющих применимое право к договорным обязательствам, кроме самой ст. 1215 (ст. 1210—1214, 1216).

Право, применимое к договорам, решает следующие вопросы, связанные с договором:

- 1) толкование договора;
- 2) права и обязанности сторон договора;
- 3) исполнение договора;
- 4) последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора;
- 5) прекращение договора;
- 6) последствия недействительности договора.

При всем разнообразии вопросов, включенных в сферу действия применимого права, обращает на себя внимание то обстоятельство, что все они связаны с правами и обязанностями сторон договора. Даже такой элемент, как последствия недействительности договора, касается прав и обязанностей: либо появляются новые права и обязанности, либо изменяются предусмотренные договором права и обязанности. Поэтому зд основу определения границ сферы действия обязательственного статута может быть взят главный элемент договорного обязательства — права и обязанности сторон договора. Все остальные вопросы, прямо не связанные с правами и обязанностями, не входят в сферу действия обязательственного статута. Форма договора, способность лица obligываться по договору и пр. подчиняются праву, избранному на основании других коллизионных норм, с помощью других коллизионных привязок.

Правда, это не означает категорического неприменения обязательственного статута для решения вопросов, не входящих в его сферу. Такое применение возможно в силу прямого указания закона. Так, например, в соответствии со ст. 1208 ГК «исковая давность определяется по праву страны, подлежащему применению к соответствующему отношению». Отсюда следует, что в отношении договорных обязательств исковая давность будет определяться обязательственным статутом, который и регулирует данное обязательственное отношение. В этом случае обязательственный статут выполняет функцию особой коллизионной привязки: lex

causae, т. е. закон страны, регулирующий существо отношения. Аналогично решается вопрос об уплате процентов: основания взимания, порядок исчисления и размер процентов по денежным обязательствам определяются по праву страны, подлежащему применению соответствующему обязательству (ст. 1218). Следовательно, уплата процентов по договорному обязательству, элементом которого является денежное обязательство, будет регулироваться таким обязательственным статутом, как *lex causae*. Обязательственный статут применим и к уступке требования, в частности к таким вопросам, как допустимость уступки требования, отношения между новым кредитором и должником, условия, при которых это требование может быть предъявлено к должнику новым кредитором и вопрос о надлежащем исполнении обязательства должником. Все эти вопросы согласно п. 2 ст. 1216 «определяются по праву, подлежащему применению к требованию, являющемуся предметом уступки». Любые требования по договорному обязательству регулируются обязательственным статутом.

Последнее, на что необходимо обратить внимание. Статья 1215 устанавливает круг вопросов, которые непременно должны решаться правом, применимым к конкретному договору, избираемом на основании соответствующей коллизионной нормы. Но коллизионные нормы пользуются термином «договор», не раскрывая его содержания. Поэтому при применении коллизионной нормы, устанавливающей применимое право для того или иного договора, ее объем следует толковать через призму ст. 1215. Например, из ст. 1213 вытекает, что к договору в отношении недвижимого имущества применяется право страны, где находится недвижимое имущество. Объем этой нормы — «договор в отношении недвижимого имущества». С учетом ст. 1215 объем этой же нормы выглядит по-другому: «договор в отношении недвижимого имущества, в частности: толкование договора, права и обязанности сторон по договору, исполнение договора, последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора, прекращение договора, последствия недействительности договора». Для решения всех этих вопросов должно применяться право страны, где находится недвижимое имущество. Статья 1215 как бы конкретизирует содержание понятия «договор» с позиции выбора применимого права и поэтому является обязательной составляющей объема любой коллизионной нормы, предусматривающей выбор права для договорных обязательств.

12.3.2. Автономия воли (*lex voluntatis*)

Коллизионное право большинства государств позволяет сторонам гражданско-правового договора, осложненного иностранным элементом, в том числе и сторонам международного коммерческого договора, подчинить его избранному ими компетентному

правопорядку. Стороны вправе договориться о применении к их договорным обязательствам права какого-либо государства.

Право сторон на выбор является выражением общепризнанного положения об «автономии воли» сторон, которая понимается как возможность для сторон установить по своему усмотрению содержание договора, его условия, разумеется, в пределах, установленных правом. Эта возможность распространяется и на выбор применимого права, если договор осложнен иностранным элементом. В последнем варианте «автономия воли» выступает в качестве формулы прикрепления (коллизийного принципа), которая занимает главенствующие позиции в договорных обязательствах.

«Автономия воли» как коллизийная формула прикрепления — *lex voluntatis* получила свое развитие в законодательстве многих государств (законы о международном частном праве Австрии, Венгрии, Венесуэлы, Германии, Польши, Турции, Швейцарии, Закон о договорах Китая 1999 г., Гражданский кодекс Вьетнама 1995 г. и др.)¹. Например, согласно ст. 29 венесуэльского Закона о международном частном праве 1998 г. «договорные обязательства *ри*» швейцарского Закона о международном частном праве 1987 г. «договор подчиняется избранному сторонами праву»³. Из этого следует, что стороны могут выбрать право любой страны, которое и будет регулировать конкретное договорное обязательство. Но даже если коллизийный принцип автономии воли не закреплен во внутреннем праве какого-либо государства, он применяется на практике как норма права, сложившаяся в форме международно-правового обычая.

«Автономия воли» как способ выбора права, компетентного регулировать договорные обязательства, закреплена во всех международных договорах, касающихся данного вопроса. Среди них: Кодекс Бустаманте 1928 г., Гагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г., Гагская конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г., Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купле-продажи товаров, 1986 г., Межамериканская конвенция о ,праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. и др.

Данный способ определения применимого права закреплён и в международных договорах, заключённых с участием России

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. Разд. VI.

² Международное частное право. Иностранное законодательство... С. 254.

³ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 229.

в рамках СНГ. Так, в Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г. установлено, что права и обязанности сторон по сделке определяются по законодательству места совершения, если иное не установлено соглашением сторон (п. «е» ст. II)¹. Точно такое же правило закреплено и в Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. в ст. 41. На первый взгляд может показаться, что государства принципу «автономии воли» придают второстепенное значение, указывая, что права и обязанности должны определяться по праву страны, где заключена сделка. Однако главный смысловой акцент лежит на второй части коллизионной привязки: «если иное не установлено соглашением сторон». Именно это правило является генеральной привязкой, имеющей приоритетное, преимущественное применение. Прежде всего стороны могут своим соглашением выбрать право, которое будет регулировать их обязательство. Причем, как следует из двух международных договоров, стороны могут выбрать право любого государства, без каких-либо ограничений, в том числе и за пределами государств — участников СНГ. И только тогда, когда стороны в своем соглашении не указали на применимое право, будет применяться право места заключения сделки.

«Автономия воли» как способ определения применимого права давно признана в отечественном праве. Она была закреплена в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1961 г. в формулировке, которая была применена в рассмотренных договорах между государствами — участниками СНГ, и получила развитие в Основах гражданского законодательства 1991 г. в качестве самостоятельной коллизионной нормы, имеющей приоритетное применение. Статья 166 Основ 1991 г., посвященная определению права, применимого к внешнеэкономическим сделкам, начинается с того, что права и обязанности «определяются по праву страны, избранному сторонами *при совершении сделки или в силу последующего соглашения* (курсив наш. — Г. Д.)».

Принятие разд. VI ГК является новым этапом в развитии «автономии воли», где ей посвящена отдельная ст. 1210. В данной статье не только предусмотрен принцип автономии воли в качестве основного способа выбора права, компетентного регулировать договорные обязательства, но и установлены правила его применения. Причем при регламентации этого принципа были учтены новые тенденции его применения, нашедшие закрепление в законодательстве зарубежных государств и в международных договорах.

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 561.

Прежде всего новый закон подтвердил сложившееся ранее понимание коллизионного принципа автономии воли как соглашения сторон договора о применимом праве: «Стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору» (п. 1 ст. 1210). Из этого следует, что соглашение сторон о применимом праве возможно в двух вариантах: оговорка о применимом праве, включенная в текст самого договора, или отдельное соглашение о применимом праве. Такое соглашение может быть в виде отдельного документа, подписанного сторонами и предназначенного для одного договора или для группы договоров, или оно может быть включено в какой-либо документ, носящий общий характер (например, «Общие условия экспорта»), но при условии, что в договоре есть ссылка на такой документ.

Одним из часто возникающих в практике является вопрос о форме выражения воли сторон. Стороны могут либо в самом договоре, либо в отдельном документе предусмотреть подчинение своих обязательств праву определенного государства. В таком случае говорят о прямо выраженной воле сторон — *expressis verbis*.

Однако выбор права не является обязанностью сторон (в ст. 1210 подчеркнуто, что стороны договора могут выбрать право), и на практике они этим правом часто не пользуются. В таком случае законы многих государств и международные договоры предусматривают возможность использовать «*молчаливо выраженную*» волю сторон, т. е. когда из содержания сделки, из обстоятельств, сопутствующих ее совершению, следует, что стороны имели в виду подчинить свое обязательство праву какого-либо государства. Важно подчеркнуть, что применение молчаливо выраженной воли сторон возможно только тогда, когда нет сомнений в ее содержании. На это указывают различные правовые акты: «указание (сторон о выборе права. — *Г. Д.*) должно быть прямо выражено или недвусмысленно вытекать из положений договора» (ст. 2 Гагской конвенции 1955 г.); соглашение о выборе права «должно быть явно выражено или прямо вытекать из условий договора и поведения сторон, рассматриваемых в совокупности» (ст. 7 Гагской конвенции 1986 г.); «стороны могут выбрать право и молча, если в силу обстоятельств нет сомнений о волеизъявлении» (§ 9 чехословацкого Закона о международном частном праве и процессе); «выбор права должен быть определенным или вытекать из договора или обстоятельств» (ст. 116 швейцарского Закона о международном частном праве 1987 г. и др.)¹.

Ранее в нашем законодательстве не было правила о форме выражения воли сторон. Вместе с тем еще в советское время сло-

жилась арбитражная практика применения воли как прямо выраженной, так и молчаливо¹. Это правило подтверждается и современной практикой МКАС. Например, при рассмотрении спора между российской организацией (продавцом) и фирмой с местом нахождения на Кипре (покупателем) возник вопрос о применимом праве. В контракте указаний об этом не было. Однако обе стороны в своих исках и объяснениях по ним (кроме основного был встречный иск) в обоснование своих требований ссылались на положения российского гражданского права. Констатируя эти обстоятельства, арбитраж признал, что стороны исходили из российского права как применимого права к их обязательствам².

Сложившаяся практика как нашей страны, так и мировая закреплена в ст. 1210 ГК РФ, п. 2 которой установил: «Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть прямо выражено или должно определенно вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела». Слово «определенно» подчеркивает, что обращение к молчаливо выраженной воле сторон возможно только тогда, когда нет сомнений в волеизъявлении. Например, сделка подписана в Москве, а в тексте указано, что место ее совершения — Киев; в сделке указано, что споры будут рассматриваться в Киеве; в отдельных статьях сделки могут быть указания на украинское право; в материалах, сопутствующих заключению сделки, есть экспертное заключение по украинскому праву и т. д. Все это может свидетельствовать о намерении сторон подчинить свое обязательство украинскому праву.

Значительный и практически важный круг вопросов связан с пределами выражения воли сторон. Здесь есть несколько аспектов: пространственные пределы, временные пределы и пределы, связанные с содержанием обязательств. Вопрос о пространственных пределах сводится к следующему: могут ли стороны выбрать в качестве применимого права право любого государства, т. е. без ограничений, либо их выбор ограничен кругом определенных государств, с которыми договор имеет какую-либо связь. Законы большинства государств, а также международные договоры, унифицирующие коллизионное регулирование договорных обязательств, пространственно не ограничивают волю сторон. По этому пути шло наше предыдущее законодательство, этот же подход сохранен и в новом гражданском законодательстве. Из текста приведенного выше п. 1 ст. 1210 следует, что стороны могут вы-

¹ См.: Луц Л. А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизионные вопросы). М., 1972. С. 45-47.

² См.: Дело № 22/1995, решение от 1 декабря 1995 г. // Практика Международного коммерческого арбитражного суда. Научно-практический комментарий / Сост. и автор М. Г. Розенберг. М., 1997. С. 167—169 (далее — практика МКАС...).

брать в качестве применимого право любого государства. Немногие государства ограничивают право выбора кругом государств, с которыми сделка имеет фактическую связь. Например, согласно ст. 25 польского Закона о международном частном праве 1965 г. стороны могут выбрать право, с которым обязательство «взаимосвязано»; согласно ст. 1—105 Единообразного торгового кодекса США стороны могут выбрать право того государства, с которым «сделка имеет разумную связь».

Временные пределы связаны с периодом, когда стороны могут выбрать право. Как уже указывалось, стороны могут выбрать право при заключении договора или «в последующем» (п. 1 ст. 1210). «В последующем» можно понимать как в любое время после заключения договора, в том числе и при обращении в суд в случае возникновения спора. Однако здесь возникает весьма важный вопрос об обратной силе волеизъявления сторон. Выбор права после заключения договора почти не ограничен во времени, и этот период может быть достаточно длительным. За истекшее время какие-то обязательства могут быть уже выполнены, с этой целью могут быть привлечены третьи лица, что делает актуальным вопрос об обратной силе такого выбора. В новом законе он решается в соответствии с распространенной в мире практикой (п. 3 ст. 1210): во-первых, такой выбор имеет обратную силу и считается действительным с момента заключения договора; во-вторых, при этом не должны ущемляться права третьих лиц. Для сравнения обратимся к швейцарскому Закону о международном частном праве 1987 г. и Гаагской конвенции 1986 г.: «Если он (выбор права. — *Г. Д.*) принят или изменен после заключения договора, то он действует с момента заключения договора. Права третьих лиц не затрагиваются» (п. 3 ст. 116 швейцарского Закона); «Любое изменение применимого права после заключения договора не наносит ущерба формальной действительности договора или правам третьих лиц» (п. 2 ст. 7 Гаагской конвенции).

Основные ограничения автономии воли обусловлены содержанием договорных обязательств. Прежде всего такое ограничение связано с содержанием обязательственного статута, т. е. на какой круг вопросов распространяется избранное сторонами право. Рассмотренная выше сфера действия права, подлежащего применению к договорным обязательствам, распространяется и на тот случай, когда применимое право выбирается соглашением сторон, что прямо указано в ст. 1215: в перечне статей, к которым данное правило должно применяться, есть и регулирующая автономию воли ст. 1210. Однако, устанавливая принцип выбора права соглашением сторон, п. 1 ст. 1210 также содержит указания на некоторые вопросы, которые должны решаться правом, избранным сторонами. Учитывая, что ст. 1215 не устанавливает исчерпывающего круга вопросов, входящих в обязательственный статут (перечень

вопросов сопровождается словом «в частности»), и с учетом положений п. 1 ст. 1210 избранное сторонами право распространяется на следующие вопросы: толкование договора, права и обязанности сторон договора, исполнение договора, последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора, прекращение договора, последствия недействительности договора, а также возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на движимое имущество без ущерба для прав третьих лиц. Следовательно, если при уступке права собственности на движимое имущество последнее обременено притязаниями третьих лиц (например, права залогодержателя), то избранное сторонами право не может отрицательно сказаться на таких правах, даже если по избранному праву они вообще не могли возникнуть. В любом случае по избранному праву не рассматриваются форма договора, право- и дееспособность сторон и любые другие дополнительные вопросы.

Избранное право распространяется также на исковую давность, так как по ст. 1208 исковая давность определяется по праву страны, подлежащему применению к соответствующему отношению. Это правило является выражением известного коллизионного принципа *lex causae*: если обязательственное правоотношение подчинено в соответствии с соглашением сторон шведскому праву, то шведское право будет компетентно отвечать на все вопросы, связанные с исковой давностью.

Следующее возможное ограничение автономии воли, связанное с содержанием договорного обязательства, сводится к тому, должно ли распространяться избранное сторонами право на все договорное обязательство в целом, или стороны вправе подчинить избранному праву по своему усмотрению отдельный вопрос из договорного обязательства или группу вопросов. Отсюда следует дополнительный вопрос: должно ли договорное обязательство быть подчиненно только праву одного государства или разные элементы договорного обязательства могут быть по соглашению сторон подчинены праву разных государств (например, права и обязанности сторон будут определяться российским правом, а последствия неисполнения договора будут рассматриваться по английскому праву)? ГК РФ однозначно устанавливает, что стороны договора могут выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей (п. 4 ст. 1210). Что касается дополнительной ситуации, когда к одному договору может быть применено право разных государств, то она в законодательстве прямо не рассматривается. Однако такая ситуация является неизбежным следствием права сторон выбрать применимое право для отдельных частей договора. Таким образом, предоставляя сторонам возможность выбрать право разных государств для разных частей договора, закон обеспечивает более

полное и свободное волеизъявление сторон, что должно привести к более взвешенному, адекватному и справедливому для обеих сторон регулированию, но, с другой стороны, это усложняет правоприменительный процесс, так как при одновременном применении права разных государств возникает трудно решаемая проблема их сопоставимости, адаптации друг к другу.

Последнее ограничение автономии воли возникает при выборе права иностранного государства. Такое ограничение связано с общепринятым институтом международного частного права—оговоркой о публичном порядке. Избранное сторонами право не должно применяться, если его применение приведет к последствиям, несовместимым с российским правопорядком (публичным порядком). Закрепление в разд. VI ГК нового института императивных норм, который наряду с оговоркой о публичном порядке устанавливает пределы применения иностранного права, также будет ограничивать применение избранного сторонами права. В соответствии со ст. 1192 применение избранного сторонами иностранного права не должно затрагивать действие определенных императивных норм российского законодательства либо в силу указания об этом в самих нормах, либо в силу их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота¹.

Ограничения в применении иностранного права, избранного соглашением сторон в сфере договорных обязательств, с помощью оговорки о публичном порядке и института императивных норм является проявлением общего ограничения применения иностранного права независимо от того, избрано ли право соглашением сторон или с помощью других коллизионных норм, и независимо от того, о какой сфере гражданско-правовых отношений международного характера идет речь. Вместе с тем ГК предусмотрел специальное ограничение автономии воли сторон договора с помощью института императивных норм. Избранное сторонами право ограничивается обязательным применением императивных норм права другого государства, с которым договор реально связан.

Это ограничение предусмотрено п. 5 ст. 1210: «Если из совокупности обстоятельств дела, существовавших на момент выбора подлежащего применению права, следует, что договор реально связан только с одной страной, то выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм страны, с которой договор реально связан». На что следует обратить внимание при применении данного положения:

¹ Институты оговорки о публичном порядке и императивных норм были рассмотрены в гл. 5 настоящего учебника.

1) из всей совокупности обстоятельств дела следует, что договор реально связан только с одной страной, а стороны выбрали другое право. «Реально» означает, что договор преимущественно связан с правом одного государства. Например, российский предприниматель на территории ОАЭ заключил договор с местной фирмой о выполнении проектных и изыскательских работ, связанных с одним из районов ОАЭ. После выполнения предусмотренных договором работ вознаграждение российскому предпринимателю должно быть начислено на его счет в местном банке. Как видим, договор почти целиком связан с правом ОАЭ, но стороны при заключении договора выбрали в качестве права, подлежащего применению для регулирования их договорных обязательств, английское право;

2) такого рода обстоятельства должны существовать на момент выбора права, что предполагает знание сторон о существовании этих обстоятельств. В данном примере соответствующие обстоятельства существовали и были известны сторонам на момент заключения договора, что совпало и с моментом выбора права, так как все эти обстоятельства были зафиксированы в самом договоре;

3) при наличии таких обстоятельств выбор права сторонами не может затрагивать действие императивных норм права, с которым связан договор. В нашем примере это императивные нормы права ОАЭ.

Таким образом, реальная связь договора с правом одной страны не лишает стороны возможности выбрать право любого другого государства, даже если договор с ним вообще не связан. Но наряду с избранным правом должны быть применены императивные нормы государства, с которым договор реально связан.

12.3.3. Закон наиболее тесной связи — Proper Law и другие коллизионные правила

Международное частное право, предоставляя сторонам договора возможность по взаимному соглашению выбрать право какого-либо государства для регулирования их договорных обязательств, придает этому правилу первостепенное значение. Все другие способы выбора права, компетентного регулировать договорные обязательства, носят вторичный характер, так как применяются они только тогда, когда стороны право не выберут.

Из этого признанного положения исходит и российское законодательство: в случае если отсутствует соглашение сторон о подлежащем применению праве либо если из договора или сопутствующих обстоятельств неясно, какому праву стороны намеревались подчинить свои правоотношения, в законодательстве предусматриваются дополнительные, субсидиарные правила о выборе права, регламентирующего договорные обязательства. В предыдущем законодательстве — Основах 1991 г. в качестве субсиди-

арной привязки предусматривалось применение права страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая *осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора*. Иначе говоря, предусматривалась отсылка к праву государства той стороны договора, обязательства которой составляют главное содержание, особенность конкретного договора. Для отдельных видов договоров общее коллизионное правило конкретизировалось указанием той стороны договора, чье право должно применяться: продавца — в договоре купли-продажи, наймодателя — в договоре имущественного найма, лицензиара — в лицензионном договоре, хранителя — в договоре хранения, комиссионера — в договоре комиссии и т. п. Все перечисленные коллизионные правила являются выражением известного коллизионного принципа *lex venditoris* в широком и узком значениях.

Обращение Основ гражданского законодательства 1991 г. к закону страны продавца в широком значении для установления компетентного правопорядка по внешнеэкономическим обязательствам отразило новые тенденции в развитии международного частного права. Закон страны продавца, который должен был применяться, если стороны не выбрали право, впервые был закреплен в Гаагской конвенции 1955 г. о праве, применимом к международной купле-продаже товаров. Здесь он был закреплен в узком, первичном его значении как право продавца той стороны в договоре купли-продажи, чье обязательство составляет специфику договора. Внутреннее право государств восприняло закон страны продавца в широком его значении, распространив на все договоры, толкуя его как право той стороны договора, чье обязательство является характерным для конкретного договора (для договора купли-продажи — это продавец, для договора аренды — это арендодатель, для договора поручения — это поручитель и т. д.). Именно в таком значении закон страны продавца был закреплен в чехословацком Законе о международном частном праве и процессе 1963 г., в польском Законе о международном частном праве 1965 г., в венгерском Законе о международном частном праве 1979 г. Закон страны продавца и в узком и в широком понимании используется в большинстве новых кодификаций международного частного права и в международных договорах.

Вместе с тем в более поздних кодификациях международного частного права была законодательно оформлена еще одна тенденция в выборе компетентного правопорядка для договорных обязательств, сложившаяся в практике, — обращение к праву того государства, с которым конкретный договор наиболее тесно связан — *Proper Law of the Contract* (право, присущее данному контракту, или закон наиболее тесной связи).

Истоки данного способа выбора права лежат в английском праве, согласно которому если стороны не выбрали право ни явно, ни молчаливо, то судья поставит вопрос о так называемой предполагаемой, гипотетической воле сторон: какое бы право выбрали «разумные люди», «добрый отец семейства» в данных обстоятельствах? Исходя из критериев справедливости, разумности, английский судья, изучив все обстоятельства дела, определит право, присущее данному договору, т. е. право, с которым данный договор наиболее тесно связан. При этом суд не связан никакими твердыми коллизионными привязками¹.

Несмотря на неопределенность, субъективность закона наиболее тесной связи, в последнее время он был воспринят в континентальной судебной-арбитражной практике и некоторыми правовыми системами континентального права. Считается, 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 приведет 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, или закон, присущий данному контракту. Он был закреплен в австрийском Законе о международном частном праве 1978 г., в немецком Законе о новом регулировании международного частного права 1986 г., в швейцарском Законе о международном частном праве 1987 г., в румынском Законе применительно к регулированию отношений международного частного права 1992 г., в венесуэльском Законе о международном частном праве 1999 г., в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., в Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. и др.

Однако, восприняв идею наиболее тесной связи, законы европейских стран и международные договоры придали ей несколько иное содержание. Предусмотрев применение закона наиболее тесной связи в качестве субсидиарной привязки (при отсутствии соглашения сторон о применимом праве), законодатель формулирует конкретные привязки, которые, с его точки зрения, презюмируют наиболее тесную связь. Например, закон Швейцарии устанавливает, что при отсутствии выбора права сторонами договор подчиняется праву страны, с которым он связан наиболее

¹ См.: Чешир Н. Указ. соч. С. 259-260.

тесным образом (п. 1 ст. 117). Во второй части этой статьи законодатель поясняет: «Предполагается, что тесная взаимосвязь имеет место со страной, в которой одна из сторон, *осуществляющая характерные услуги*, имеет свое обычное местопребывание...» и далее конкретизирует эти стороны по отдельным договорам: по договору продажи — услуги продавца, по договору хранения — услуги хранения и т. д. Иначе говоря, в качестве презумпций наиболее тесной связи выступает все тот же закон страны продавца в широком его значении как закон стороны, чье обязательство является характерным для данного договора. Реально отсылка к закону наиболее тесной связи будет применена тогда, когда будет обсуждаться договор, не указанный в швейцарском законе. Следовательно, швейцарское право при отсутствии выбора права сторонами формально придает закону наиболее тесной связи решающее значение, а фактически он может играть лишь вспомогательную роль при наличии пробела в швейцарском праве.

Большую значимость положению о наиболее тесной связи придает немецкое право. Статья 28 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению (далее — ГГУ) построена по образцу рассмотренной статьи швейцарского закона: если стороны не выбрали право, то применяется право, с которым договор наиболее тесно связан; затем перечисляются презумпции такой связи, среди которых преобладает закон страны продавца в широком его значении. Однако в отличие от швейцарского Закона п. 5 ст. 28 дополнительно предусматривает, что указанные презумпции «не действуют, если из совокупности обстоятельств следует, что договор имеет более тесную связь с каким-либо иным государством». Такое уточнение означает, что при отсутствии выбора права сторонами необходимо прежде всего найти право, с которым договор имеет наиболее тесную связь, и лишь при отсутствии такой реальной связи можно воспользоваться теми твердыми привязками, которые установил законодатель в виде презумпций.

В таком же аспекте, как и в немецком законе, закреплен закон наиболее тесной связи в Гаагской конвенции 1986 г. и в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., действующей между странами Европейского союза.

Означенные тенденции коллизионного регулирования договорных обязательств нашли закрепление в новом российском законодательстве по международному частному праву. В соответствии с п. 1 ст. 1211 при отсутствии соглашения сторон о применимом праве «к договору применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан», т. е. формулируется единая субсидиарная привязка — закон наиболее тесной связи. При этом «правом страны, с которой договор наиболее тесно связан, 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» (п. 2). И далее конкретизируется та сторона в договоре, чье исполнение имеет решающее значение: продавец—в договоре купли-продажи, даритель —в договоре дарения, арендодатель — в договоре аренды, ссудодатель — в договоре безвозмездного пользования, подрядчик — в договоре подряда, перевозчик—в договоре перевозки, экспедитор — в договоре транспортной экспедиции и т. д. (всего 19 договоров).

Таким образом, ст. 1211 использует известный коллизионный принцип закона страны продавца как в узком (для договора купли-продажи), так и в широком значении для всех 19 поименованных договоров, который впервые был закреплен в нашем праве в Основах 1991 г. Правда, в Основах этот принцип был закреплен в качестве самостоятельной коллизионной привязки для каждого вида договора, а в Гражданском кодексе он используется в качестве презумпций для установления права того государства, с которым конкретный договор наиболее тесно связан. В п. 4 дан еще ряд договоров, для которых установлены иные презумпции наиболее тесной связи с конкретным государством, право которого должно применяться: 1) в отношении договора строительного подряда и договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ —право страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты (в качестве презумпции используется закон места исполнения обязательств—*lex loci solutionis*); 2) в отношении договора простого товарищества—право страны, где в основном осуществляется деятельность такого товарищества (закон места основной хозяйственной деятельности); 3) в отношении договора, заключенного на аукционе, по конкурсу или на бирже,— право страны, где проводится аукцион, конкурс или находится биржа (закон места совершения акта —*lex loci actus*).

При такой тщательной и дифференцированной разработке презумпций наиболее тесной связи неизбежно возникает вопрос, какую роль играет сформулированная главная субсидиарная привязка о применении права страны, с которой договор наиболее тесно связан?

Прежде всего она выполняет роль основной принципиальной идеи, основного направления правового регулирования договорных обязательств международного характера. Поиск компетентного правопорядка должен быть направлен на установление права, с которым договор реально связан. Только такое право способно обеспечить наиболее адекватное и справедливое регулирование. Выбор права с помощью конкретной коллизионной привязки, основанной на формальной критерии, может привести к выбору случайного, «чужого» права для данного договора.

Второе назначение принципа наиболее тесной связи заключается в том, чтобы корректировать применение сформулированных презумпций. С одной стороны, развернутая система презумпций, которые по существу выполняют функцию коллизионных привязок для каждого вида договора, как бы не оставляет места для принципа наиболее тесной связи, ибо каждая такая презумпция предполагает применение права, в ней указанного (например, право страны страховщика к договору страхования — подп. 12 п. 3 ст. 1211 ГК). Однако, с другой стороны, формулируя в качестве общей презумпции наиболее тесной связи для всех договоров право государства, которому принадлежит сторона, чье исполнение является решающим для содержания данного договора (закон страны продавца в широком значении), п. 2 ст. 1211 одновременно устанавливает пределы применения этой презумпции: она применяется только тогда, когда «иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела». Следовательно, если при поиске применимого права выясняется, что либо из закона, либо из условий или существа договора, либо из всей совокупности обстоятельств договор реально связан с правом одного государства, а применение указанной презумпции ведет к выбору права другого государства, то такая презумпция не подлежит применению. При данных обстоятельствах следует применить право страны, с которой договор наиболее тесно связан.

Примером, когда из закона вытекает «иное», в целом по аналогии со ст. 1211 может быть ст. 1213, предусматривающая выбор права к договору в отношении недвижимости. Если стороны не выбрали право, то применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Таким является право страны, где находится недвижимое имущество, т. е. в качестве презумпции используется закон места нахождения имущества — *lex rei sitae*. Так же, как и в ст. 1211, указывается, что это правило применяется, «если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела». Иное, вытекающее из закона, предусмотрено в п. 2 этой же статьи: к договорам в отношении находящихся на территории РФ земельных участков, участков недр, обособленных водных объектов и иного недвижимого имущества применяется российское право. Следовательно, ни принцип автономии воли сторон, ни принцип наиболее тесной связи здесь не применяется: закон требует однозначного применения российского права.

Третья роль принципа наиболее тесной связи вытекает из общего его назначения при регулировании всех видов гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом, закрепленного п. 2 ст. 1186 ГК: если в соответствии с коллизионными нормами невозможно определить право, подлежащее при-

нению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано. Отсюда следует, что если в соответствии с презумпциями невозможно определить право, подлежащее применению к договорным обязательствам, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Один из подобных вариантов предусмотрен непосредственно в ст. 1211, п. 5 которой устанавливает, что к договору, содержащему элементы различных договоров, применяется право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан.

Принцип наиболее тесной связи выполняет еще одну функцию: он устанавливает пределы «автономии воли» сторон, что было рассмотрено выше. В соответствии с п. 5 ст. 1210 ГК РФ, если из всей совокупности обстоятельств следует, что договор реально связан лишь с одной страной, а стороны выбрали право какой-либо другой страны, то их выбор не затрагивает действия императивных норм того права, с которым договор реально связан (например, нормы о защите прав потребителей).

Закон наиболее тесной связи применяется не ко всем договорам. В ГК таких договоров два: договор с участием потребителя и договор о создании юридического лица с иностранным участием.

Специальное правовое регулирование договора с участием потребителя связано с необходимостью обеспечения прав и законных интересов потребителя (ст. 1212). К этому виду договоров относится договор с участием физического лица, которое использует для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, либо имеет намерение использовать, приобрести или заказать такие вещи (работы, услуги). Установление права, подлежащего применению, осуществляется на основании двух коллизионных привязок: автономии воли и закона места жительства потребителя — *lex domicilii*.

Причем закон места жительства имеет главное значение.

Во-первых, в соответствии с п. 2 ст. 1212 при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны места жительства потребителя при наличии одного из следующих трех обстоятельств:

- 1) заключению договора предшествовала в стране места жительства потребителя оферта, адресованная потребителю, или реклама и потребитель в этой же стране совершил действия, необходимые для заключения договора (например, отправил акцепт, сделал заказ, заплатил деньги и пр.); либо

- 2) контрагент потребителя или представитель контрагента получил заказ в стране места жительства потребителя (независимо от того, где заказ выполнялся); либо

3) заказ на приобретение движимых вещей, выполнение работ или оказание услуг сделан потребителем в другой стране, посещение которой было инициировано контрагентом потребителя в целях побуждения потребителя к заключению договора.

Во-вторых, закон места жительства потребителя ограничивает автономию воли сторон. Выбор права по соглашению сторон не может лишить потребителя прав, предоставляемых ему императивными нормами права страны места жительства потребителя, и права на защиту этих прав при наличии одного из обозначенных выше обстоятельств (п. 1 ст. 1212).

Рассмотренные правила не распространяются на два вида договоров с участием потребителя. Первое исключение касается договора перевозки: даже если договор перевозки заключается с физическим лицом в качестве потребителя, он будет регулироваться по общим правилам ст. 1211, т. е. по праву страны, с которой наиболее тесно связан, и в частности — по праву страны перевозчика. Однако договоры на оказание за общую цену услуг по перевозке и размещению (например, договоры в сфере туристических услуг) будут регулироваться по правилам, предусмотренным пп. 1 и 2 ст. 1212.

Второе исключение касается договора о выполнении работ или об оказании услуг, если работа должна быть выполнена или услуги должны быть оказаны исключительно в иной стране, чем страна места жительства потребителя. Речь идет о договорах, не связанных со страной места жительства потребителя ни одним из трех рассмотренных выше обстоятельств. Они будут регулироваться по общим правилам ст. 1211 в зависимости от конкретного вида договора: правом страны комиссионера или подрядчика, или страховщика и т. п.

Еще один договор, на который не распространяется закон наиболее тесной связи — это договор о создании юридического лица с иностранным участием. В этом случае применяется право страны, в которой согласно договору подлежит учреждению юридическое лицо (ст. 1214). Специальное регулирование здесь объясняется неразрывной связью договора о создании юридического лица с его правосубъектностью, определяемой личным законом самого юридического лица. Статья 1202 ГК РФ устанавливает, что личным законом юридического лица является право страны, где оно учреждено. Поэтому подчинение договора о создании юридического лица праву страны, в которой оно должно быть учреждено, вполне соответствует юридической логике.

Наконец, закон наиболее тесной связи не распространяется на обязательства, возникающие из односторонних сделок (ст. 1217). Так как особенность таких обязательств заключается в том, что они возникают из действий одного лица, то праву этого лица и должно подчиняться такое обязательство. Действия лица, совер-

шающего одностороннюю сделку, является решающими и единственными для содержания обязательства, поэтому компетентным правом для односторонней сделки является право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке.

12.4. Форма внешнеэкономических сделок

В международном частом праве издавна сложилось правило, что форма сделки (или шире —любого гражданско-правового акта) подчиняется праву места совершения сделки (акта) —*locus regit formam actus*. В связи с тем, что место совершения сделки может носить случайный характер, в XIX в. сформировалось правило, подчиняющее форму сделки праву страны, которое регулирует само обязательство, вытекающее из сделки, т. е. закон существа сделки—*lex causae*. Тем более что особенности формы сделки связаны с особенностями содержания сделки. Например, несложный договор купли-продажи часто совершается в устной форме, а договор подряда на строительство промышленного объекта едва ли возможен в устной форме. В настоящее время применение к форме сделки *lex causae* получило широкое распространение. Однако первоначальная формула закона места совершения сделки сохранилась либо в качестве альтернативной, либо в качестве дополнительной (субсидиарной) привязки. Например, в швейцарском Законе о международном частном праве 1987 г. эти два правила сформулированы достаточно лаконично: «Договор считается заключенным в надлежащей форме, если она соответствует праву, применимому к договору, или праву места заключения договора»—п. 1 ст. 124. Как видим, обе коллизионные привязки равнозначны, альтернативны: достаточно соблюдения формы договора по одному из правил. Аналогично решен вопрос о форме договора в Вводном законе к ГГУ (ст1),), в польском Законе о международном частном праве 1965 г. (ст. 12). Иногда используется и третья коллизионная привязка, отсылающая к закону суда, т. е. к собственному праву, например в венгерском Законе о международном частном праве 1979 г. Применение двухзначной коллизионной формулы (закона существа обязательства и закона места совершения сделки) закреплено также в ст. 11 Венской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи 1986 г. и в других международных договорах¹.

В отечественном праве коллизионные вопросы формы сделок решены в ст. 1209 ГК, п. 1 которой устанавливает: «Форма сделки

¹ Названные законы и Конвенцию см.: *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Указ. соч. С. 225-231, 249.

подчиняется праву места ее совершения. Однако сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права». Эти же правила «применяются и к форме доверенности» (абз. 2 п. 1).

Как видим, п. 1 ст. 1209 ГК закрепляет традиционное коллизионное правило, отсылающее определение формы сделки к праву страны, где она совершена: если за рубежом, то ее форма должна соответствовать требованиям, установленным в соответствующем иностранном праве; если в России — то форма должна соответствовать российскому праву. Одновременно устанавливается дополнительная (субсидиарная) привязка: достаточно, если форма сделки, совершенной за рубежом, будет соответствовать российскому праву. Рассмотренное правило полностью повторяет правило о форме сделок, используемое в предшествующем законодательстве: в п. 1 ст. 165 Основ 1991 г. Оно отвечает нашей давно сложившейся практике. В него лишь включен дополнительный абзац о применении этого правила к форме доверенности, что также присутствовало в Основах, но в качестве самостоятельного п. 3 ст. 165.

Обратим внимание на несколько обстоятельств. Во-первых, рассмотренное правило является основной коллизионной нормой, устанавливающей выбор права в отношении формы любых международных гражданско-правовых сделок, в том числе доверенности. Два остальных пункта этой статьи являются исключениями из означенного общего правила. Исходя из исключений, установленных в пп. 2 и 3, в объем основного правила не входят внешнеэкономические сделки и сделки с недвижимостью. Однако тот факт, что внешнеэкономические сделки вынесены в отдельный пункт, не означает, что п. 1 охватывает только бытовые сделки для удовлетворения собственных потребностей, например иностранное юридическое лицо приобретает мебель для своего офисного помещения в Москве. Поскольку п. 2 применяется только к внешнеэкономическим сделкам, стороной которой является российский предприниматель, то предпринимательская сделка, совершенная за рубежом между двумя иностранными участниками (например, одной стороной является дочернее предприятие, учрежденное российской компанией за рубежом, которое формально юридически является иностранной компанией), с точки зрения формы также будет рассматриваться по иностранному праву в соответствии с п. 1. Во-вторых, если при совершении сделки за рубежом будут нарушены требования местного права в отношении формы, то при рассмотрении спора в России такая сделка будет действительна, если ее форма удовлетворяет требованиям российского права. Следовательно, отсылка к российскому праву используется в качестве дополнительного (субсидиарного) коллизионного начала. Наличие та-

кой субсидиарной коллизионной привязки направлено на! защиту российского рынка. Если совершенная за границей сделка своими последствиями каким-либо образом связана с Россией, важно, чтобы были соблюдены требования к форме сделки, установленные российским правом.

Первое исключение из рассмотренного коллизионного правила установлено в п. 2 в отношении формы внешнеэкономической сделки: ее форма независимо от места совершения сделки всегда подчиняется российскому праву. Для применения этого правила внешнеэкономическая сделка должна отвечать определенному субъектному составу. В рассматриваемой коллизионной норме предусмотрены два варианта. Согласно первому одной из сторон сделки является российское юридическое лицо. Согласно второму одной из сторон сделки является физическое лицо, которое должно отвечать следующим требованиям: быть предпринимателем (лицо, «осуществляющее предпринимательскую деятельность») и его личным законом в соответствии со ст. 1195 является российское право. Статья 1195 устанавливает шесть случаев, когда личным законом физического лица может быть российское право: лицо является российским гражданином, лицо наряду с российским гражданством имеет иностранное гражданство, иностранный гражданин имеет место жительства в России, лицо, имеющее несколько иностранных гражданств, проживает в России, лицо без гражданства проживает в России, беженец получил убежище в России. Если стороной внешнеэкономической сделки будет физическое лицо, отвечающее одному из шести вариантов, ее форма будет определяться российским правом независимо от места совершения.

Отсылка к своему праву для определения формы внешнеэкономической сделки сложилось еще в советское время, когда существовал особый порядок подписания этих сделок, направленный на обеспечение государственной монополии на внешнеэкономическую деятельность. • Из прошлых времен осталось единственное императивное требование к форме любой внешнеэкономической сделки при соблюдении указанного выше ее субъектного состава: она должна быть совершена в письменной форме, даже если право места заключения сделки разрешает любую форму: «Несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет недействительность сделки» (п. 3 ст. 162 ГК РФ). Требования, установленные в п. 3 ст. 162 и п. 2 ст. 1209 ГК входят в оговорку о публичном порядке в позитивной форме: относится к тем императивным нормам, которые в силу особого значения для защиты российского правопорядка должны применяться всегда в соответствии со ст. 1192 ГК.

Второе исключение из основного коллизионного правила, установленного в п. 1, касается сделок с недвижимым имуществом:

форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где недвижимость находится (п. 3). Традиционная привязка подчинения формы сделки закону места ее совершения уступает вещному статусу, т. е. праву государства места нахождения вещи, которое регулирует весь комплекс вопросов, определяющих правовое положение недвижимости, в том числе и форму сделок с этим имуществом. Отсылка к праву места нахождения недвижимого имущества оправданна, так как каждое государство предусматривает особый порядок заключения сделок по поводу такого имущества: нарушение его ведет к недействительности сделки. Прежде чем выбрать применимое право на основе рассматриваемого пункта, следует убедиться, что имущество, по поводу которого возникла спорная ситуация, является действительно недвижимым. Иными словами, дать юридическую квалификацию юридическому понятию «недвижимое имущество». Согласно п. 2 ст. 1205 такая квалификация должна осуществляться также по праву страны, где имущество находится.

Данный пункт содержит еще одно коллизийное правило: форма сделки в отношении недвижимого имущества, которое внесено в Государственный реестр РФ, определяется по российскому праву. Применение этой коллизийной нормы также связано с предварительным толкованием, порядок которого определен в ст. 1187 ГК: при определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий осуществляется в соответствии с российским правом. В частности, для раскрытия понятия «сделки с недвижимым имуществом, которое внесено в государственный реестр», следует прежде всего руководствоваться Федеральным законом от 27 июля 1997 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». В этом Законе дан следующий перечень сделок с недвижимым имуществом, подлежащим государственной регистрации: сделки, влекущие возникновение, переход, ограничения (обременения) прав на недвижимое имущество, включая аренду, ипотеку, доверительное управление. Кодекс торгового мореплавания РФ подробно регламентирует порядок государственной регистрации судов, прав и сделок на них. Гражданский кодекс устанавливает объекты, относящиеся к недвижимому имуществу.

Аналогичные коллизийные правила в отношении формы внешнеэкономических сделок содержатся в Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, заключенном странами — членами СНГ в 1992 г. Это неудивительно, поскольку рассмотренные правила сложились еще в советский период и сохраняются в настоящее время. В соответствии со ст. 11 Соглашения «форма сделки определяется по законодательству места ее совершения», «форма сделок по поводу строений, другого недвижимого имущества и прав на него опре-

деляется по законодательству места нахождения такого имущества» (п. «Г»); «форма и срок действия доверенности определяется по законодательству государства, на территории которого выдана доверенность» (п. «Д»).

Нельзя не отметить, что решение вопросов о форме внешнеэкономических сделок как коллизионно-правовых, так и материально-правовых, предусмотренное в российском праве и в Соглашении 1992 г. между странами — членами СНГ, в значительной степени расходится с новыми тенденциями, складывающимися в мировой практике. В континентальном и англо-американском праве нет никаких императивных требований к форме сделок, в том числе внешнеэкономических, — они могут совершаться и в письменной, и в устной форме (какие-то требования могут устанавливаться только для определенных видов сделок). Эта практика нашла отражение в Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Согласно ст. 11 «не требуется, чтобы договор купли-продажи заключался или подтверждался в письменной форме или подчинялся иному требованию в отношении формы. Он может доказываться любыми средствами, включая свидетельские показания».

Одновременно Конвенция предусматривает компромиссный вариант для государств, которые исходят из обязательности письменной формы. Суть его в том, что государство, законодательство которого требует обязательного соблюдения письменной формы для договора международной купли-продажи, может сделать при присоединении к Конвенции оговорку о неприменении ст. 11, если хотя бы одна сторона договора имеет коммерческое предприятие в этом государстве (ст. 96). Для тех государств, которые воспользовались этим правом, вместо ст. 11 действует ст. 12 Конвенции, которая в императивной форме запрещает применение положений о возможности заключения договора не в письменной форме (в ст. 12 подчеркивается, что стороны договора купли-продажи не могут отступить от ее положений или изменить ее действие). СССР, присоединяясь к Конвенции, сделал такую оговорку.

¹ Следовательно, для российских предпринимателей соблюдение письменной формы остается обязательным, в том числе и для внешнеэкономических сделок, лежащих в сфере действия Конвенции 1980 г., если хотя бы одна из сторон имеет свое коммерческое предприятие на российской территории¹.

¹ На такой позиции неизменно стоит практика МКАС, который всегда признает недействительными контракты при несоблюдении письменной формы их заключения, изменения или прекращения (например: дело № 304/1993, решение от 3 марта 1995; дело № 22/1995, решение от 1 декабря 1995). См.: Практика МКАС... С. -46-54; 167-174.

12.5. Договор международной купли-продажи

Существенные различия в нормах национального законодательства, регулирующего отношения купли-продажи, являются, несомненно, фактором, сдерживающим развитие торговых отношений между государствами. Стороны договора международной купли-продажи (далее—договор МКП) стремятся во избежание различных двусмысленных толкований как можно подробнее оговорить свои отношения в договоре. В связи с этим возникает потребность в создании унифицированных норм, регулирующих международную куплю-продажу. Наиболее важным результатом в этой области является Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров, принятая на дипломатической конференции в Вене в 1980 г. и получившая широкую известность как Венская конвенция 1980 г.

Процесс создания подобного нормативного акта о международной купле-продаже товара был начат еще перед началом Второй мировой войны. В начале 30-х годов Международный институт унификации частного права подготовил проекты двух единообразных законов о купле-продаже товара и о заключении договора купли-продажи товаров для обсуждения с представителями различных государств в Лиге Наций. Однако работа над законами была прервана Второй мировой войной. Она была возобновлена лишь в 50-х годах. Эта работа завершилась принятием в 1964 г. на состоявшейся в Гааге дипломатической конференции двух конвенций: Конвенции о единообразном законе о международной купле-продаже товара и Конвенции о единообразном законе о заключении договоров международной купли-продажи товара. Их принятие в целом положительно повлияло на развитие процесса унификации и принятие национальных нормативных актов по вопросам международной купли-продажи. Однако данные конвенции не учитывали интересы большинства государств, участвующих во всемирном торговом обороте, в частности не учитывали специфику различных сложившихся систем права.

Эти и другие причины, обусловленные потребностями международного торгового оборота, побудили Комиссию ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) подготовить новый документ по унификации норм, регулирующих договор международной купли-продажи.

Подготовленная Комиссией Конвенция о договорах международной купли-продажи товара была принята на конференции в Вене 10—11 апреля 1980 г. в присутствии представителей 62 стран, а также различных международных правительственных и неправительственных организаций. Данная Конвенция носит универсальный и компромиссный характер, поскольку в ней учтены принципы и институты различных правовых систем, а также

приняты во внимание новые тенденции в международной торговле. Венская конвенция, которую подписали более 60 государств, вступила в силу с 1 января 1988 г.¹

В преамбуле Венской конвенции отмечается, что принятие единообразных норм, регулирующих договоры международной купли-продажи товаров, будет способствовать устранению правовых барьеров в международной торговле и содействовать ее развитию. В ней также подтверждаются принципы равенства и взаимной выгоды как основные для развития международной торговли и дружественных связей между народами.

К договорам международной купли-продажи Венская конвенция относит договоры купли-продажи, заключаемые между контрагентами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах.

Если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, во внимание принимается то из них, с которым договор имеет наиболее существенную связь. Ни национальность сторон, ни их гражданский или торговый статус не принимаются во внимание при решении вопроса о применимости Венской конвенции. Факт места нахождения сторон в разных государствах должен быть закреплен в договоре купли-продажи или вытекать из имевших место до или в момент его заключения деловых отношений или обмена информацией между сторонами. Отметим несколько положений, связанных с особенностями применения Венской конвенции.

1. Положения Конвенции являются юридически обязательными для всех лиц, находящихся под юрисдикцией государства — участника Конвенции (в том числе и России), при условии, что договор купли-продажи заключен со стороной, находящейся под юрисдикцией другого государства-участника.

2. Вместе с тем Конвенция носит диспозитивный характер. Диспозитивность проявляется на двух уровнях. Во-первых, в соответствии со ст. 92 государство при присоединении к Конвенции вправе сделать оговорку о том, что оно не будет связано либо ч. II «Заключение договора», либо ч. III «Купля-продажа товаров». Например, Дания, Норвегия, Финляндия, Швеция сделали оговорку о неприменении ч. II Конвенции. Следовательно, на территории данных государств она действует в урезанном виде, и если российский предприниматель заключает договор с пред-

¹ На территории СССР она вступила в силу с 1 сентября 1991 г. // Ведомости ВС СССР и СНД СССР. 1990. № 23. Ст. 428. Россия является ее участником как правопреемник. На июль 2001 г. 59 государств участвовало в Конвенции, включая Белоруссию, Грузию, Молдову, Украину, Узбекистан, Латвию, Литву, Эстонию.

принимателями из этих стран, то он не обязан руководствоваться положениями ч. II Конвенции.

Раньше порядок заключения договора МКП и его содержание регламентировались двумя вышеназванными конвенциями 1964 г. «Относительно единообразного закона о заключении договора международной купле-продажи» и «Относительно единообразного закона о международной купле-продаже товаров». Государства могли участвовать в одной из них. Венская конвенция призвана заменить оба акта 1964 г., в ней даже есть положение (ст. 99), что при присоединении государство обязано денонсировать ту конвенцию 1964 г., в которой оно участвует. Поэтому и было включено в Венскую конвенцию положение о праве присоединяющегося государства отказаться от применения той или иной ее части.

Во-вторых, диспозитивность Венской конвенции обращена и к самим сторонам договора МКП. Согласно ст. 6 стороны могут исключить применение Конвенции полностью. Например, в тексте договора МКП стороны прямо укажут, что положения Конвенции не применимы для регулирования отношений сторон по данному договору. Стороны могут отступить от любого конкретного положения Конвенции или изменить его действие. При этом, однако, сделано одно исключение: стороны не вправе отступить от ст. 12 или изменить ее действие (об обязательности письменной формы договора МКП, о чем подробно сказано выше).

Можно ли рассматривать включение в договор МКП указания о применимом праве (в силу коллизионного принципа автономии воли — *lex voluntatis*) как соглашение сторон о неприменении Венской конвенции? Хотя в целом ответ должен быть отрицательным, он не может быть однозначным. Например, стороны, имеющие коммерческие предприятия на территории государств, участвующих в Конвенции, выбрали в качестве применимого право государства, которое не является участником Конвенции. Воля сторон юридически обязательна, и их отношения должны регулироваться избранным ими правопорядком. Но стороны прямо не отказались от применения Конвенции, поэтому в случае пробела в избранном национальном праве субсидиарно будут применяться положения Венской конвенции. Напротив, ответ будет иным, если стороны выбрали право государства, которое является участником Конвенции. Даже если стороны или одна из них не имеют коммерческого предприятия на территории участвующего в Конвенции государства, положения Конвенции могут быть применимы на основании п. 1 (b) ст. 1, предусматривающего ее применение, «когда согласно нормам международного частного права применимо право Договаривающегося государства». В этом случае избранное сторонами право будет лишь субсидиарно применяться

по вопросам, которые либо вообще не входят в предмет Конвенции, либо входят, но «прямо в ней не разрешены» (п. 2 ст. 7)¹.

3. Венская конвенция понимает «товар», который является предметом купли-продажи, как определенную материальную вещь, а не право. Эти вещи могут иметь как родовые признаки, так и индивидуальные. Товары могут существовать в момент заключения договора или должны быть произведены в будущем. Покупатель (заказчик) вправе поставить материалы для изготовления товара. Поэтому Конвенция проводит разграничение между договором МКП товара, изготавливаемого из «давальческого» сырья, который регулируется Конвенцией, и договором подряда, который Конвенцией не регулируется: договор на поставку товаров, подлежащих изготовлению, считается договором купли-продажи, если сторона, заказывающая товар, не берет на себя обязанность поставить «*существенную часть материалов, необходимых для изготовления или производства таких товаров*» (п. 1 ст. 3).

4. Из сферы действия Конвенции исключен по различным причинам целый ряд товаров (ст. 2):

а) товары для личного семейного или домашнего пользования, что связано с имеющимся в большинстве стран законодательством о защите потребителей, нормы которого в большинстве случаев носят императивный характер;

б) товары, проданные с аукциона, в связи с тем, что при их продаже руководствуются специально разработанными аукционными правилами;

в) товары, подлежащие принудительной продаже в силу закона (например, исполнительное производство);

г) другие специфические товары (фондовые бумаги, акции, обеспечительные бумаги, оборотные документы, деньги, суда водного и воздушного транспорта, суда на воздушной подушке, электроэнергия).

5. Наконец, применение Конвенции ограничено и по кругу вопросов. Не все вопросы, связанные с куплей-продажей, решаются в ней. Согласно ст. 4 Конвенция регулирует «*только заключение договора купли-продажи и те права и обязанности продавца и покупателя, которые возникают из такого договора*». Эти две группы отношений соответственно регулируются ч. II «Заключение договора» и ч. III «Купля-продажа товаров». Именно эти части являются сердцевинной, основной содержательной частью Конвенции. Две другие части (I и IV) решают главным

¹ Это подтверждается практикой МКАС, который исходит из того, что выбор сторонами контракта права страны — участницы Венской конвенции не исключает применения положений Конвенции. Например, дело № 142/1994, решение от 25 апреля 1995; дело № 22/1995, решение от 1 декабря 1995 (см.: Практика МКАС... С. 83-87, 248).

образом вопросы, связанные с функционированием Конвенции как международного договора.

Кроме того, дополнительно Конвенция перечисляет вопросы, к которым она не применяется: а) действительность самого договора или каких-либо из его положений или любого обычая; б) последствия, которые может иметь договор в отношении права собственности на проданный товар; в) ответственность продавца за причиненные товаром повреждения здоровья или смерти какого-либо лица.

Следовательно, Конвенция регулирует порядок заключения договора МКП (оферту, акцепт, момент заключения договора), права и обязанности сторон по договору МКП, переход рисков случайной гибели или повреждения товара, ответственность сторон за неисполнение своих обязательств, освобождение от ответственности.

Порядок заключения договора купли-продажи рассматривается во второй части Венской конвенции. Она устанавливает перечень необходимых условий действительности *оферты* (предложение заключить договор), а именно: наименование товара и цена — определенная или определяемая. Кроме того, оферта должна быть адресована конкретному лицу. Но если в оферте не указана цена товара и не указан порядок ее определения, то ст. 55 предусматривает возможность заключения контракта без указания цены. В этом случае считается, что стороны предполагали ссылку на цену, которая в момент заключения договора взималась за такие товары на подобных условиях.

Оферта вступает в силу с момента получения ее адресатом и может быть *отзывной* и *безотзывной*. Нельзя отозвать оферту, если в ней указывается определенный срок для *акцепта* (согласие заключить договор) или адресат оферты рассматривал ее как безотзывную. После рассмотрения оферты адресат должен ее акцептовать, сделав определенное заявление, или совершить определенные действия, свидетельствующие о согласии с офертой. Молчание или бездействие само по себе акцептом не являются.

Акцепт должен содержать лишь согласие с офертой и не вносить какие-либо встречные предложения, в противном случае это будет считаться отклонением оферты. *Согласие на заключение договора, в котором предлагаются новые условия, не является акцептом, а рассматривается как новая оферта*. Договор считается заключенным в момент, когда акцепт оферты вступает в силу, т. е. с момента получения акцепта оферентом по адресу коммерческого предприятия или по его месту жительства.

Третья часть Венской конвенции является самой обширной и состоит из пяти глав. В ней вводится понятие *существенное нарушение договора* и дается его определение. Нарушение договора одной из сторон признается существенным, если вследствие этого

другая сторона в значительной степени лишается того, на что могла бы рассчитывать на основании договора. Именно на этом основании одна сторона может заявить другой стороне посредством извещения о расторжении договора. Конвенция не предусматривает автоматического расторжения договора в силу самого факта его существенного нарушения (*ipso facto avoidance*), как это имело место в Гаагской конвенции 1964 г. (ст. 26, 30), поскольку такая возможность вела бы к неопределенности в понимании сторонами факта существования действительного договора.

Обязанности продавца. Согласно Венской конвенции продавец обязан поставить в определенное место в определенные сроки товар, соответствующий требованиям договора и Конвенции, передать относящиеся к нему документы и право собственности на товар (ст. 30).

Конвенция различает поставку с использованием перевозчика и без использования такового. Если договор купли-продажи предусматривает перевозку товара, то обязательства продавца считаются выполненными с соответствующим переходом рисков утраты или повреждения товара на покупателя в месте нахождения и в момент сдачи товара первому перевозчику. В другом случае товар должен представляться покупателю в согласованном с продавцом месте или в месте, где в момент заключения договора находилось коммерческое предприятие продавца. Документы, относящиеся к товару, продавец обязан передать в срок, в месте и в форме, предусмотренные договором.

Обычно стороны согласовывают вопросы качества товара в самом договоре. Но если в последнем это не отражено, то продавец обязан поставить товар, пригодный для тех целей, для которых товар такого же описания обычно используется. Если же в договоре прямо или косвенно указана конкретная цель, для которой будет использован товар, то продавец при поставке товара должен также учитывать эту цель.

Товар не будет считаться поставленным в соответствии с договором, если продавец поставил товар с определенным обременением, связанным с притязаниями или правами на товар со стороны третьих лиц. Таким образом, в обязанности продавца помимо фактической поставки товара входит обязанность предварительно проинформировать покупателя о необходимости принятия товара, о существующих или возможных притязаниях третьих лиц на товар. При согласии покупателя принять товар, обремененный таким правом, продавец может осуществить поставку.

Обязанности покупателя. В обязанности покупателя по Венской конвенции входят уплата цены за товар и принятие поставки в соответствии с требованиями договора (ст. 53).

Обычно обязательство покупателя относительно места и времени осуществления платежа указывается в договоре. Но если

в договоре купли-продажи отсутствуют такие положения, то покупатель обязан уплатить цену за товар продавцу в месте нахождения его коммерческого предприятия или в месте передачи товара. Причем покупатель обязан уплатить цену за товар в момент передачи продавцом в распоряжение покупателя либо самого товара, либо товарораспорядительных документов, если не установлен какой-либо конкретный срок для уплаты цены.

При уплате цены покупатель также должен принимать во внимание и условие о переходе риска утраты и повреждения товара. Если утрата или повреждение товара имеет место после того, как риск перешел на покупателя, то последний не освобождается от обязанности уплатить цену. Особое значение в этом случае имеет установление момента перехода риска с продавца на покупателя. Например, при наличии в договоре условия о перевозке товара риск утраты или повреждения определяется в момент передачи товара первому перевозчику для покупателя.

Предвидимое нарушение договора. Согласно этому положению стороны имеют право приостановить исполнение своих обязательств по договору, если после заключения договора становится ясно, что другая сторона не исполнит значительной части своих обязательств. В этом случае при наличии условий возможного «существенного» нарушения договора потерпевшая сторона вправе заявить о его расторжении.

Ответственность сторон. Конвенция уделяет много внимания ответственности сторон за неисполнение, своих обязательств (независимо от того, полное или частичное неисполнение). Отметим наиболее важные, концептуальные положения.

1. Конвенция исходит из понимания ответственности как особого вида правоотношений, которые возникают между сторонами существующего правоотношения, если они нарушили свои первоначальные обязательства. То есть конвенционная концепция ответственности принципиально отличается от весьма распространенного в нашей доктрине понимания юридической ответственности как санкции, применяемой к стороне, нарушившей свои обязанности.

Исходя из такого понимания ответственность не выделена в отдельную главу, ее правила помещены соответственно в главах, регулирующих обязанности продавца или покупателя, и называются «средства правовой защиты в случае нарушения договора» в одном случае продавцом, в другом — покупателем. В качестве средств правовой защиты выступают дополнительные права, которые возникают у покупателя, если продавец не выполнил свои обязанности по договору, и наоборот, дополнительные права возникают у продавца, если покупатель не выполнил свои обязанности. Причем каким дополнительным правом воспользоваться для защиты своих интересов, прежде всего решает потерпевшая сторона (ряд условий

применения конкретного дополнительного права определен самой Конвенцией). У другой стороны, которая не выполнила свои обязанности, возникают при этом дополнительные обязанности выполнить требования потерпевшей стороны.

2. Система дополнительных прав построена на четырех основополагающих правилах:

а) первое правило исходит из принципа реального исполнения обязательств. Как продавец, так и покупатель при неисполнении своим контрагентом обязанностей по договору могут воспользоваться мерами, стимулирующими реальное исполнение договора. Например, покупатель может потребовать от продавца замены товара (п. 1 ст. 46) или исправления несоответствия товара условиям контракта (п. 3 ст. 46), предоставить определенный срок для исполнения обязанностей (п. 2 ст. 47) или исправить несоответствие товара за свой счет с отнесением расходов на продавца. Продавец, в свою очередь, имеет право также установить срок разумной продолжительности для исполнения покупателем своих обязанностей;

б) второе правило исходит из принципа возможности расторжения договора. Однако потерпевшая сторона вправе заявить о расторжении договора лишь тогда, когда неисполнение обязательств другой стороной является существенным нарушением договора. Причем если сторона потребовала реального исполнения обязательств и назначила дополнительный срок, то неисполнение обязательств в этот дополнительный срок автоматически превращается в существенное нарушение договора;

в) третье правило касается возмещения убытков: независимо от того, каким защитным правом воспользовалась потерпевшая сторона, она имеет право требовать возмещения убытков (ст. 74—76), под которыми Конвенция понимает как реальный ущерб, который был причинен продавцу (покупателю) неисполнением обязательств другой стороной, так и упущенная выгода (ст. 74). Обычно убытки составляют разницу между договорной ценой по неисполненной сделке и ценой по другой сделке, совершенной взамен. Также учитываются любые дополнительные убытки. Если сторона не совершила взамен другой сделки, то убытки могут составить разницу между договорной ценой и текущей рыночной ценой на данный товар на момент расторжения договора.

Если сторона допустила просрочку в уплате суммы денег, то другая сторона дополнительно к возмещению всех убытков имеет право на проценты с просроченной суммы (ст. 78);

г) четвертое правило касается оснований ответственности: ответственность возникает в силу самого факта неисполнения обязательств по договору, что соответствует давно сложившемуся в мировой практике принципу ответственности без вины в сфере

предпринимательской деятельности (этот принцип зафиксирован и в ГК РФ — п. 3 ст. 401).

Конвенция предусматривает единственное основание освобождения от ответственности, которое по своему смыслу является непреодолимой силой или форс-мажором. Правда, в самой Конвенции ни тот, ни другой термин не используется. Согласно ст. 79 сторона не несет ответственности за неисполнение обязательства, если докажет, что оно было вызвано *«препятствием вне ее контроля»* и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора, и если докажет, что не смогла избежать или преодолеть это препятствие (ст. 79).

Следовательно, Конвенция исходит из презумпции ответственности стороны, не выполнившей свои обязательства, и только тогда, когда сама сторона докажет, что неисполнение было вызвано *«препятствием вне ее контроля»*, она может быть освобождена от ответственности.

Заключительная, четвертая часть Венской конвенции рассматривает вопросы о порядке присоединения к Конвенции, ее действии на территории государства, имеющего две и более территориальные единицы с самостоятельными системами гражданского права, об оговорках и др. Венская конвенция не затрагивает действие любого международного соглашения, которое уже заключено или может быть заключено и содержит положения, подобные положениям данной Конвенции. Она применяется к договорам, заключенным после ее вступления в силу на территории договаривающихся государств, где стороны имеют свои коммерческие предприятия (ст. 100).

Действие положений Венской конвенции на территории России можно рассматривать как еще один шаг в направлении интегрирования ее экономики в мировую систему путем приведения законодательства России в соответствие с общепринятыми международно-правовыми нормами, которые должны соблюдать российские предприниматели во внешнеэкономической деятельности.

Кроме Венской конвенции важное значение в регулировании международной купли-продажи имеет Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров, принятая 14 июня 1974 г. на дипломатической конференции в Нью-Йорке. 11 апреля 1980 г. одновременно с принятием Венской конвенции был принят Протокол об изменении Конвенции об исковой давности. Ряд ее положений, прежде всего касающихся сферы действия, был приведен в соответствие с Венской конвенцией¹.

Конвенция об исковой давности определяет условия, при которых требования покупателя и продавца друг к другу, вытекающие

¹ Конвенция вступила в силу 1 августа 1988 г., в ней участвует более 20 государств. Россия не участвует.

из договора МКП или связанные с его нарушением, прекращением или недействительностью, не могут быть осуществлены вследствие истечения определенного периода времени. Такой период времени Конвенция именуется сроком исковой давности (ст. 1).

В Конвенции установлен единый срок исковой давности четыре года. По общему правилу течение срока исковой давности начинается со дня возникновения права на иск (п. 1 ст. 9). Для некоторых требований Конвенция конкретизирует момент возникновения права на иск: право на иск, вытекающий из нарушения договора МКП, возникает в день, когда имело место такое нарушение; право на иск, вытекающий из дефекта или иного несоответствия товара договорным условиям, возникает в день фактической передачи товара покупателю или его отказа от принятия товара; право на иск, вытекающее из обмана, возникает в день, когда обман был или разумно мог быть обнаружен (ст. 10); право на иск, вытекающий из гарантий, возникает в день, когда покупатель уведомил продавца о факте несоответствия, однако не позднее срока окончания действия гарантии (ст. 11), и некоторые другие.

Срок исковой давности прерывается возбуждением кредитором судебного (арбитражного) разбирательства, а также признанием должником до истечения срока исковой давности в письменной форме своего обязательства перед кредитором или частичным исполнением обязательства (например, уплата процентов). В результате начинает течь новый четырехлетний срок исковой давности. Однако в любом случае такой срок истекает не позднее десяти лет со дня, когда началось его течение.

Последствия истечения срока исковой давности принимаются во внимание судом (арбитражем) только по заявлению стороны, участвующей в процессе (ст. 24).

12.6. Внешнеэкономические сделки с коммерческим финансированием

При осуществлении международных торговых операций стороны часто сталкиваются с финансовыми проблемами, острота и сложность которых дополнительно объясняется нахождением сторон в разных государствах и соответственно подчинением их разным правовым системам. Стремление решить финансовые проблемы породило новые виды международных коммерческих сделок, которые в свой круг правоотношений включают, помимо традиционных сторон (например, продавец — покупатель), сторону, берущую на себя бремя финансовых проблем. К таким многосторонним, преимущественно трехсторонним, сделкам относятся договоры *международного финансового лизинга, международного факторинга, международного форфейтинга*. Существенные разли-

чия национального регулирования данных договоров в разных странах, а часто и отсутствие такого регулирования, с одной стороны, и широкое использование новых договорных форм в международной практике, с другой, сделало необходимым создание единообразного регулирования. На сегодня два из названных договоров—финансового лизинга и факторинга—стали предметом регулирования двух международных конвенций, содержащих систему унифицированных материально-правовых норм по каждому из этих договоров. Договор форфейтинга, который является разновидностью уступки долга, выраженного в оборотном документе (простом и переводном векселе), не имеет единообразного регулирования и единообразной концепции. Единственным его регулятором остается национальное право, избранное посредством коллизионных норм.

Международный финансовый лизинг. Проект Конвенции о международном финансовом лизинге был подготовлен в рамках Международного института по унификации частного права (УНИДРУА) и принят 26 мая 1988 г. на дипломатической конференции в Оттаве при участии 55 государств, в том числе и СССР. Россия присоединилась к Конвенции в 1998 г. Кроме того, 29 января 2002 г. был принят Федеральный закон «О финансовой аренде (лизинге)» (далее —Закон о лизинге)¹, в котором есть ряд норм относительно международного финансового лизинга. Это новая редакция Федерального закона «О лизинге» от 15 ноября 1998 г.²

Термин «лизинг» — новый для отечественного права. В переводе с английского «lease», «leasing» означает «аренда». Поэтому в нашей литературе часто термин «лизинг» используют для обозначения различного рода арендных операций, что не соответствует российскому праву. В ГК РФ § 6 гл. 34, посвященный в целом аренде, был назван «Финансовая аренда (лизинг)». Следовательно, «лизинг» ГК использует только для обозначения круга правоотношений, опосредуемых особым договором финансовой аренды. В этом качестве наш термин «лизинг» является аналогом термина «финансовый лизинг», используемого в международной практике.

Оттавская конвенция определяет лизинг как единую трехстороннюю сделку, согласно которой одна сторона — лизингодатель (арендодатель) на основе спецификации другой стороны — лизингодержателя (арендатора) заключает договор с третьей стороной — поставщиком, по которому лизингодатель приобретает основное оборудование, средства производства и другое оборудование (далее — оборудование) на условиях, одобренных арендатором,

¹ СЗ РФ. 2002. № 5. Ст. 376.

² СЗ РФ. 1998. № 44. Ст. 5494.

и заключает с арендатором договор аренды, которому передается оборудование в пользование в обмен на арендные платежи (п. 1 ст. 1). В п. 2 этой же статьи выделяются основные характерные особенности лизинговой сделки:

а) арендатор определяет оборудование, выбирает поставщика, не полагаясь при этом на опыт и мнение арендодателя;

б) арендодатель приобретает имущество у поставщика в связи с договором о лизинге, который с ведома поставщика уже заключен или будет заключен между арендодателем и арендатором;

в) арендные платежи рассчитываются с учетом, в частности, амортизации всего или существенной стоимости оборудования.

Как видим, Оттавская конвенция исходит из определяющей роли арендатора в системе лизинговых отношений, который является инициатором всей сделки. Правда, из смысла п. 1-а ст. 8 инициатором сделки может быть и арендодатель, который по собственному усмотрению приобретает оборудование в качестве предмета будущего лизинга. Это обстоятельство влияет на объем ответственности арендодателя. Отметим, что содержание договора финансовой аренды, закрепленной в ст. 665 ГК РФ, соответствует положениям Оттавской конвенции. Конвенция применяется к лизинговым операциям независимо от того, имеет ли арендатор право на покупку оборудования по истечении срока аренды или имеет право продолжать пользование оборудованием на основе аренды, заключаемой на дополнительный срок.

Главное внимание в Конвенции уделено распределению ответственности между сторонами в случае ненадлежащего исполнения обязательства по лизингу. Конвенция преследует цель освобождения от ответственности арендодателя за поставленное оборудование (качество, сроки и пр.) исходя из того, что последний в лизинговой сделке имеет только финансовый интерес. Поэтому общий принцип ответственности заключается в том, что арендодатель не несет ответственности перед арендатором за поставленное оборудование, за исключением случая, когда арендатору нанесен ущерб в результате его обращения к компетенции арендодателя или в результате вмешательства арендодателя в выбор поставщика или оборудования (п. 1-а ст. 8).

Этот принцип нашел отражение еще в двух положениях Конвенции. Во-первых, ст. 10 устанавливает, что обязанности поставщика по договору поставки имеют силу также и по отношению к арендатору, как если бы он являлся стороной такого договора и как если бы оборудование поставлялось непосредственно арендатору. Но поставщик не несет ответственности за одно и то же упущение и перед арендодателем, и перед арендатором. Во-вторых, согласно п. 5 ст. 12 арендатор вправе предъявлять претензии к арендодателю за непоставку, задержку в поставке или поставку оборудования, не соответствующего договорным требованиям,

только в случае, если это произошло в результате действия или бездействия со стороны арендодателя.

Если оборудование не поставлено, или поставлено с просрочкой, или не соответствует условиям договора поставки, права сторон договора лизинга сводятся к следующему (ст. 12): арендатор вправе отказаться от оборудования или расторгнуть договор аренды; арендодатель вправе исправить свое неисполнение поставкой оборудования, соответствующего договорным условиям; арендатор вправе задержать выплату арендных платежей до момента, когда арендодатель исправит свое неисполнение; если арендатор воспользовался своим правом на расторжение договора, то он имеет право получить обратно арендные платежи.

В случае неуплаты арендатором арендных платежей арендодатель вправе (ст. 13): взыскать причитающиеся ему просроченные платежи вместе с процентами и убытками; требовать досрочной выплаты будущих платежей или расторгнуть договор аренды и в этом случае вправе потребовать возврата имущества и возмещения ущерба. Однако при расторжении договора арендодатель не вправе требовать выплаты арендных платежей, срок исполнения которых не наступил, но их сумма может быть учтена при исчислении убытков.

В заключение отметим, что положения Оттавской конвенции, определяющие сферу ее действия, юридическую силу ее положений, во многом совпадают с Конвенцией о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Так, Оттавская конвенция, так же как и Конвенция 1980 г., применяется тогда, когда стороны договора лизинга имеют свои коммерческие предприятия на территории разных договаривающихся государств, или когда договор лизинга регулируется правом одного из договаривающихся государств (ст. 3). Оттавская конвенция, будучи юридически обязательной в указанных случаях, носит диспозитивный характер: стороны вправе договориться о неприменении всей Конвенции либо об исключении или изменении практически любого из ее положений (отдельные исключения даны в тексте Конвенции—ст. 5).

Договор международного факторинга. В последний день работы дипломатической конференции в Оттаве 26 мая 1988 г. была принята еще одна конвенция, подготовленная в рамках УНИДРУА — Конвенция по международным факторинговым операциям. В Конвенции содержатся унифицированные материально-правовые нормы, регулирующие международные факторинговые операции и обеспечивающие баланс интересов всех ее участников.

Согласно Конвенции *«договор по факторинговым операциям»* — это договор, заключенный между одной стороной (поставщик по договору купли-продажи) и другой стороной (фирмой по факторинговым операциям, фактор), именуемой в дальнейшем

цессионарием, в соответствии с которым поставщик может или должен уступить цессионарию обязательственные требования, вытекающие из договоров поставки, заключаемых между поставщиком и его заказчиками (дебиторами). При этом цессионарий должен взять на себя не менее двух из следующих обязанностей: а) финансирование поставщика (заем или досрочный платеж); б) ведение счетов по денежным требованиям, являющимся предметом уступки; в) предъявление к оплате дебиторских задолженностей; г) защиту от неплатежеспособности дебиторов (ст. 1).

Конвенция требует поставить в известность дебиторов об уступке дебиторских задолженностей, однако не ставит действительность уступки в зависимость от согласия дебиторов. Более того, предусмотрено положение о приоритетности договора о факторинге. Уступка требования поставщиком может быть осуществлена, несмотря на любое соглашение между поставщиком и дебитором, запрещающее такую уступку (ст. 6). Правда, при присоединении к Конвенции государство может сделать оговорку о неприменении этого правила, если на его территории дебитор имеет коммерческое предприятие (ст. 18).

Права и обязанности сторон. Дебитор, получив письменное уведомление от поставщика или от цессионария в силу полномочий, выданных поставщиком, обязан уплатить цессионарию, если: он не знает другого преимущественного права на получение данного платежа; в уведомлении достаточно точно идентифицировано платежное требование и цессионарий; уведомление касается требований, вытекающих из договора поставки, заключенного до или в момент отправки уведомления.

Дебитор вправе использовать против цессионария все средства защиты, вытекающие из договора поставки, которые он мог бы использовать против поставщика. Однако если дебитор сделал платеж цессионарию, а поставщик не поставил ему товары или поставил с нарушением, то он не может потребовать у цессионария возврата платежа. Из этого правила есть два исключения. Дебитор вправе потребовать от цессионария возврата уплаченной суммы, если: 1) цессионарий не уплатил соответствующей суммы поставщику; 2) цессионарий выплатил дебиторскую сумму поставщику тогда, когда он знал, что поставщик не выполнил свои обязательства перед дебитором (ст. 9, 10).

Практике известны два вида факторинга: прямой и косвенный. Прямой — когда поставщик (экспортер) уступает право требования цессионарию, а он непосредственно вступает в отношения с дебитором (импортером по договору купли-продажи). Косвенный — когда цессионарий передает право требования другому фактору, находящемуся в стране импортера, и этот второй цессионарий вступает в отношения с дебитором и полученный пла-

теж перечисляет первому цессионарию. В принципе все рассмотренные положения Конвенции регулируют отношения по первому виду факторинга. Однако ст. 11 говорит о том, что положения Конвенции применяются к любой последовательной цессии. Отсюда следует, что Конвенция в равной степени регулирует как прямой, так и косвенный факторинг, за исключением одного случая, когда последовательная цессия запрещена договором по факторинговым операциям (ст. 12).

Конвенция о факторинге применяется, если все стороны факторинговых операций имеют коммерческие предприятия на территории разных договаривающихся государств или если договорные отношения регулируются правом договаривающегося государства. Стороны могут исключить применение Конвенции полностью. Исключение отдельных положений Конвенции или их изменение не предусматривается (ст. 2, 3).

12.7. Договор международного подряда

Во внешнеэкономических связях договором подряда (международный подряд) обычно оформляются внешнеэкономические сделки, связанные с выполнением каких-либо строительных, геолого-разведочных, проектно-изыскательских, монтажных, консультационных и информационных услуг в сфере научной организации и управления производством (консалтинговые услуги) и других видов работ. По договору подряда подрядчик обязуется выполнить за свой риск определенную работу по заданию заказчика из его или своих материалов, а заказчик обязуется принять и оплатить выполненную работу. Это наиболее распространенное определение договора подряда, применяемого во внешнеэкономических связях. Оно в целом соответствует и общим положениям договора о подряде, установленным ГК РФ (ст. 702—705). Однако отношения сторон по осуществлению работ и их оформление договором подряда во внешнеэкономической деятельности имеют некоторые особенности.

Отношения по международному подряду регулируются нормами национального права (главным образом коллизионными и гражданско-правовыми), нормами международных договоров и обычаями международного делового оборота, сложившимися в сфере подрядных отношений¹.

ГК РФ подрядные отношения в целом подчиняет общим коллизионным правилам для договорных обязательств: стороны могут выбрать права — *lex voluntatis*; при отсутствии выбора права соглашением сторон применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан — *Law of the Contract* (ст. 1211). При

¹ См. разд. 11.8 настоящего учебника.

этом законодатель в качестве презумпции наиболее тесной связи указывает на право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, обязательство которой имеет главное значение для содержания договора. Для договора подряда¹ такой стороной является подрядчик (подп. 5 п. 3 ст. 1211). Однако в отношении двух договоров подряда предусмотрена другая презумпция наиболее тесной связи: для договора строительного подряда и договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ — это право страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты (*lex loci solutionis*).

Из имеющихся международных соглашений о подряде следует отметить соглашения, заключенные еще в период существования СЭВ. Они продолжают действовать, хотя их нормативная природа была изменена в отношении ряда государств. Прежде всего это Общие условия монтажа и оказания услуг, связанных с поставками машин и оборудования, 1973 г. (ОУМ) в редакции 1991 г. и Общие условия технического обслуживания машин и оборудования (ОУТОМО) в редакции 1991 г. Как и Общие условия поставок (ОУП), эти акты сохранили юридическую обязательность для России, Вьетнама, Монголии, Кубы, а в отношениях с предпринимателями из Польши, Болгарии, Венгрии, Чехии и Словакии они являются рекомендательными и применяются лишь тогда, когда стороны предусмотрят в контракте их применение.

ОУМ 1973 г. содержит унифицированные правила по основным вопросам, составляющим содержание подрядного договора: порядок подготовки и проведения монтажных работ, порядок ежемесячной приемки и расчетов, условия командирования специалистов подрядчика в страну, где работы осуществляются; правила, относящиеся к гарантиям качества, гарантийным срокам и срокам предъявления претензий и исков. По ряду вопросов, связанных с ответственностью сторон, в частности условия освобождения от ответственности, и о порядке заключения договора, ОУМ и ОУТОМО отсылают к Общим условиям поставок.

Весь комплекс отношений, возникающих при строительстве объектов за рубежом или с участием инофирм в России, регулируется в контрактах, заключаемых предприятиями с инофирмами. Именно в таких договорах оговариваются наиболее существенные правовые, экономические и технические вопросы строительства, реконструкции и проведения иных работ. Однако при реализации какого-либо крупномасштабного проекта при участии государства

¹ ГК РФ предусматривает следующие виды договора подряда: бытовой, строительный, подряд на выполнение проектных и изыскательских работ, выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ.

предварительно заключается межправительственное соглашение, в которое наряду с другими положениями о сотрудничестве включается пункт о строительстве, реконструкции объекта, о производстве определенных работ. Затем на базе уже имеющегося межправительственного соглашения предприятия-контрагенты заключают подрядный, гражданско-правовой договор, конкретизируя и развивая положения международного договора.

В международной практике наиболее широко применяются следующие виды договоров: договор на выполнение строительных, научно-изыскательских, геолого-разведочных работ, а также договор о сооружении объекта «под ключ». О последнем виде подрядного договора следует сказать подробнее.

В международной практике сложились два способа правового оформления строительства объекта. Один из них состоит в том, что заказчик заключает несколько договоров с разными подрядчиками на проектно-изыскательские работы, поставку машин и оборудования, монтаж оборудования и др. и координирует деятельность своих партнеров. При другом способе заказчик заключает всего лишь один договор со своим контрагентом (подрядчиком), в котором они согласовывают условия выполнения всех необходимых работ. В этом случае обязанность по обеспечению выполнения всего комплекса работ лежит на **подрядчике**, который обязуется передать заказчику объект «под ключ» и устранить в гарантийный период дефекты, а заказчик содействует выполнению договора, принимая и оплачивая работу.

Основное содержание договоров о производстве геологоразведочных и проектно-изыскательских работ состоит в том, что подрядчик выполняет определенные работы, связанные с разработкой полезных ископаемых и подготовкой всего комплекса технической документации для крупномасштабного строительства, и после окончания работ представляет заказчику отчеты с приложением материалов, например проектно-изыскательские карты, расчеты и др.

12.8. Обычай международной торговли. *Lex mercatoria*

Как уже указывалось, одной из особенностей регулирования отношений в сфере международной торговли является широкое распространение *обычаев международной торговли*, под которыми понимаются *единообразные устойчивые правила, сложившиеся в практике, но не имеющие обязательной юридической силы*. Исходя из строго формальной юридической терминологии данное определение относится не к обычаям, а к *обыкновениям*, так как под обычаем в юридической науке понимается тоже единообразное устойчивое правило, сложившееся в практике, *но обладающее обязательной юридической силой*. Различие между двумя понятия-

ми — в их юридической природе: обычай — это юридическая норма, а обыкновение — неюридическая норма. Поэтому и механизм их применения разный. Особенности обычая и обыкновения и возможности «перетекания» одного в другое достаточно подробно рассмотрены в разделе об источниках международного частного права. Однако в мировой торговой практике термин «обычай международной торговли» используют для обозначения сложившихся в практике устойчивых правил, не являющихся юридическими нормами. Когда же нужно подчеркнуть, что применяемое правило является юридически обязательным, говорят о «правовом обычае»¹.

Термин «обычай международной торговли» — обобщающий. Он охватывает все применяемые в международной торговле правила неюридического характера. Но они не однозначны. В зависимости от их значимости, уровня применения выделяют три группы подобных правил.

Первая группа включает: правила общего характера, наиболее значимые; правила, которые могут применяться к любым видам внешнеэкономических сделок. Их, собственно, и называют обычаем.

Вторая группа — правила, применяемые в отдельных областях международного делового сотрудничества, в торговом обмене определенными группами товаров. Их часто называют обыкновениями. Например, существуют комплексы обычных правил, применяемых в торговле зерном, кофе и прочим или в строительстве промышленных объектов. В свою очередь, и обычаи, и обыкновения могут быть универсальными, т. е. применяться в любой части света, региональными — применяться в конкретном регионе (например, в период существования СССР и других социалистических стран сложились комплексы обычных правил, применяемых в отношениях с партнерами из этих стран), или локальными (например, обычаи одного морского порта).

Третья группа — заведенный порядок. Это обычные правила, сложившиеся между конкретными партнерами в определенной сфере международного предпринимательства. Рассмотренная классификация носит достаточно условный характер: обычные правила международной торговли легко перетекают друг в друга.

Обычаи международной торговли складывались в течение многих веков. Но это не застывший конгломерат. Они постоянно изменяются, приспособляются к условиям международного тор-

¹ См.: *Зыкин И. С.* Обычай и обыкновения в международной торговле. М., 1983. С. 10—30; *он же.* Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994. С. 195 и след.; *Лавид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1997. С. 262—264; *Вилкова Н. Г.* Базисные условия договора международной купли-продажи товаров: ИНКОТЕРМС // Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. М., 2001.

гового (экономического) обмена, появляются новые. Главная трудность в применении торговых обычаев заключается в том, что они неписаные. Чтобы их применять, они должны быть известны предпринимателям — участникам международного делового оборота. Но одни и те же правила воспринимаются участниками неодинаково в разных регионах и странах. Разная интерпретация одинаковых по наименованию правил приводит к недоразумениям и спорам между участниками торговой операции.

Для предотвращения подобных проблем в мировом сообществе получила распространение *неофициальная кодификация или унификация обычаев международного делового оборота*. Она представляет собой деятельность по изучению, обобщению обычных правил и публикации их в документированном виде, что способствует их единообразному восприятию и применению. Такой деятельностью занимаются многие организации: международные — как правительственные, так и неправительственные — и национальные организации предпринимателей в разных странах.

Издаваемые ими документы имеют *разные названия* (унифицированные правила, общие условия, руководства, типовые контракты или проформы и пр.), характеризуются *разной степенью обобщения* (одни имеют четко выраженный нормативный характер и представляют собой комплексы правил поведения сторон, другие формулируются в виде руководящих указаний) и *разной степенью применимости* (одни формулируют правила общего характера, применяемые во всей сфере или в значительной сфере международного делового сотрудничества; другие — правила, применяемые в торговле отдельными видами товаров или в отдельных сферах делового сотрудничества; третьи — правила, применяемые в отношении конкретных партнеров, составляющие их заведенный порядок). *Но все документы характеризуются одним общим принципиальным качеством: они не обладают юридической силой и применяются только в силу прямо выраженной воли сторон конкретной внешнеэкономической сделки.*

Среди международных правительственных организаций отметим значительную роль Европейской экономической комиссии ООН, которая разработала несколько десятков общих условий по продаже конкретных видов товаров и типовых проформ контрактов. Например: Общие условия экспортных поставок машинного оборудования; Общие условия монтажа машинного оборудования за границей; Руководство по составлению договоров на сооружение промышленных объектов; Руководство по договорам международной встречной торговли и др. Комиссия ООН по праву международной торговли и Международный институт по унификации частного права занимаются главным образом унификацией правовых норм. Но одновременно в них проводится работа и по унификации торговых обычаев. Так, в 1976 г. был одобрен Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, а в 1980 г. — Согласительный

регламент ЮНСИТРАЛ; в 1988 г. ЮНСИТРАЛ опубликовал Правовое руководство по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов. Получили большую известность подготовленные УНИДРУА и опубликованные в 1994 г. Принципы международных коммерческих контрактов.

Такая международная неправительственная организация, как Международная федерация инженеров-консультантов, готовит публикации сложившихся обычных правил в сфере своей профессиональной деятельности. Например, в практике широко используются подготовленные Федерацией Условия договоров на работы в гражданском строительстве.

Из национальных организаций часто отмечается деятельность Ассоциации по торговле зерном и кормами (Лондон), в которой участвуют фирмы из многих стран. Разработанные ею более 70 типовых контрактов отражают особенности торговли в зависимости от вида товара, места его происхождения, места назначения и т. д. и применяются в торговле повсеместно¹.

И все же самая значительная роль в неофициальной кодификации и унификации обычаев международного делового оборота принадлежит Международной торговой палате (МТП). Созданная в 1920 г. как неправительственная организация с целью организационного, технического и иного содействия международной торговле, в настоящее время она объединяет тысячи коммерческих объединений и национальных торговых или торгово-промышленных палат из 130 государств². В 1993 г. членом МТП стала Торгово-промышленная палата РФ, действующая на основе Закона «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» от 7 июля 1993 г.³ (ранее членом МТП была Торгово-промышленная палата СССР).

МТП проводит большую работу по изучению, обобщению и систематизации обычаев в сфере международной торговли и в кредитно-финансовой сфере, но связанной с торговлей. Публикации унифицированных обычаев, обыкновений и иных обычных правил, осуществляемые МТП, получили широкую известность и применение едва ли не во всех странах мира. Среди публикаций МТП наибольшей известностью пользуются Правила толкования международных торговых терминов — International commercial Terms — ИНКОТЕРМС (последняя редакция 2000 г.)⁴,

¹ См.: *Зыкин И. С.* Обычаи и обыкновения в международной торговле. С. 94-95.

² См.: *Шреплер Х.-А.* Международные экономические организации. Справочник. М., 1998. С. 185-190.

³ Вестник СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 33. Ст. 1309 (редакция от 19 мая 1995 г.) // СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930.

⁴ См.: *Волкова Н. Г.* Международные правила толкования торговых терминов. ИНКОТЕРМС-2000 // Государство и право. 2000. № 9.

Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (последняя редакция 1993 г.), Унифицированные правила по инкассо (последняя редакция 1995 г.), Унифицированные правила для договорных гарантий 1978 г., Унифицированные правила для гарантий по требованию и др. (анализ публикаций МТП, относящихся к кредитно-финансовой сфере, дан в гл. 14).

ИНКОТЕРМС 2000 г. ИНКОТЕРМС является одним из важнейших международных документов неофициальной кодификации, в котором сформулированы унифицированные правила по толкованию торговых терминов, получивших наиболее широкое распространение в мировой торговле. *Под терминами, толкование которых дается в ИНКОТЕРМС, понимаются некоторые типы договоров международной купли-продажи, основанные на определенном, фиксированном распределении прав и обязанностей между торговыми партнерами.* По крайней мере, можно выделить три группы вопросов, по которым фиксируются права и обязанности сторон по каждому типу договоров: 1) права и обязанности сторон, связанные с перевозкой товаров, включая распределение дополнительных расходов, которые могут возникнуть в процессе перевозки; 2) права и обязанности сторон по осуществлению «таможенных формальностей», связанных с вывозом товара с территории одного государства и с ввозом его на территорию другого государства и транзитом через третьи страны, включая уплату таможенных сборов и других обязательных платежей; 3) момент перехода рисков с продавца на покупателя в случае гибели или повреждения товара.

В зависимости от того, как распределяются права и обязанности сторон по этим вопросам, сложились определенные типы договоров, известных под определенным названием, например **ФОБ, СИФ, франко-перевозчик, доставка с пристани** и т. д. Они и функционируют как торговые термины. Поскольку рассмотренные права и обязанности сторон, определяющие специфику конкретного типа договора, во-первых, составляют важную часть содержания этого договора, а во-вторых, влияют на решение других условий договора (например, на условия о цене, на определение места исполнения договора и пр.), их часто называют *базисными условиями* или *базисом поставки*.

Торговые термины (типы договоров) складывались в практике (некоторые из них, например СИФ, ФОБ, известны очень давно) и приобрели качество обычая международной торговли. Однако содержание этих терминов неодинаково в практике разных государств, что приводит к множеству недоразумений. Например, российский импортер, заключив договор поставки с американским экспортером на условиях ФАС,—американский порт отгрузки, будет уверен в том, что экспортер доставит товар в порт отгрузки и разместит его в месте, удобном для погрузки на борт

судна (свободно вдоль борта судна), которое обеспечит российская сторона. Напротив, американский экспортер будет считать, что, он выполнил свои обязательства, если погрузил товар на транспортные средства (например, контейнеры погрузил на автомобиль) и отправил его в адрес порта отгрузки. Следовательно, российский импортер должен встретить товар в порту отгрузки, разгрузить прибывший транспорт, обеспечить погрузку на борт судна и пр.¹

На предотвращение подобных недоразумений направлен подготовленный МТП свод правил, именуемых ИНКОТЕРМС. Впервые такой документ был опубликован Международной торговой палатой в 1936 г. В 1953 г. были опубликованы пересмотренные правила (ИНКОТЕРМС 1953 г.). Эти правила содержали толкование всего 9 типов договоров и за сравнительно короткий период стали широко применяться в международной купле-продаже товаров. Последующие изменения и дополнения 1967, 1976, 1980 гг. расширили число типов договоров.

В 1990 г. была принята новая редакция, которая принципиально изменила подход к толкуемым терминам². ИНКОТЕРМС 1990 г. пошел не по пути дальнейшего расширения числа торговых терминов, а по пути их обобщения и распределения по четырем группам в зависимости от специфических качественных особенностей, присущих всем договорам данной группы. Общее качество, присущее всем договорам, конкретизируется затем в отношении каждого договора соответствующей группы. В результате было сформулировано 13 терминов, которые были разделены на четыре группы. Такое расположение способствует единообразному пониманию терминов и облегчает их применение. Данный подход был сохранен и в ИНКОТЕРМС 2000 г.

ИНКОТЕРМС 2000 г. уточнил содержание ряда терминов с тем, чтобы обеспечить их согласованное применение и избежать ошибок при их употреблении. 13 толкуемых терминов (типов договоров) разделены на четыре группы: 1) термины группы «Е», согласно которым продавец предоставляет товары покупателю в своем коммерческом предприятии; 2) термины группы «F», обязывающие продавца предоставить товары в распоряжение перевозчика, обеспечиваемого покупателем; 3) термины группы «С», согласно которым продавец обязан заключить договор перевозки и отправить товар в адрес покупателя, но не принимая на себя

¹ О торговых терминах см.: *Шмитгофф К.* Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993. С. 14–45.

² Основными причинами пересмотра старых и принятия новых правил, во-первых, явились изменения в технике транспортировки (широкое использование контейнеров, смешанных перевозок, перевозка грузов на судах типа ро-ро) и, во-вторых, возрастающее использование средств электронного обмена данными (средств компьютерной связи).

рисков, связанных с возможной гибелью или повреждением товара; 4) термины группы «D», в соответствии с которыми продавец несет все расходы и все риски до момента доставки товара в страну назначения. Из краткой характеристики каждой группы можно сделать вывод, что разграничение договоров по группам построено на одном классификационном критерии: объем обязанностей продавца. В первой группе у продавца минимальные обязанности, в последней — максимальные.

Группа «E» включает только один договор: EXW с указанием пункта (ex works — с завода или франко-завод). *Согласно договору на условиях EXW продавец обязан в предусмотренный договором срок передать товары в распоряжение покупателя на своем предприятии (заводе, фабрике, складе и пр.).* Это единственная обязанность продавца. Она конкретизируется в его обязанности индивидуализировать товар для данного покупателя, т. е. привести его в состояние, при котором он может быть взят покупателем (складирован, упакован, затарирован, взвешен, подсчитан, проверен на соответствие качества), и известить покупателя о дате и месте, когда товар будет предоставлен в его распоряжение.

С момента, когда товар передан в распоряжение покупателя, с продавца на покупателя переходят все риски гибели или повреждения товара.

Договор не предусматривает перевозки: товар передается в распоряжение покупателя и его дело, перевозить ли товар своими транспортными средствами, заключать ли договор перевозки и пр. У покупателя нет никаких обязанностей в связи с этим. Выполнение всех таможенных формальностей и по вывозу из страны продавца, и по ввозу в страну покупателя целиком лежит на покупателе. Правда, по просьбе покупателя продавец должен оказать ему полное содействие в получении документов, необходимых для вывоза, ввоза и транзита товара через третьи страны. Однако риски неполучения таких документов и дополнительные расходы, которые в связи с этим возникают, несет • покупатель.

Вторая группа «F» объединяет договоры на условиях:

FCA (free carrier — свободно у перевозчика);

FAS (free alongside ship — свободно вдоль борта судна);

FOB (free on board — свободно на борту).

Во второй группе определяющей является обязанность продавца поставить товар, прошедший таможенную очистку для вывоза, до транспортных средств, указанных покупателем, и предоставить товар в распоряжение перевозчика, но без обязанности организовать перевозку.

Договор типа FCA с указанием пункта является определяющим в данной группе. *Он означает, что покупатель выполнил свое обязательство по поставке товара, прошедшего таможенную очистку для вывоза, в момент передачи его в распоряжение перевозчика*

в обусловленном пункте. При этом под «перевозчиком» понимается любое лицо (включая экспедитора), которое на основании договора перевозки обязуется осуществить перевозку любым видом транспорта. Термин «сдать товар в распоряжение перевозчика» толкуется в зависимости от вида транспорта, способа перевозки. Например, при железнодорожной перевозке «сдать товар» толкуется в зависимости от того, составляет товар вагонную или контейнерную партию либо не составляет. В первом случае продавец обязан загрузить товар в вагоны или контейнеры и сдать их железной дороге; во втором случае либо сдать товар в приемном пункте железной дороги, либо погрузить товар в транспортное средство, предоставленное железной дорогой.

Основные обязанности продавца: поставить товар и представить коммерческие счета или иные документы, подтверждающие соответствие товара договорным условиям; выполнить все официальные (например, получить лицензию) и таможенные формальности, необходимые для вывоза товара; предоставить товар в распоряжение перевозчика, указанного покупателем, в согласованном пункте и в согласованную дату; известить покупателя о передаче товара перевозчику или об отказе последнего принять товар; нести на себе все риски до момента сдачи товара в распоряжение перевозчика и все расходы до этого момента; передать покупателю транспортные документы.

Основные обязанности покупателя: принять поставку при предоставлении товара в распоряжение перевозчика; уплатить цену товара; выполнить все официальные и таможенные формальности при ввозе товара и в случае необходимости — при транзите через третьи страны; заключить договор перевозки от согласованного пункта; нести все риски с момента сдачи товара в распоряжение перевозчика и все расходы с этого момента; известить покупателя о наименовании перевозчика, способе транспортировки, дате поставки.

Следующие два условия — FAS и FOB применяются в основном при морской перевозке грузов. В первом случае основной обязанностью продавца является размещение товара на причале вдоль борта судна в определенном порту отгрузки в пределах досягаемости грузового оборудования в установленную дату. Момент размещения товара вдоль борта судна является моментом перехода рисков с продавца на покупателя. Условие FOB означает, что продавец должен погрузить за свой счет товар на судно. Причем продавец считается выполнившим свои обязательства в момент пересечения товаром линии борта судна. Этот момент является моментом перехода рисков с продавца на покупателя. По условиям обоих договоров, так же как и в договоре типа FCA, продавец выполняет экспортные официальные и таможенные формальности, а покупатель — импортные и транзитные. Для договора типа

FAS это новое правило, введенное ИНКОТЕРМС 2000 г. По ИНКОТЕРМС 1990 г. по этому договору покупатель выполняет все официальные и таможенные формальности как для вывоза товара, так и для ввоза, и в случае необходимости для транзита.

Третья группа «С» содержит четыре типа договоров на условиях:

CFR (cost and freight — стоимость и фрахт);

CIF (cost, insurance, freight — стоимость, страхование и фрахт);

CPT (carriage paid to... — провозная плата оплачена до...);

CIP (carriage and insurance paid to... — провозная плата и страхование оплачены до...).

Основной отличительной чертой, присущей всем четырем договорам, на основании чего они объединены в одну группу, является появление у продавца новой, дополнительной по сравнению с договорами группы «F», обязанности заключить договор перевозки до согласованного пункта. Поэтому данный пункт обязательно указывается после наименования договора, например CIF — порт назначения. Однако так же как и в группе «F», моментом перехода рисков с продавца на покупателя является сдача товара в распоряжение перевозчика. Следовательно, покупатель везет товар до пункта назначения за свой счет, но не на свой риск. Это внутреннее противоречие, характерное для договоров группы «С», приводит к появлению у продавца новой обязанности: застраховать товар за свой счет, но в пользу покупателя.

Договоры на условиях CFR и CIF используются при перевозке товаров морским или речным путем; договоры на условиях CPT и CIP — при перевозке любым транспортом.

Договор типа CIF — СИФ означает оплатить расходы и фрахт, необходимые для доставки товара в указанный порт назначения, и заключить договор морского страхования от риска гибели или повреждения товара во время перевозки.

Основные обязанности продавца: поставить товар и представить коммерческий счет или иные документы, подтверждающие соответствие товара договорным условиям; выполнить все официальные и таможенные формальности, необходимые для вывоза товара; заключить за свой счет на обычных условиях договор перевозки до согласованного порта назначения; заключить за свой счет договор страхования в пользу покупателя и передать ему страховой полис; погрузить товар на борт судна в порту отгрузки в установленную дату или срок; нести все риски до момента пересечения товаром линии борта судна в порту отгрузки; известить покупателя о погрузке товара на борт судна и передать обычный транспортный документ (коносамент, морская накладная); нести все расходы до погрузки товара на борт судна, включая расходы по оплате договора фрахта и страхования. Обычно продавец страхует груз на минимальных условиях в соответствии с Условиями страхования грузов, разработанными Институтом Лондон-

ских страховщиков. Согласно сложившейся практике страхование должно быть выражено в валюте контракта и покрывать цену контракта плюс 10%.

Основные обязанности покупателя: принять поставку в момент погрузки товара на борт судна в порту отгрузки и получить товар от перевозчика в порту назначения; уплатить предусмотренную договором купли-продажи цену; выполнить все официальные и таможенные формальности, необходимые при ввозе товара и при необходимости для транзитной перевозки; нести на себе все риски с момента пересечения товаром линии борта судна в порту отгрузки; выгрузить товар в порту назначения; нести все расходы, возникшие с момента погрузки товара на борт судна в порту отгрузки, во время перевозки транзитом.

Договор на условиях CFR отличается от договора CIF лишь одним: отсутствием у продавца обязанности по страхованию перевозимого товара.

Морская транспортировка грузов, совершаемая при условиях CFR и CIF, имеет ряд особенностей, которые хотя и не оговорены в ИНКОТЕРМС 2000 г., но широко применяются на практике. Эти особенности связаны с уточнением обязанностей продавца по транспортировке товара. Например, если продавец обязан не только перевезти товар, но и выгрузить его на причал, то в таких случаях к условиям CIF, CFR добавляется слово *landed* (включая разгрузку). Как правило, такое добавление используется при транспортировке на судах регулярной судоходной линии.

Договор на условиях CIP по объему обязанностей у продавца является аналогом договора типа CIF, договор на условиях CPT — аналогом договора типа CFR. Однако в отличие от них они применяются при любых видах перевозки.

Четвертая группа «D» содержит пять договоров на условиях:

DAF (*delivered at frontier* — доставлено до границы);

DES (*delivered ex ship* — доставлено с судна);

DEQ (*delivered ex quay* — доставлено с пристани с оплатой пошлины);

DDU (*delivered duty unpaid* — доставлено без оплаты пошлины);

DDP (*delivered duty paid* — доставлено с оплатой пошлины).

*В эту группу объединены наиболее обременительные для продавца условия. Он должен нести все затраты и риски, связанные с доставкой груза в пункт назначения. Только *в этой группе обязанность продавца по передаче товара перемещается в страну назначения. По другим группам он обязан передать товар в своей стране.*

Самым распространенным договором из четвертой группы является договор на условиях DAF — наименование пункта на границе. Он, как правило, используется при перевозке товара железнодорожным и автомобильным транспортом, но может быть использован при любом виде перевозки. *Согласно этому договору*

обязанности продавца считаются выполненными, когда товар, прошедший таможенную очистку при вывозе, прибывает в указанный пункт, но не пересекая таможенную границу принимающего государства. Причем, ИНКОТЕРМС особо подчеркивает важность точного указания границы (это может быть любая граница, включая границу государства экспорта), пункта или места доставки товара.

Основные обязанности продавца: поставить товар с представлением коммерческого счета или другого документа, подтверждающего соответствие товара договорным условиям; передать товар покупателю в согласованном пункте на границе в согласованную дату или период; выполнить все официальные и таможенные формальности, необходимые для экспорта товара в названное место на границе и транзита через третьи страны; заключить за собой счет договор перевозки, включая транзитом, до согласованного пункта на границе; нести на себе все риски до момента передачи товара в распоряжение покупателя в согласованном пункте на границе и все расходы до этого же момента; известить покупателя о поставке и передать транспортные документы.

Основные обязанности покупателя: принять поставку товара, предоставленного в его распоряжение в согласованном пункте на границе; уплатить предусмотренную договором цену; выполнить все официальные и таможенные формальности, необходимые для импорта товара в согласованном пункте на границе; нести все риски и все расходы с момента, когда товар предоставлен в его распоряжение в согласованном пункте на границе.

Условия DES и DEQ предусмотрены для доставки товара морским или речным транспортом. Условия DES по объему прав и обязанностей сторон точно повторяют условия DAE Однако пунктом доставки является порт прибытия и соответственно моментом поставки и моментом перехода рисков является момент предоставления товара в распоряжение покупателя на борту прибывшего судна, разгрузка которого является обязанностью покупателя. Следовательно, так же как и в договоре DAF, товар не пересекает таможенную границу.

В отличие от условий DES договор на условиях DEQ означает обязанности продавца передать товар в распоряжение покупателя на пристани (причале) согласованного порта назначения, а значит, *в обязанность продавца входит разгрузка судна на пристань принимающей страны, в результате чего товар пересекает ее таможенную границу.* Однако продавец обязан лишь за свой страх и риск получить экспортную лицензию (разрешение), выполнить все таможенные формальности для экспорта товара, и в случае необходимости—AF, и транзите. ИНКОТЕРМС 2000 г. в отличие от ИНКОТЕРМС 1990 г. возложил на покупателя обязанность таможенной очистки для импорта товара, а также уплату налогов, пошлин и других сборов при импорте.

Условия DDP предусматривают самый большой объем обязанностей продавца. Он может применяться при перевозке товара любым транспортом. Условия DDP означают, что продавец выполнил свои обязанности с момента предоставления товара в распоряжение покупателя в согласованном пункте в стране ввоза. Продавец несет все риски и расходы, связанные не только с вывозом, перевозкой, транзитом, но и с ввозом товара, включая оплату налогов, пошлин и иных сборов, взимаемых при ввозе товаров. При договоре на условиях DDU продавец выполняет все официальные и таможенные формальности при вывозе товара и при транзите, но не проводит таможенную очистку для импорта и не платит налоги, пошлины и иные официальные сборы, взимаемые при ввозе товаров.

Таким образом, договоры на условиях:

EXW — ex works (с завода) с указанием пункта назначения;

FCA — free carrier (свободно у перевозчика) с указанием пункта назначения;

CPT — carriage paid to (перевозка оплачена до) с указанием пункта назначения;

CIP — carriage, insurance paid to (перевозка, страхование оплачены до), с указанием пункта назначения;

DAF — delivered at frontier (поставка на границе) с указанием пункта назначения;

DDU — delivered duty unpaid (поставка без оплаты пошлины) с указанием пункта назначения;

DDP — delivered duty paid (поставка с оплатой пошлины) с указанием пункта назначения, применяются при перевозке товара любым видом транспорта, включая смешанным;

FAS — fre alongside ship (свободно вдоль борта судна) с наименованием порта отгрузки;

FOB — free on board (свободно на борту) с наименованием порта отгрузки;

CIF — cost, insurance, freight (стоимость, страхование, фрахт) с указанием порта назначения;

CFR — cost and freight (стоимость и фрахт) с указанием порта назначения;

DES — delivered ex ship (поставка с судна) с указанием порта назначения;

DEQ — delivered ex quay (поставка с пристани) с указанием порта назначения применяются при перевозке товара морским и другим водным транспортом.

В заключение необходимо подчеркнуть, что ИНКОТЕРМС является неофициальной кодификацией обычаев, сложившихся в мировой торговой практике, в котором дается их унифицированное толкование. Поэтому ни отдельные правила, которые в нем содержатся, ни документ в целом не обладают юридиче-

ской силой. Они применяются по договоренности сторон. Это положение прямо закреплено в ИНКОТЕРМС: «Торговцы, которые желают использовать ИНКОТЕРМС 2000 г., должны четко указать, что они в договоре купли-продажи руководствуются ИНКОТЕРМС 2000 г.» (п. 4 Введения).

Чаще всего в договор включается указание на применение документа в целом или отдельного правила. Например, можно указать: договор заключается на условиях СИФ — Новороссийск (ИНКОТЕРМС 2000 г.). Указание на год обязательно, так как существуют разные редакции этого документа. Взяв за основу документ в целом, стороны вправе изменить любое входящее в него конкретное правило, но такие изменения необходимо отразить в договоре. Ссылка на ИНКОТЕРМС может быть включена в общие условия договоров, разработанных партнерами и фиксирующий заведенный между ними порядок; в таком случае в каждом конкретном договоре ссылка на ИНКОТЕРМС не нужна. Могут быть и другие варианты выражения воли сторон о применении этого документа.

Правда, ничто не мешает государству придать правилам ИНКОТЕРМС или любому другому документу подобного рода юридическую силу, и тогда соответствующие правила будут применяться независимо от воли сторон. Такая практика имеет место. Например, в Украине был издан Указ Президента от 4 октября 1994 г., обязывающий всех субъектов предпринимательской деятельности при заключении договоров, в том числе и внешнеэкономических, «обеспечивать соблюдение правил ИНКОТЕРМС» в редакции 1990 г.¹ В результате эти правила стали юридически обязательными. Являются ли правила ИНКОТЕРМС обязательными при заключении внешнеэкономического договора между российским и украинским предпринимателями? Нет. И в этом случае они будут применяться тогда, когда стороны прямо оговорят это в договоре. Но если стороны в качестве применимого к договору права выберут украинское право, то тогда будут применяться все относящиеся к договорным отношениям нормы украинского права, в том числе и правила ИНКОТЕРМС.

Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА). Еще одним исключительно важным примером неофициальной кодификации правил международной торговли являются Принципы международных коммерческих договоров (далее — Принципы). Принципы подготовлены рабочей группой УНИДРУА, в которую входили представители почти всех правовых систем мира, и опубликованы в 1994 г. За короткий срок этот документ получил широкое признание среди участников ме-

¹ См.: Галицыа Контракта. 1994. №41. С. 17.

ждународной торговли и высокую оценку специалистов международного торгового права¹.

Документ состоит из преамбулы, семи глав, разделенных на разделы и статьи, и комментариев к ним. Согласно преамбуле Принципы устанавливают «общие нормы для международных коммерческих контрактов». В официальной комментарии отмечаются два подхода (критерия), которые были использованы при включении тех или иных положений в кодификационный акт: во-первых, он содержит принципы, которые являются общими для всех (или в значительной степени) правовых систем, иначе говоря, являются общими принципами права; во-вторых, в него вошли принципы, которые наиболее приспособлены или лучше всего отвечают особым потребностям международных коммерческих сделок. Вместе с тем Принципы представляют собой набор достаточно гибких правил, учитывающих все разнообразие международной торговой практики, что делает возможным их широкое применение в разнообразных ситуациях.

Принципы предназначены для участников международной торговли с целью использования их в договорной практике. Они не являются международным договором, поэтому не обращены к государствам и не предполагают какого-либо одобрения с их стороны, не обладают юридической силой и не обязательны для сторон внешнеэкономических сделок. В преамбуле подчеркивается, что Принципы подлежат применению, если стороны согласились, что их договор будет регулироваться настоящими Принципами. Причем возможна не только прямая отсылка к Принципам. Они могут применяться и тогда, когда стороны в договоре согласились, что их отношения будут регулироваться «общими принципами права», или «*lex mercatoria*», или другими аналогичными положениями (например, обычаями международной торговли).

Не обладая обязательной юридической силой, Принципы широко применяются на практике. Их признание и престиж обусловлены как минимум двумя факторами: во-первых, авторитетом УНИДРУА; во-вторых, взвешенным, убедительным содержанием включенных в них правил, основанным на сравнительном анализе права разных государств и международной торговой практики. По замечанию немецкого профессора К. П. Бергера, применение Принципов обеспечивается не «юридической властью», а «властью разума», т. е. разумностью, убедительностью, целесообразностью их содержания².

¹ См.: *Bonell. M. J. An International Restatement of Contract Law. 2d ed. Ph., 1997. P. 19-30; Berger K. P. The Lex Mercatoria doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts // Law and Policy in International Business. 1997. № 4; Международный институт унификации частного права. Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. и предисловие к русскому изданию А. С. Комарова. М., 1996.*

² *Berger K. P. Op. cit. P. 949.*

Можно выделить несколько аспектов применения Принципов: 1) для регулирования отношений сторон по внешнеэкономической сделке, когда стороны на них сослались; 2) в качестве доказательства всеобщей практики, когда невозможно установить применимое право или когда избранное право не содержит ответа на искомый вопрос; 3) для толкования и восполнения положений международных унификационных актов в области международной торговли; 4) использование в процессе развития национального права или в процессе международной унификации.

В главе первой «Общие положения» закреплены принципы международных коммерческих договоров, большая часть которых являются общими принципами права: принцип свободы договора (свобода вступать в договор, устанавливая его содержание, однако свобода формы договора не является общепризнанной), принцип обязательности договоров, добросовестности.

Вопросы заключения договора являются основополагающими для договорных обязательств. Принципы уделили им значительное место (22 статьи во главе второй «Заключение договора»). Наряду с традиционными вопросами, связанными с офертой и акцептом, сформулированы принципиальные положения по ряду специфических условий международных коммерческих договоров, достижение согласия по которым влияет на их заключение. Например, если одна из сторон настаивает на обязательном соглашении по конкретному вопросу, то договор не будет заключен, пока такое соглашение не будет достигнуто (ст. 2.13). Решается противоречие между стандартными и неожиданными условиями. Стандартные условия — это условия, подготовленные одной стороной для неоднократного пользования и фактически применяемые без переговоров с другой стороной (договоры присоединения). Если среди них есть условие, которого другая сторона не могла разумно ожидать (неожиданные условия), то оно является действительным только в случае прямого согласия с ним этой стороной (ст. 2.19 и 2.20). Статья 2.22 посвящена конфликту проформ: если обе стороны пользуются стандартными условиями, то договор считается заключенным на условиях, которые совпадают.

Принципы содержат основополагающие правила о действительности договоров, их содержании и толковании. Обязательства могут быть прямыми и подразумеваемыми. Последние вытекают из характера и цели договора, практики, которую стороны установили в своих взаимоотношениях, добросовестности и честной деловой практики и из разумности (ст. 5.1—5.2). Принципы устанавливают общие правила для определения качества исполнения, цены, прекращения договора, заключенного на определенный срок, если эти вопросы не решены в договоре (кстати, эти правила совпадают с соответствующими нормами Венской конвенции 1980 г.). Так, договор, заключенный на неопределенный срок,

может быть прекращен любой стороной путем уведомления, следящего предварительно в разумный срок (ст. 5.8).

Значительное внимание уделено принципам исполнения и последствий неисполнения договоров. На практике достаточно сложно решаются вопросы штрафных санкций, возмещения убытков, взыскания процентов с неуплаченной суммы. В Принципах даются особенно подробные правила их решения. Например, в главе седьмой убыткам посвящен целый раздел, состоящий из 13 статей. Любое неисполнение договора дает право потерпевшей стороне на возмещение убытков независимо от того, какие другие меры защиты предприняты (ст. 7.4.1). Остальные статьи содержат правила, устанавливающие порядок исчисления убытков как реальных, так и упущенной выгоды. В любом случае убытки должны быть исчислены либо в валюте, в которой было выражено денежное обязательство, либо в валюте, в которой был понесен ущерб, в зависимости от того, что более соответствует обстоятельствам (ст. 7.4.12).

Далеко не полный перечень правил, закрепленных в Принципах, свидетельствует о его масштабности. Принципы — это свод наиболее значимых, основополагающих положений, охватывающих все стороны договорных обязательств. В комментарии подчеркивается, что появление Принципов предоставляет возможность сторонам международного коммерческого договора обращаться к «систематизированному и хорошо сформулированному своду норм»¹.

Lex mercatoria. В западной литературе широко обсуждается доктрина, согласно которой международные коммерческие контракты регулируются особой нормативной системой, называемой *транснациональным коммерческим правом* (далее — ТКП) или современным *lex mercatoria*.

Понятие *lex mercatoria* или *law merchant* (право торговли) — не новое в международной торговой практике. Оно уже было известно в далеком Средневековье как право купцов, которое представляло собой своеобразный свод универсальных, т. е. применяемых повсеместно, обычных, сложившихся в практике правил, не связанных с государствами. По мере укрепления государственности и развития национального права эти правила были восприняты, хотя и с большими различиями, национальными правовыми системами. Принятие Торгового кодекса во Франции в 1807 г., Общегерманского торгового уложения в 1861 г. ознаменовали завершение этого процесса. Вопрос о *lex mercatoria* потерял свою актуальность, но обычаи международной торговли продолжали существовать и развиваться. С новой силой о нем заговорили во второй половине XX в.

Главную причину возросшего внимания к *lex mercatoria* видят в неспособности национального права адекватно реагировать на

¹ См.: Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А. С. Комарова. С. 4.

стремительные изменения, происходящие в международной торговле. Да и сам выбор подлежащего применению национального права, осуществляемый национальными судами на основе коллизионных норм, часто носит непредсказуемый характер и несвободен от политики данного государства. Национальное право, применяемое национальными судами, оказалось не в состоянии обеспечить справедливые решения юридических проблем, возникающих из международных коммерческих сделок¹.

Истоки и содержание современного *lex mercatoria* кроются в самой международной торговой практике, в обычаях (обыкновенных) международной торговли. Однако во второй половине XX в. происходит достаточно быстрая консолидация этих правил в единую систему благодаря их частной (неофициальной) кодификации и унификации, осуществляемой самими участниками международной торговли (типовые контракты, общие условия, создаваемые единолично или в рамках различного рода объединений) и международными организациями, о чем подробно говорилось выше. Именно расширяющийся процесс неофициальной кодификации правил международной торговли и породил теоретические построения о формировании транснационального коммерческого права (иногда говорят — международного торгового права). Большую роль в этом сыграли и международные коммерческие арбитражи: во-первых, сами стороны все чаще с помощью арбитражной оговорки изымают международные коммерческие споры из юрисдикции национальных судов, а следовательно, и в значительной степени из-под действия национального права, и передают их на рассмотрение международным коммерческим арбитражам, во-вторых, арбитражи довольно часто разрешают споры не на основании национального права, а по *lex mercatoria*.

Развитие ТКП увязывают с завершением работы УНИДРУА по кодификации принципов международных коммерческих договоров. Как было сказано выше, принципы УНИДРУА кодифицируют обычные правила международной торговли. Но это не простые, а наиболее важные обобщенные правила, имеющие основополагающий, принципиальный характер. Известно, что принципы являются системообразующим фактором. Например, о международном (публичном) праве стали говорить как о системе права только

¹ См.: *Rabel E.* International Tribunals for Private Matters // *Rabel Zeitschrift*. 1986. Bd. 50. P. 324—326; *Juenger K. F.* The Lex Mercatoria and the Conflict I/ Lex Mercatoria and Arbitration. Paris. 1990. P. 213, 222. Один из авторов, немецкий профессор А. Людеритц даже заявил, что правила транснационального коммерческого права способны заменить «падающую экономическую продуктивность международного частного права»: *Luderitz A.* Progress in German Private International Law // Commemorative Publication of the Law Faculty for the 600th Anniversary of Cologne University. 1988. P. 271, 281; *Houtte H. V.* The Law of International Trade. L. 1995. P. 26—29.

после того, как сформировалась система общепризнанных международно-правовых принципов. Аналогию можно провести и по отношению к ТКП. Благодаря публикации Принципов УНИДРУА разрозненные правила международной торговли, в том числе и кодифицированные, приобрели системность, что позволяет говорить о ТКП как о самостоятельной регулирующей системе. Дополнительно это подтверждается и тем фактом, что в мае 1995 г. были опубликованы «Принципы Европейского контрактного права», в значительной степени повторяющие Принципы УНИДРУА.

Итак, сложилась самостоятельная система транснационального коммерческого права. В литературе ее называют третьей правовой системой: первая — национальное право государств, вторая — международное (публичное) право¹. Однако словосочетание «правовая система» не должно вводить в заблуждение. Даже сами авторы, использующие подобную терминологию, объясняют, что речь идет не о юридической системе, а о параюридической: ТКП — это параюридическая система (*paralegal law*)². Термин «право», «правовая система» следует понимать условно как нормативная регулирующая система. По своей природе ТКП является системой обычаев международной торговли в широком смысле этого слова.

Будучи особой нормативной системой, ТКП имеет свой специфический механизм применения. Основу его составляет воля сторон: как отдельные нормы и принципы, входящие в эту систему, так и ТПК в целом, применимы при наличии соглашения об этом сторон международной коммерческой сделки. Подобное соглашение может быть выражено по-разному: прямая отсылка к *lex mercatoria*, отсылка к обычаям международной торговли или к общим принципам права, передача спора на разрешение *дружеским посредникам*. Механизм реализации норм ТКП основан преимущественно на принципе «самоконтроля», который обеспечивается наличием неофициальных «черных списков» (списков ненадежных партнеров), возможным исключением предпринимателей из различного рода торговых ассоциаций, другими рисками подрыва деловой репутации. Все это образует неформальные общественные санкции международного делового сообщества.

В заключение отметим несколько положений.

1. Вопрос о ТКП или о *lex mercatoria* относится к наиболее дискуссионным. По-разному определяется нормативная природа этого права, его составные элементы, источники, механизм применения и реализации; по-разному определяется взаимодействие ТКП с национальным и международным правом. Все эти и другие вопросы требуют еще своего доктринального решения.

¹ Berger K. P. Op. cit. P. 956.

² Там же.

2. При всей нерешенности и дискуссионности практически всех составляющих рассматриваемого явления необходимо признать, что ТКП — это нормативная реальность, играющая существенную роль в международном коммерческом обороте.

3. Как самостоятельная нормативная система ТКП взаимодействует при регулировании международного коммерческого оборота со всеми другими нормативными системами и прежде всего с юридической системой, с ее обеими подсистемами: национальным правом и международным (публичным) правом. Только при согласованном применении этих нормативных систем можно обеспечить адекватное постоянно меняющимся реалиям международной торговли регулирование международных контрактных обязательств.

4. Возрастающая роль ТКП не означает, что оно в состоянии заменить национальное право, являющееся главным регулятором обязательств, вытекающих из международных коммерческих договоров. Воля сторон, которая является определяющей в создании и действии ТКП, ограничена рамками национального права. Во-первых, отсылка сторон к *lex mercatoria* юридически действительна, если национальное право допускает такую отсылку. Во-вторых, отсылка к *lex mercatoria* не означает полного ухода от национального права. Продолжают действовать императивные нормы подлежащего применению правопорядка, а значит, и национальное коллизионное право, на основе которого определяется такой правопорядок; применяются публично-правовые нормы тех государств, с которыми данный контракт связан (порядок ввоза и вывоза товаров, таможенное регулирование, режим иностранных инвестиций, защитные меры, применяемые государством в сфере международной торговли и т. д.).

Следовательно, даже если стороны избрали в качестве регулятора своих контрактных обязательств *lex mercatoria*, обычаи международной торговли будут применяться в контексте подлежащего применению национального правопорядка.

12.9. Электронная торговля

Развитие электронных средств связи привело к тому, что все чаще юридически значимые документы, в том числе оферта и акцепт, передаются участниками международных деловых связей через всемирную сеть Интернет. Подобные операции получили название электронной торговли, которая в силу трансграничности сети Интернет объективно становится международной. Отсутствие достаточно разработанного национального законодательства в этой сфере и международно-правового регулирования может порождать правовые препятствия для передачи юридически значимой информации в форме «небумажных носителей» и для признания их юридической действительности.

При осуществлении электронной торговли возникают три взаимосвязанные проблемы: юридическая действительность документов в электронной форме; доступность и сохранность информации, помещенной в электронных документах; аутентичность подписи на электронных документах. Все три проблемы в конечном счете сводятся к одной проблеме — юридической действительности электронных документов. По решению Генеральной Ассамблеи ООН с 1984 г. разработкой правовых основ разрешения означенных проблем занимается Комиссия по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). К настоящему времени Комиссия приняла два акта: Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле от 10 декабря 1996 г. (далее — Закон 1996 г.) и Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях от 5 июля 2001 г. (далее — Закон 2001 г.). Оба закона утверждены резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН в качестве рекомендаций государствам для принятия соответствующих национальных законов¹.

Хотя Закон 1996 г. и называется «Об электронной торговле», на самом деле он решает только один аспект проблемы: устанавливает правовой режим электронной информации в сфере торговли (правда, ничто не мешает государствам расширить его сферу действия). Согласно ст. 1 Закона «сфера его применения определяется как любая информация в форме сообщения данных (date message), осуществляемая в целях коммерческой деятельности». Под «сообщением данных» понимается информация, созданная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными, электронную почту, телеграмму, телекс, телефакс и другие подобные средства (ст. 2).

Закон устанавливает несколько условий, при соблюдении которых электронная информация (сообщение данных) является юридически действительной. Во-первых, формулируется общий принцип юридической действительности электронных документов, согласно которому информация не может быть лишена юридического значения только лишь на основании того, что она существует в форме сообщения данных (ст. 5). Этот же общий принцип используется и в отношении обязательств лиц, делающих оферту и акцепт посредством электронных документов: оферта и акцепт не могут быть лишены юридической силы лишь на том основании, что они содержатся в форме сообщения данных (ст. 12).

Во-вторых, Закон приравнивает сообщение данных к письменной форме документов, если содержащаяся в нем информация «является доступной для последующего к ней обращения» (ст. 6). Любой стабильный, т. е. сохраняющийся в течение неоп-

¹ Комиссия продолжает работу в рассматриваемой сфере, разрабатывая проект Конвенции об электронных сделках.

ределенного периода времени, электронный документ приравнивается к традиционному бумажному носителю. При этом важно отметить, что существующее в государстве правовое регулирование, основанное на таких понятиях, как «письменная форма», «оригинал» и т. п., должно распространяться на информацию в форме электронного документа («сообщения данных»).

Фактор стабильности является также необходимым условием использования сообщения данных в качестве оригинала документа. Сообщение данных приравнивается к оригиналу документа при соблюдении двух требований: 1) имеются надежные доказательства неизменности информации с того момента, когда она была впервые подготовлена в виде сообщения данных; 2) при необходимости предъявления информации она может быть продемонстрирована лицу, которому она должна быть предъявлена (ст. 8).

В-третьих, Закон устанавливает несколько правил касательно отправки сообщения данных и получения подтверждения, в частности места и времени отправления и получения: 1) отправление сообщения данных происходит в момент, когда оно поступает в информационную систему, находящуюся вне контроля отправителя, либо в информационную систему адресата; 2) местом отправления сообщения данных считается место нахождения коммерческого предприятия отправителя, а местом получения — место нахождения коммерческого предприятия адресата (ст. 15).

Наконец, еще одним требованием к электронному документу является условие об электронной подписи и идентификации личности составителя сообщения данных¹. Электронная подпись является действительной при условии, что использован надежный и соответствующий цели сообщения способ идентификации лица и указания на его согласие с передаваемой информацией (ст. 7)².

Более детально условия юридической действительности подписи содержатся в Типовом законе об электронных подписях 2001 г. Так же, как и предыдущий, Закон 2001 г. ограничивает сферу его действия использованием электронной подписи³ в об-

¹ Подсоставителем (originator) понимается лицо, которым или от имени которого сообщение данных было отправлено или подготовлено до хранения, за исключением лица, действующего в качестве посредника в отношении этого сообщения данных (п. «с» ст. 2).

² Кроме рассмотренных положений Типовой закон 1996 г. содержит ряд специальных правил, касающихся обмена информацией между сторонами договора перевозки грузов, в том числе транспортными документами.

³ Под электронной подписью понимаются «данные в электронной форме, которые содержатся в сообщении данных, приложены к нему или логически ассоциируются с ним и которые могут быть использованы для идеи идентификации подписавшего в связи с сообщением данных и указания на то, что подписавший согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных» (п. «а» ст. 2 Закона 2001 г.).

ласти торговой деятельности, оставляя при этом государствам право расширить его области действия (ст. 1). Так же, как и предыдущий, Закон 2001 г. приравнивает по юридической силе электронную подпись к подписи на письменном документе: в тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована электронная подпись, отвечающая требованиям надежности (п. 1 ст. 6).

Электронная подпись считается надежной, если она удовлетворяет следующим требованиям (п. 3 ст. 6):

1) данные для создания электронной подписи исключительно связаны с подписавшим, а не с каким-то другим лицом. Это должно исключить любую неясность относительно личности подписавшего. «Подписавший» означает лицо, которое обладает данными для создания подписи и действует от своего собственного имени или от имени лица, которое он представляет» (п. «d» ст. 2);

2) означенные данные в момент подписания находились под контролем подписавшего, а никакого другого лица. Это правило направлено на исключение возможности подписания электронного документа другим лицом;

3) любое изменение, внесенное в электронную подпись после момента подписания, «поддается обнаружению». Это требование не касается изменений, которые могут быть внесены в сам документ. Оно не означает, что измененная подпись автоматически утрачивает юридическую силу, важно, чтобы «полагающееся лицо» (лицо, которое может действовать на основании сертификата или подписи, — п. «f» ст. 2) имело возможность обнаружить любые изменения в подписи;

4) если по законодательству наличие подписи направлено на гарантирование целостности документа, то любое изменение электронного документа «поддается обнаружению»; т. е. контрагент (полагающееся лицо) должен иметь возможность обнаружить подобные изменения.

Кроме юридических условий надежности электронных подписей последние связаны с компьютерными технологиями изготовления подписей. Они устанавливаются внутренним законодательством государств. Для того чтобы разрешить коллизии между национальными технологиями осуществления электронных подписей и облегчить признание надежности подписи, сделанной по технологии одного государства, за его пределами, Законом 2001 г. вводится третий субъект — «поставщик сертификационных услуг», или «сертификационный провайдер» (certification service provider).

Основная функция провайдера — подтверждение подлинности электронной подписи, т. е. ее сертификация с использованием надежных систем, процедур, технологий, что должно способствовать признанию юридической действительности сертификата или

подписи за пределами государства, где он выдан или она изготовлена. Одновременно Закон 2001 г. устанавливает общий принцип признания сертификатов и подписей, изготовленных в одном государстве, на территории других государств (ст. 12). Так, сертификат, выданный за пределами принимающего государства, обладает в этом государстве такой же юридической силой, как и собственные сертификаты, если он обеспечивает эквивалентный уровень надежности; электронная подпись, созданная или используемая за пределами принимающего государства, обладает в этом государстве такой же юридической силой, как и подписи, созданные или используемые в этом же государстве, если она обеспечивает эквивалентный уровень надежности.

Кроме сертификации электронной подписи сертификационный провайдер исполняет некоторые другие услуги, но все они связаны с обеспечением надежности сертификата или подписи. Например, он предоставляет «полагающейся стороне» разумно доступные средства, которые позволяют ей определить: методы, используемые для идентификации подписавшего; действительность данных для создания подписи; реальное наличие контроля подписавшего над данными для создания подписи в момент выдачи сертификата; личность самого сертификационного провайдера и др. (ст. 9).

Таким образом, Типовой закон об электронных подписях направлен на то, чтобы обеспечить действительность электронной подписи и (или) сертификата такой подписи, изготовленной (выданного) в одном государстве с использованием систем, процедур, технологий, предусмотренных законодательством этого государства, за его пределами, в любом принимающем государстве.

В России технология изготовления электронной подписи, направленная на обеспечение ее надежности, предусмотрена в Федеральном законе об электронной цифровой подписи от 10 января 2002 г. Основной целью Закона согласно ст. 1 является обеспечение правовых условий использования электронной цифровой подписи (далее — ЭЦП) в электронных документах, при соблюдении которых она признается равнозначной собственноручной подписи в документе на бумажном носителе. Согласно Закону технологическая система, обеспечивающая надежность электронной подписи, включает аппаратные и (или) программные средства, реализующие хотя бы одну из следующих функций: во-первых, создание ЭЦП в электронном документе с использованием закрытого ключа ЭЦП; во-вторых, подтверждение с использованием открытого ключа ЭЦП подлинности такой подписи; в-третьих, создание закрытых и открытых ключей ЭЦП (ст. 3). Эта система называется «средства ЭЦП». Она состоит из таких элементов:

- 1) закрытый ключ ЭЦП — уникальная последовательность символов, известная владельцу сертификата ключа подписи и предназначенная для создания в электронных документах ЭЦП;

2) открытый ключ ЭЦП — уникальная последовательность символов, соответствующая закрытому ключу ЭЦП, доступная любому пользователю информационной системы и предназначенная для подтверждения подлинности ЭЦП;

3) сертификат ключа подписи — документ на бумажном носителе или электронный документ с ЭЦП уполномоченного лица удостоверяющего центра, который включает открытый ключ ЭЦП и который выдается удостоверяющим центром для подтверждения подлинности ЭЦП и идентификации владельца сертификата ключа подписи.

Надежность системы средств ЭЦП подтверждается сертификатом средств ЭЦП — документом на бумажном носителе, выданным в соответствии с правилами системы сертификации для подтверждения соответствия средств ЭЦП установленным требованиям.

ЭЦП будет равнозначна собственноручной подписи на бумажном носителе, если она одновременно отвечает трем условиям: сертификат ключа ЭЦП не утратил силу на момент проверки или на момент подписания электронного документа, если он известен; подтверждена подлинность ЭЦП на электронном документе; ЭЦП используется в соответствии со сведениями, указанными в сертификате ключа подписи. Участник информационной системы может иметь любое количество сертификатов ключей ЭЦП.

Для обеспечения функционирования системы средств ЭЦП вводится особый орган — «удостоверяющий центр». Это юридическое лицо, получившее специальную лицензию на данную деятельность. Закон особо подчеркивает, что удостоверяющий центр должен обладать необходимыми материальными и финансовыми возможностями, позволяющими ему нести гражданскую ответственность перед пользователями сертификатов ключей подписей за убытки, которые могут быть понесены ими вследствие недостоверности сведений в сертификатах (п. 1 ст. 8).

В ст. 9 Закона 2002 г. очерчен круг вопросов, решением которых занимается центр:

- изготавливает сертификаты ключей ЭЦП;
- создает ключи ЭЦП с гарантией сохранения тайны закрытого ключа;
- приостанавливает и возобновляет, а также аннулирует действие сертификатов ключей подписей;
- ведет реестр ключей ЭЦП, обеспечивает возможность свободного доступа к нему участников информационных систем;
- проверяет уникальность открытых ключей ЭЦП в реестре сертификатов и архиве центра;
- выдает сертификаты ключей в форме бумажных документов и (или) в форме электронных документов с информацией об их действии;

— подтверждает подлинность ЭЦП в электронном документе и др.

Сертификат ключей подписи изготавливается на основе заявления участника информационной системы, в котором должны содержаться все сведения, необходимые для идентификации владельца сертификата. Заявление подписывается собственноручно. Удостоверяющий центр оформляет два экземпляра сертификата на бумажном носителе, которые заверяются собственноручными подписями владельца сертификата и уполномоченного лица центра и печатью центра. Один экземпляр вручается владельцу сертификата, второй остается в удостоверяющем центре.

Кроме того, Закон предусматривает контроль за деятельностью удостоверяющего центра со стороны федерального органа исполнительной власти: центр обязан передать этому органу сертификат ключа подписи каждого уполномоченного лица центра в форме электронного документа и в форме бумажного документа, собственноручно подписанного уполномоченным лицом, заверенного подписью руководителя и печатью центра; федеральный орган ведет реестр сертификатов подписей уполномоченных лиц; уполномоченные лица могут воспользоваться своими электронными подписями только после включения их в единый государственный реестр.

С позиций международной электронной торговли особое значение имеет положение ст. 18 российского Закона о признании иностранного сертификата ключа подписи. Во-первых, как видно из названия статьи, признавать можно только иностранный сертификат ключа подписи, а не саму электронную подпись. Во-вторых, признание возможно только в отношении сертификата на бумажном носителе (выше было указано, что сертификат выдается как в форме документа на бумажном носителе, так и в форме электронного документа). Согласно названной статье «иностраный сертификат ключа подписи, удостоверенный в соответствии с законодательством иностранного государства, в котором этот сертификат ключа подписи зарегистрирован, признается на территории Российской Федерации в случае выполнения установленных законодательством Российской Федерации процедур признания юридического значения *иностранных документов*» (курсив наш. — Г. Д.). Например Арбитражно-процессуальный кодекс РФ признает иностранные документы только при наличии их легализации или проставлении апостиля, если иное не установлено международным договором. Документы должны сопровождаться надлежащим образом заверенным переводом на русский язык (ст. 255).

Глава 13. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПЕРЕВОЗКИ ГРУЗОВ И ПАССАЖИРОВ

13.1. Организация международных перевозок

Транспорт — одна из важнейших составных частей материальной базы экономики. Продукцией транспорта является перемещение грузов и людей. Продажа транспортных услуг или их покупка на мировом рынке означает участие транспорта в операциях невидимого экспорта или импорта. В отличие от продукции других отраслей народного хозяйства продукция транспорта не имеет вещественной формы, но материальна по своему характеру, так как в процессе перемещения затрачиваются материальные средства.

Особенность международных транспортных отношений состоит в наличии иностранного элемента: перевозка выполняется за границу, причем иностранный элемент присущ процессу перемещения, составляющему суть транспортной деятельности¹.

В настоящее время основным источником правового регулирования международных перевозок грузов, пассажиров и их багажа являются международные соглашения. Многие из них охватывают все или несколько видов транспорта. Например, таковой является Конвенция ООН о международных смешанных перевозках грузов 1980 г. Наиболее важные международные конвенции будут изложены в соответствующих разделах данной главы.

Помимо международных соглашений в процессе регулирования международных перевозок большая роль принадлежит внутригосударственным актам. В Российской Федерации это Гражданский кодекс, Воздушный кодекс 1997 г., Кодекс торгового мореплавания 1999 г., Транспортный устав железных дорог Российской Федерации 1998 г., Кодекс внутреннего водного транспорта Российской Федерации 2001 г.

Наиболее распространенными коллизионными привязками в области транспортных перевозок являются:

1) *закон места отправки товара*. В соответствии со ст. 285 Конвенции о международном частном праве (Кодекс Бустаманте 1928 г.) порядок фрахтования морского и воздушного судна регулируется законом места отправки товара;

2) *закон места причинения ущерба*. Так, Закон Румынии применительно к регулированию отношений международного частного права 1992 г. определяет, что ущерб, причиненный воздушным судном на поверхности, регулируется законом того государства, на территории которого такой ущерб был причинен (ст. 144);

¹ См.: Садиков О. И. Правовое регулирование международных перевозок. М., 1981. С. 5.

3) *личный закон перевозчика*. Согласно польскому Закону о международном частном праве 1965 г., если стороны не имеют места нахождения или места жительства в одном и том же государстве и не произвели выбора права, то применяется к обязательствам из договора перевозки право государства, в котором в момент заключения договора имел место нахождения перевозчик.

Правовая регламентация международных перевозок тесно связана с деятельностью международных организаций.

Международные транспортные организации возникли в конце XIX в. Они разрабатывают проекты конвенций, унифицированных правил и технических регламентов. Для рассмотрения и принятия конвенций международные организации созывают дипломатические или иные конференции.

Международные транспортные организации создаются по видам транспорта. Наиболее многочисленными являются *организации в области водного транспорта* (их насчитывается более 100). Из числа межправительственных организаций, безусловно, самой авторитетной является Международная морская организация (ИМО), созданная в 1949 г. Одна из ее основных целей — поощрение устранения дискриминационных мер и излишних ограничений со стороны правительств, затрагивающих международное торговое судоходство, с тем чтобы мировая торговля могла без дискриминации пользоваться услугами судоходства. В рамках данной организации разработаны и приняты Афинская конвенция о перевозке пассажиров и их багажа морем 1974 г. (дополнена в ноябре 1976 г.), Международная конвенция по облегчению международного морского судоходства 1965 г. (в дальнейшем неоднократно дополнена) и др.

В 1905 г. образована Балтийская и международная морская организация (БИМКО). Основная задача этой неправительственной организации заключается в подготовке и пересмотре проформ чартеров и другой транспортной документации; издание типовых форм перевозочных документов для использования судовладельцами, а также типовых форм перевозочных документов, рекомендованных родственным организациям или согласованных с представителями заинтересованных сторон.

Полезную работу по унификации транспортной документации осуществляют Международный морской комитет (ММК), Международная палата судоходства (МПС), Ассоциация латиноамериканских судовладельцев (АЛАМАР), Международная ассоциация независимых владельцев танкеров (ИНТЕРТАНКО) и др.

Международные организации по железнодорожному транспорту имеют статус неправительственных организаций. Многие из них являются региональными и занимаются узким кругом проблем. Например, в 1969 г. учреждена Восточно-Африканская железнодорожная корпорация. Она занимается координацией перевозок гру-

зов и пассажиров железнодорожным транспортом. В 1975 г. создана Европейская конференция по пассажирским тарифам (ЕПК). Целью организации является определение практических мер по проведению единой тарифной политики, что должно способствовать дальнейшему развитию международных пассажирских перевозок. ЕПК выполняет функции тарифного союза в рамках отдельных железнодорожных сообщений. В 1950 г. создан Европейский союз по железнодорожным перевозкам западноевропейских стран. Основная цель Союза — представление и защита в международных организациях интересов европейских железнодорожных администраций во взаимоотношениях с другими международными транспортными союзами и с национальными транспортными и экономическими администрациями, связанными с перевозками в международном сообщении грузов и пассажиров, а также организация и осуществление международных железнодорожных перевозок в пределах транспортной сети стран — членов Союза.

Среди международных организаций по *воздушному транспорту* наиболее авторитетной является Международная организация гражданской авиации (ИКАО). Она создана в 1944 г. как специализированное учреждение ООН. Одна из целей ИКАО — предотвращение экономических потерь, вызванных неразумной конкуренцией. В рамках ИКАО разработан и принят ряд конвенций по регламентации международных воздушных перевозок, например Монреальская конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок (май 1999 г.).

Из региональных организаций отметим Арабский совет гражданской авиации (создан в 1967 г.), Ассоциацию африканских авиакомпаний (1968 г.), Ассоциацию авиакомпаний Европейского сообщества (1980 г.), Ассоциацию дальневосточных авиакомпаний (1966 г.). Основная цель этих организаций — выработка рекомендаций по унифицированию коммерческо-правовой документации относительно перевозок грузов, пассажиров и их багажа.

В настоящее время функционирует небольшое число международных организаций по *автомобильному транспорту и автодорогам*. Так, в 1948 г. создана Международная автодорожная федерация, в 1904 г. — Международная автомобильная федерация, в 1957 г. — Международный союз водителей грузовиков дальнего следования и соответствующих транспортных средств. Эти организации занимаются унификацией транспортной документации, правил дорожного движения, стандартизации систем взыскания за нарушение правил перевозки грузов, пассажиров и их багажа.

Из международных организаций по *речному сообщению* наиболее активными считаются Дунайская комиссия и Центральная комиссия судоходства по Рейну. Например, Дунайская комиссия изучает и решает вопросы, касающиеся юридических аспектов судоходства на внутренних водных путях международного значения;

готовит необходимые правила относительно коммерческих вопросов плавания по Дунаю; разрабатывает единообразные нормы, касающиеся таможенного, санитарного, фитосанитарного надзора; составляет проекты соглашений по упрощению правил перевозок грузов и пассажиров.

13.2. Международные железнодорожные перевозки

По сравнению с другими видами транспорта железнодорожный транспорт имеет серьезные преимущества. Во-первых, он способен перевозить самые различные грузы и выполнять массовые перевозки грузов и пассажиров. Во-вторых, железнодорожный транспорт имеет большую дальность и относительно высокую скорость перевозок. В-третьих, перевозки по железной дороге имеют сравнительно низкую себестоимость перевозок и высокую безопасность доставки грузов¹.

Одним из основных договоров по регламентации железнодорожных перевозок является Соглашение о международных перевозках (КОТИФ) 1980 г., учредившее Организацию международного железнодорожного транспорта.

В КОТИФ предусмотрены предельные сроки доставки грузов. Например, общие сроки доставки грузов составляют для грузов большой скоростью 400 км, а для грузов малой скоростью — 300 км в сутки.

Соглашение 1980 г. определяет предельный размер ответственности железных дорог в случае несохранности перевозимых грузов в расчетных единицах МВФ — «специальных правах заимствования» (17 СПЗ, или 51 старый золотой франк на 1 кг веса брутто).

Российская Федерация не является участницей Соглашения о международных железнодорожных перевозках 1980 г., но его положения, связанные с ним инструкции и другие нормативные акты применяются при перевозках российских внешнеторговых грузов в страны Европы и из этих стран в Россию².

Российская Федерация является участницей Соглашения о международном железнодорожном сообщении (СМГС) 1951 г. (пересмотрено в 1992 г.). Оно устанавливает прямое международное сообщение для перевозок грузов между железными дорогами Албании, Болгарии, Китая, КНДР, Монголии, Польши, Румынии, России и ряда других стран.

В соответствии со ст. 7 Соглашения перевозка грузов оформляется накладной, состоящей из трех листов: оригинал накладной; лист выдачи груза; лист уведомления о прибытии груза. От-

¹ См.: Транспорт во внешней торговле СССР. М., 1977. С. 221.

² См.: Зевков В. П. Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 314.

правитель должен объявить в накладной ценность ряда грузов при предъявлении их к перевозке, например золота, серебра и платины, а также изделий из них; драгоценных камней; ценных мехов; отснятых фильмов; картин; статуй. Железная дорога не обязана проверять правильность и достаточность документов, приложенных отправителем к накладной. При неправильном, неполном и неточном указании в накладной сведений и заявлений с отправителя взыскивается штраф в пятикратном размере провозной платы. В случае перегруза вагона сверх его максимальной грузоподъемности отправитель выплачивает штраф в пятикратном размере провозной платы.

Соглашение определяет сроки доставки грузов большой скоростью и малой скоростью. Эти сроки удлиняются на время задержки для выполнения таможенных и других правил; перерыва в сообщении, происшедшего не по вине железной дороги и временно препятствующее началу или продолжению перевозки; задержки, происшедшей в результате изменения договора перевозки.

По прибытии груза на станцию назначения железная дорога обязана выдать груз, оригинал накладной и лист уведомления о прибытии груза получателю.

Железная дорога должна составить коммерческий акт, если во время перевозки или выдачи груза она производит проверку состояния груза, его массы или количества мест и если при этом будет установлена полная или частичная утрата груза, недостача массы, отсутствие накладной и т. д.

Раздел IV Соглашения определяет порядок изменения договора перевозки. Право изменения договора перевозки принадлежит отправителю и получателю. Отправитель может произвести следующие изменения договора перевозки; а) взять груз со станции отправителя; б) изменить станцию назначения; в) изменить получателя груза; г) вернуть груз на станцию отправления. Получатель вправе изменить станцию назначения груза в пределах страны назначения; изменить получателя груза. Однако изменение договора перевозки, которое приведет к делению груза на части, не допускается. К Соглашению приложена примерная форма изменения договора перевозки.

Соглашение (разд. V) подробно определяет виды и формы ответственности железных дорог. Железная дорога, принявшая груз к перевозке по накладной СМГС, ответственна за выполнение договора перевозки на всем пути следования груза до выдачи его на станцию назначения. Каждая последующая железная дорога, принимая к перевозке груз вместе с накладной, вступает тем самым в этот договор перевозки и принимает на себя возникающие по нему обязательства.

Железная дорога ответственна за просрочку в доставке груза и за ущерб, возникший вследствие полной или частичной утраты,

недостачи массы, повреждения, порчи или снижения качества груза по другим причинам за время с момента принятия груза к перевозке до выдачи его на станции назначения.

Железная дорога освобождается от ответственности за полную или частичную утрату груза, уменьшение массы, повреждение, порчу или снижение по другим причинам качества груза, если они, например, произошли: а) вследствие обстоятельств, которые железная дорога не могла предотвратить и устранение которых от нее не зависело; б) вследствие ненадлежащего качества груза при его приемке к перевозке на станции отправления или вследствие особых естественных свойств груза, вызвавших его самовозгорание, поломку, ржавчину, внутреннюю порчу и т. д.; в) по вине отправителя или получателя или вследствие их требований, в силу которых нельзя возложить вину на железную дорогу.

Соглашение подробно регламентирует порядок и размеры возмещения за просрочку в доставке груза, снижения качества груза, а также при полной или частичной утрате груза (ст. 25—27). Выплата сумм возмещений и штрафов производится в валюте той страны, железная дорога которой производит выплату этих сумм.

Претензии и иски по договору перевозки могут быть заявлены в течение 9 месяцев, за исключением претензий и исков о просрочке в доставке груза, для предъявления которых установлен двухмесячный срок.

В 1989 г. заключена Конвенция о гражданской ответственности за ущерб, причиненный при перевозке опасных грузов автомобильным, железнодорожным и внутренним водным транспортом (КГПОГ). Цель этой конвенции — установить единообразные правила, обеспечивающие соответствующее и скорейшее возмещение ущерба, причиненного при перевозке опасных грузов соответствующими видами транспорта.

Согласно ст. 5 субъектом ответственности является перевозчик, который с момента инцидента несет ответственность за ущерб, причиненный любыми опасными грузами в ходе их перевозки, например железнодорожным транспортом. Если перевозчик докажет, что ущерб был причинен всецело или частично в результате поведения потерпевшего лица, которое совершило действие или упущение с намерением причинить ущерб либо по небрежности этого лица, перевозчик может быть полностью или частично освобожден от ответственности перед таким лицом.

Ответственность перевозчика железнодорожным транспортом по искам, предъявляемым в связи с каким-либо одним инцидентом, ограничивается следующими размерами: в отношении исков, связанных со смертью или телесными повреждениями—18 млн расчетных единиц, а в отношении любых других исков—12 млн расчетных единиц.

Перевозчик может создать фонд в суде или другом компетентном органе любого из государств-участников. Любой созданный таким образом фонд служит только для удовлетворения требований по искам, в отношении которых ответственность может быть ограничена на основании Конвенции 1989 г. Фонд может быть создан либо путем внесения суммы в депозит, либо путем представления банковской гарантии или любого другого обеспечения, допускаемого законодательством государства-участника, в котором создается фонд, и призываемого достаточным судом или другим компетентным органом.

Расчетной единицей согласно ст. 12 Конвенции является единица специальных прав заимствования, как она определена МВФ.

Российская Федерация заключила большое количество двусторонних договоров по вопросам регламентации железнодорожных перевозок. В них решаются вопросы координации железнодорожных перевозок и особенности правового регулирования деятельности предприятий, учреждений и организаций железнодорожного транспорта. В соглашениях со странами СНГ констатируется сохранение действующего порядка осуществления международных перевозок грузов и пассажиров железнодорожным транспортом. Они сохраняют сложившиеся технологические связи между железными дорогами, устанавливают систему ответственности за нарушение технологических параметров перевозочной работы. Например, Соглашение между РФ и Казахстаном об особенностях правового регулирования деятельности предприятий, учреждений и организаций железнодорожного транспорта 1996 г. определяет порядок применения железнодорожных тарифов при перевозках пассажиров и грузов по участкам железных дорог (применяются тарифы государств — собственников соответствующих участков железных дорог).

В Российской Федерации экономические, правовые и организационные основы деятельности железнодорожного транспорта определяет Федеральный закон «О федеральном железнодорожном транспорте» 1995 г. В соответствии со ст. 18 этого Закона организация перевозок пассажиров, грузов, грузобагажа и багажа в международном железнодорожном и прямом международном смешанном сообщениях, развитие международных транспортных связей и внешнеэкономическая деятельность осуществляются федеральным органом исполнительной власти в области железнодорожного транспорта. Перевозки грузов в прямом международном смешанном сообщении производятся на основании соответствующих международных договоров РФ.

Ответственность предприятий железнодорожного транспорта за неисполнение, ненадлежащее или несвоевременное исполнение обязательств по перевозке пассажиров, хранению и перевозке грузов, грузобагажа и багажа в международном сообщении определяется в соответствии с международными договорами РФ (ст. 20).

13.3. Международные морские перевозки

Морской транспорт является основным средством перевозки внешнеторговых грузов. На морском транспорте сложились две основные формы его эксплуатации: *трамповое судоходство*, при котором работа грузовых судов не связана с постоянными районами плавания, портами погрузки и выгрузки, не ограничена определенным видом груза, а цена перевозки устанавливается по соглашению сторон; *линейное судоходство*, т. е. форма регулирования судоходства, обслуживающая направление перевозок с устойчивым пассажиро- и грузопотоками и предусматривающая организацию движения закрепленных за линией судов по расписанию с оплатой по тарифу. Характерным признаком линии является постоянство оборота судов на основании существующего расписания.

Международные морские перевозки осуществляются по чартеру и коносаменту.

Чартер является документом, удостоверяющим наличие и содержание договора фрахтования, заключаемого между фрахтовщиком или фрахтователем, и рассчитан на перевозку крупных партий грузов, прежде всего массовых. При перевозках по чартеру предоставляется все судно, часть или определенное его помещение.

В настоящее время существует несколько проформ чартеров: *рейсовый чартер*, *букингнот*, *тайм-чартер*, *димайз-чартер* и т. д., которые определяют взаимоотношения сторон (фрахтовщика и фрахтователя, перевозчика и грузовладельца) при перевозке грузов в международном торговом мореплавании.

В зависимости от сложившихся условий перевозки различных родов грузов и отдельных направлений применяются определенные формы стандартных чартеров. В международном торговом мореплавании обычно используются типовые формы чартеров, разработанные, одобренные либо рекомендованные Балтийской и международной морской организацией (БИМКО), Международной палатой судоходства (МПС), национальными палатами судоходств Великобритании, Японии, России и других стран. Разумеется, содержание чартеров существенно отличается, но в любом случае в них отражаются такие вопросы, как наименование судовладельца и фрахтователя; название и краткая характеристика судна и груза; стальнойное время; порт и время погрузки; канцелирование, демередж и т. д. Ряд чартеров (например, «Ньювой») содержит подробное пояснение о порядке заполнения чартера. Практически все чартеры состоят из *основной (стандартной) части* и *аддендумов*. В последних закрепляются особые условия фрахтования судов и перевозки грузов. Каждая проформа чартера имеет свое сокращенное наименование (например, «Дженкон», «Бэрикон», «Блэксивуд»). Как правило, все чартеры содержат различные оговорки. Наиболее применимыми являются Ледовая ого-

ворка БИМКО 1938 г., Специальная оговорка БИМКО о забастовке 1936 г., Оговорка о войне 1938 г., Арбитражные оговорки.

Положения чартеров являются диспозитивными, и в этой связи стороны вправе изменять их по своему усмотрению.

Согласно ст. 120 КТМ РФ 1999 г. чартер должен содержать наименование сторон, название судна, указание на ряд и вид груза, размер фрахта, наименование места погрузки груза, наименование места назначения или направления судна. По соглашению сторон в чартер могут быть включены иные условия и оговорки. Чартер подписывается перевозчиком и фрахтователем или их представителями.

Коносамент — документ, выдаваемый перевозчиком или фактическим перевозчиком владельцу отправляемого морем груза в удостоверение факта принятия его к перевозке и обязательства передать в порту назначения грузополучателю.

Коносамент может быть подписан лицом, имеющим полномочия от перевозчика. Коносамент, подписанный капитаном судна, на котором перевозится груз, считается подписанным от имени перевозчика. Подпись может быть сделана от руки, напечатана в виде факсимиле, перфорирована, поставлена с помощью штампа, в виде символов или с помощью любых иных механических или электронных средств.

По способу обозначения лица, имеющего право требовать выдачи груза, коносаменты бывают *именными, ордерными и предъявительскими*. При морских перевозках грузов применяются *экспортные, каботажные, прямые (сквозные), смешанные, линейные, чартерные, служебные, долевы* коносаменты¹. В свою очередь, сквозные коносаменты подразделяются на три типа: а) морской сквозной коносамент; б) обычный сквозной коносамент; в) коносамент на смешанную перевозку².

С правовой точки зрения коносамент является: а) официальной квитанцией судовладельца (перевозчика), подтверждающей, что груз, который предположительно находится в указанном виде, количестве и состоянии, отправлен в указанное место назначения на конкретном судне или, по крайней мере, получен под охрану судовладельца (перевозчика) для цели отправки; б) меморандумом договора перевозки, повторяющим в деталях условия договора, который заключается фактически до подписания коносамента; в) товарораспорядительным документом на груз (товар), позволяющим покупателю распорядиться им путем передаточной надписи и предоставления коносамента.

¹ См.: *Свидерский В. В.* Виды коносаментов / Торговое мореплавание и морское право. М., 1986. С. 3—14.

² См.: *Тетлей В.* Претензии и иски при перевозке грузов морем. М., 1983. С. 344—346.

Порядок выдачи коносаментов и требования к их содержанию изложены в Международной конвенции для унификации некоторых правил, касающихся коносаментов 1924 г. (правила Гага — Висби), Конвенции ООН о морской перевозке грузов 1978 г. и в национальных законодательных актах. Например, согласно ст. 144 КТМ РФ 1999 г. в коносамент должны быть включены следующие данные: наименование перевозчика и место его нахождения; наименование порта погрузки согласно договору морской перевозки груза и дата приема груза перевозчиком в порту погрузки; наименование отправителя и место его нахождения, наименование порта выгрузки согласно договору морской перевозки груза; наименование получателя, если он указан отправителем, наименование груза, внешнее состояние его и упаковки; фрахт в размере, подлежащем уплате получателем, или иное указание на то, что фрахт должен уплачиваться им; время и место выдачи коносамента; число оригиналов коносамента, если их больше чем один; подписи перевозчика или действующего от его имени лица. По соглашению сторон в коносамент могут быть включены иные данные и оговорки.

Если перевозчик или другое лицо, выдающее коносамент от его имени, не указывает в коносаменте внешнее состояние груза, то считается, что он указал в коносаменте, что внешнее состояние груза хорошее.

После погрузки груза на борт судна перевозчик по требованию отправителя выдает ему «бортовой» коносамент, в котором дополнительно указывается, что груз находится на борту определенного судна или судов, а также должны быть указаны дата или даты погрузки груза.

В случае если в коносаменте содержатся данные, которые касаются наименования груза, его основных марок, числа мест или предметов, массы или количества груза и в отношении которых перевозчик или выдающее коносамент от его имени другое лицо знают или предполагают, что такие данные не соответствуют фактически принятому грузу, перевозчик или другое лицо должны внести в коносамент оговорку. В этой оговорке конкретно указывается на неточности, а также основания для предположений или отсутствие разумной возможности проверки указанных данных.

Коносамент может быть выдан на имя определенного получателя (*именной коносамент*), по приказу отправителя или получателя (*ордерный коносамент*) либо на предъявителя.

Коносамент передается с соблюдением следующих правил: а) *именной коносамент* может передаваться по *именным передаточным надписям* или в *иной форме* в соответствии с правилами, установленными для уступки требования; б) *ордерный коносамент* — по *именным или бланковым передаточным надписям*;

в) коносамент на предъявителя может передаваться посредством простого вручения.

Международная перевозка грузов морем осуществляется на основе *договора*. По договору международной морской перевозки груза перевозчик обязуется доставить груз, который ему передал или передаст отправитель, в порт назначения и выдать его управомоченному на получение груза лицу, а отправитель или фрахтователь обязуется уплатить за перевозку груза установленную плату (фрахт).

Договор морской перевозки груза может быть заключен: а) с условием предоставления для морской перевозки груза всего судна, части его или определенных судовых помещений (чартер); б) без такого условия.

Перевозчиком является лицо, заключившее договор морской перевозки груза с отправителем или фрахтователем или от чьего имени заключен такой договор. Фактически перевозчиком является лицо, которому поручено осуществление перевозки груза или части перевозки, и включает любое другое лицо, которому поручено такое осуществление перевозки. Фрахтователем является лицо, заключившее договор морской перевозки груза.

Отправителем является лицо, которое заключило договор морской перевозки груза, а также любое лицо, которое сдало груз перевозчику от своего имени.

В марте 1978 г. в Гамбурге принята Конвенция ООН о морской перевозке грузов. Все положения Конвенции носят императивный характер. Она применяется ко всем договорам морской перевозки между двумя различными государствами, если: а) порт погрузки или разгрузки, предусмотренные в договоре морской перевозки, находятся в одном из государств — участников Конвенции, или б) один из опционных портов разгрузки, предусмотренных в договоре морской перевозки, является фактическим портом разгрузки и такой порт находится в одном из государств — участников Конвенции, или в) коносамент или другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, выдан в одном из договаривающихся государств, или г) коносамент или другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, предусматривает, что договор должен регулироваться положениями Конвенции или законодательством любого государства — участника Конвенции.

Положения Конвенции 1978 г. применяются независимо от национальности принадлежности судна, перевозчика, фактического перевозчика, грузоотправителя, грузополучателя или любого другого заинтересованного лица.

Конвенция подробно регламентирует вопросы ответственности перевозчика и грузоотправителя. Причем ответственность перевозчика основана на принципе презюмируемой вины. Это означает, что, как правило, бремя доказывания возлагается на перевоз-

чика. Однако в определенных случаях положения Конвенции изменяют это правило.

Согласно ст. 4 Конвенции ответственность перевозчика за груз охватывает период, в течение которого груз находится в ведении перевозчика в порту погрузки, во время перевозки и в порту разгрузки. Он несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в сдаче, если только перевозчик не докажет, что он, его служащие или агенты приняли все меры, которые могли разумно требоваться, чтобы избежать таких обстоятельств и их последствий. Перевозчик также несет ответственность за утрату или повреждение груза или задержку в сдаче, вызванные пожаром, если последний возник по вине перевозчика, его служащих или агентов.

В отношении живых животных перевозчик не несет ответственности за утрату, повреждение или задержку в сдаче, являющихся результатом любых особых рисков, присущих этому виду перевозки.

Перевозчик не несет ответственности, кроме общей аварии, в тех случаях, когда утрата, повреждение или задержка в сдаче возникла в результате мер по спасению жизни или разумных мер по спасению имущества на море.

В случае наличия смешанной вины перевозчик несет ответственность лишь в той степени, в какой утрата, повреждение или задержка сдачи груза обусловлена виной перевозчика, его служащих или агентов. В этом случае перевозчик должен доказать размер утраты, повреждения или задержки в сдаче, которые не обусловлены виной с его стороны. Ответственность перевозчика ограничивается суммой, эквивалентной 385 расчетным единицам за место или другую единицу отгрузки либо 2,5 расчетной единицы за один килограмм веса брутто утраченного или поврежденного груза, в зависимости от того, какая сумма выше. Ответственность перевозчика за задержку в сдаче груза ограничивается суммой, в 2,5 раза кратной фрахту, подлежащему уплате за задержанный сдачей груз, но не превышающей размеры фрахта, подлежащего уплате на основании договора морской перевозки.

Перевозчик не имеет права на ограничение ответственности, если доказано, что утрата, повреждение или задержка в сдаче груза явились результатом действия или упущения перевозчика, совершенных либо с намерением причинить такую утрату, повреждение или задержку, либо вследствие безответственности и с пониманием вероятности возникновения такой утраты, повреждения или задержки.

В случаях, когда осуществление перевозки или ее части поручено фактическому перевозчику, последний тем не менее остается ответственным за всю перевозку груза. При сквозной перевозке

пределы ответственности перевозчика и фактического перевозчика определяются в договоре перевозки.

Расчетная единица является единицей «специального права заимствования», как она определена Международным валютным фондом (МВФ). Суммы, указанные выше, переводятся в национальную валюту государства в соответствии со стоимостью этой валюты на дату судебного решения или на дату, согласованную сторонами. Стоимость в единицах «специального права заимствования» национальной валюты государства — участника Конвенции, 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 «специального права заимствования» национальной валюты государства — участника Конвенции, которое не является членом МВФ, исчисляется способом, установленным этим государством.

Грузоотправитель не отвечает за ущерб, понесенный перевозчиком или фактическим перевозчиком, или за повреждение, полученное судном, если только такой ущерб или повреждение не произошли по вине грузоотправителя, его служащих или агентов. Служащий или агент грузоотправителя также не несет ответственности за такой ущерб или повреждение, если только ущерб или повреждение не были вызваны виной с его стороны.

Любой иск в связи с перевозкой грузов по Конвенции 1978 г. погашается давностью, если судебное или арбитражное разбирательство не было начато в течение двух лет. Срок исковой давности начинается в день, когда перевозчик сдал груз или часть груза, или в случаях, если груз вообще не был сдан, — в последний день, когда груз должен был быть сдан. День, когда начинается срок исковой давности, не включается в этот срок.

Конвенция пока не вступила в силу, однако ее положения активно применяются на практике, в том числе судовладельцами РФ. Основные нормы Конвенции включены в гл. VIII КТМ РФ 1999 г.

Организационно-правовым вопросам перевозки грузов морем посвящена гл. VIII КТМ РФ 1999 г., а вопросам права, подлежащего применению к отношениям, возникающим из морской перевозки с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иностранным элементом,—гл. XXVI.

Согласно ст. 418 КТМ РФ отношения, возникающие из договора морской перевозки груза, регулируются законом государства, предусмотренным соглашением сторон; из договора морской перевозки пассажира — законом государства, указанным в билете пассажира.

При отсутствии соглашения сторон о надлежащем применении права отношения сторон, возникающие из договоров мор-

ской перевозки, регулируются законом государства, в котором учреждена, имеет основное место деятельности или место жительства сторона, являющаяся перевозчиком. В данном случае речь идет о применении права стороны, которая осуществляет решающее исполнение по договору (см. ст. 1211 ГК РФ).

Договор морской перевозки груза должен быть заключен в письменной форме. Наличие и содержание такого договора могут подтверждаться чартером, коносаментом или другими письменными доказательствами. Перевозчик и грузовладелец при осуществлении систематических морских перевозок грузов могут заключать долгосрочные договоры об организации морских перевозок грузов.

Согласно ст. 124 КТМ РФ 1999 г. перевозчик обязан заблаговременно, до начала рейса привести судно в мореходное состояние: обеспечить техническую годность судна к плаванию, надлежащим образом снарядить судно, укомплектовать его экипажем и снабдить всем необходимым, а также привести трюмы и другие помещения судна, в котором перевозится груз, в состояние, обеспечивающее надлежащий прием, перевозку и сохранность груза. Перевозчик не несет ответственность за мореходное состояние судна, если докажет, что немореходное состояние судна было вызвано недостатками, которые не могли быть обнаружены при проявлении им данной заботливости.

Перевозчик обязан подать судно в указанный в чартере порт погрузки или в указанный фрахтователем порт в соответствии с условиями чартера. Фрахтователь обязан указать безопасный порт погрузки.

Срок, в течение которого перевозчик предоставляет судно для погрузки груза и держит его под погрузкой груза без дополнительных к фрахту платежей, называется сталийным временем. Оно определяется соглашением сторон. По окончании сталийного времени соглашением сторон может быть установлено дополнительное время ожидания (контрсталийное время). За задержку судна свыше контрсталийного времени фрахтователь обязан возместить перевозчику причиненные убытки, если задержка судна произошла по причинам, не зависящим от перевозчика.

Перевозчик с момента принятия груза для перевозки до момента его выдачи надлежаще и старательно должен грузить, обрабатывать, укладывать, перевозить, хранить груз, заботиться о нем и выгружать его.

КТМ РФ 1999 г. наделяет стороны договора морской перевозки груза правом на отказ от исполнения такого договора. Они могут сделать это при наступлении следующих обстоятельств: а) военные или иные действия, создающие угрозу захвата судна или груза; б) блокада места отправления или места назначения; в) задержание судна по распоряжению соответствующих властей по причинам, не зависящим от сторон договора морской перевоз-

ки груза; г) привлечение судна для государственных нужд; д) запрещение соответствующими властями вывоза груза, который предназначен для перевозки, из порта отправления или ввоза груза в место назначения.

Груз, перевозка которого осуществляется на основании коносамента, выдается перевозчиком в порту выгрузки при предъявлении оригинала коносамента.

Получатель при выдаче ему груза обязан возместить расходы, произведенные перевозчиком за счет груза, внести плату за простой судна в порту выгрузки, а также уплатить фрахт и внести плату за простой судна в порту погрузки.

Плата за перевозку грузов морем (фрахт) может либо оговариваться в каждом отдельном случае (как правило, при заключении чартера), либо исчисляться на основе тарифа. В зависимости от условий договора фрахт оплачивается за единицу массы или объема либо в виде общей суммы за рейс, на который зафрахтовано судно (люмпсум).

КТМ РФ определяет ответственность перевозчика, отправителя и фрахтователя. В частности, перевозчик не несет ответственность за утрату или повреждение принятого для перевозки груза либо за просрочку его доставки, если докажет, что утрата, повреждение или просрочка произошли вследствие: 1) непреодолимой силы; 2) опасностей или случайностей на море и в других судоходных водах; 3) любых мер по спасению людей или разумных мер по спасению имущества на море; 4) пожара, возникшего не по вине перевозчика; 5) действий или распоряжений соответствующих властей (задержание, арест, карантин и др.); 6) военных действий и народных волнений; 7) действия или бездействия отправителя или получателя; 8) скрытых недостатков груза, его свойств или, естественной убыли; 9) незаметных по наружному виду недостатков тары и упаковки груза; 10) недостаточности или неясности маркировки; 11) забастовок или иных обстоятельств, вызвавших остановление либо ограничение работы полностью или частично; 12) иных обстоятельств, возникших не по вине перевозчика, его работников или агентов (ст. 166 КТМ).

Перевозка морем опасных и вредных веществ помимо указанных выше договоров регламентируется также Международной конвенцией об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ 1996 г. Глава XIX КТМ РФ целиком основана на этой Конвенции, к которой Россия присоединилась в 1999 г.

В соответствии со ст. 1 Конвенции перевозка морем означает период с момента, когда опасные и вредные вещества поступили на любую часть судового оборудования при погрузке, до момента, когда эти вещества прекратили находиться на любой части судового оборудования при разгрузке. Если никакое судовое, оборудо-

вание не используется, этот период начинается и заканчивается соответственно, когда опасные и вредные вещества пересекают поручни судна.

В целом собственник судна с момента инцидента несет ответственность за ущерб, причиненный любыми опасными и вредными веществами в связи с их перевозкой морем на борту судна, а если инцидент состоит из ряда происшествий одного и того же происхождения, собственник судна несет ответственность с момента первого из таких происшествий.

Собственник судна не несет ответственности, если докажет, что: а) ущерб явился результатом военных или враждебных действий, восстания или стихийного явления; или б) ущерб был всецело вызван действием или упущением третьих лиц, совершенным с намерением причинить ущерб; или в) ущерб был вызван небрежностью или иным неправомерным действием правительства или других властей, отвечающих за содержание в порядке объектов и других навигационных средств, при исполнении этой функции; или г) непредставление отправителем или любым другим лицом информации об опасном и вредном характере погруженных веществ.

Собственник судна имеет право ограничить свою ответственность в отношении любого одного инцидента общей суммой, исчисляемой следующим образом: а) 10 млн расчетных единиц—для судна вместимостью не более 2000 единиц и б) для судна вместимостью, превышающей указанную сумму, добавляется следующая сумма: на каждую единицу вместимости от 2001 до 50 000 единиц—1500 расчетных единиц на каждую единицу вместимости, свыше 50 000 единиц —360 расчетных единиц. Однако в любом случае эта общая сумма не должна превышать 100 млн расчетных единиц.

Под расчетной единицей понимается единица специального права заимствования, как она определена МВФ.

В целях обеспечения компенсации ущерба в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ Конвенцией предусмотрено создание Международного фонда по опасным и вредным веществам (фонд ОВВ).

КТМ РФ под ущербом понимает смерть или повреждение здоровья любого лица, причиненных опасными или вредными веществами на судне, перевозящем такие вещества, или вне такого судна; утрата или повреждение имущества, причиненные опасными и вредными веществами вне судна, перевозящего такие вещества; ущерб от загрязнения окружающей среды; расходы на предупредительные меры и причиненный такими мерами последующий ущерб (ст. 327).

В целях ограничения своей ответственности собственник судна (или владелец), плавающего под российским флагом, должен

создать фонд ограничения ответственности в суде или арбитражном суде, в котором к нему предъявлен (или может быть предъявлен) иск о возмещении ущерба (ст. 333 КТМ РФ).

Международная перевозка морем пассажиров и их багажа регламентируется Международной конвенцией об унификации некоторых правил о перевозке пассажиров морем 1961 г., Афинской конвенцией о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 г., Протоколом к этой конвенции 1976 г. и другими международными договорами.

Согласно Афинской конвенции 1974 г. понятие «перевозка» охватывает следующие периоды:

а) в отношении пассажира и его каютного багажа — период, в течение которого пассажир и (или) его каютный багаж находятся на борту судна, период посадки и высадки и период, в течение которого пассажир и его каютный багаж доставляются водным путем с берега на судно либо наоборот, если стоимость такой перевозки включена в стоимость билета или если судно, используемое для этой вспомогательной перевозки, было предоставлено в распоряжение пассажира перевозчиком. Однако в отношении пассажира перевозка не охватывает период, в течение которого он находится на морском вокзале, на причале или в любом ином портовом сооружении либо на нем;

б) в отношении каютного багажа — также период, в течение которого пассажир находится на морском вокзале, на причале или в любом другом портовом сооружении либо на нем, если этот багаж принят перевозчиком, его служащим или агентом и еще не выдан пассажиру;

в) в отношении иного багажа, который не является каютным багажом, — период с момента принятия его перевозчиком, его служащим или агентом на берегу или на борту судна до момента его выдачи перевозчиком, его служащим или агентом.

В соответствии со ст. 3 Афинской конвенции перевозчик отвечает за ущерб, причиненный в результате смерти пассажира или нанесения ему телесного повреждения, а также в результате утраты или повреждения багажа, если происшествие произошло во время перевозки и явилось следствием вины или небрежности перевозчика, его служащих или агентов, действовавших в пределах своих служебных обязанностей. Бремя доказывания о наличии происшествия возлагается на истца. Ответственность перевозчика в случае смерти пассажира или причинения ему телесного повреждения ни в коем случае не должна превышать 46 666 расчетных единиц в отношении перевозки в целом. Если в соответствии с законом страны суда, рассматривающего дело, ущерб возмещается в форме периодических платежей, соответствующая общая стоимость этих платежей не должна превышать указанного выше предела.

Если перевозчик докажет, что вина или небрежность пассажира явилась причиной или способствовала его смерти или телесному повреждению либо утрате или повреждению его багажа, суд может в соответствии с положениями законодательства страны суда освободить перевозчика от ответственности полностью или частично.

Ответственность перевозчика за утрату или повреждение каютного багажа ни в коем случае не должна превышать 833 расчетных единиц на пассажира в отношении перевозки в целом.

Юридический Комитет ИМО разрабатывает проект протокола к Афинской конвенции относительно финансовой безопасности. Предполагается введение обязательного страхования пассажира и его багажа. Дипломатическая конференция по принятию данного протокола состоится в 2002 или 2003 г.

Глава IX КТМ РФ 1999 г. подробно регламентирует процесс перевозки пассажира и его багажа морем. Данная глава в основном базируется на положениях Афинской конвенции 1974 г. и Протоколе к ней 1976 г. КТМ устанавливает следующие пределы ответственности перевозчика: за вред, причиненный жизни и здоровью пассажира — в размере 175 тыс. расчетных единиц; за повреждение каютного багажа — 1,8 тыс. расчетных единиц на пассажира в отношении перевозки в целом.

Важной организационной формой морских перевозок в настоящее время является *линейное судоходство*. Характерным признаком линии является постоянство оборота судов. Линейное судоходство главным образом обслуживает потребность международной торговли в регулярной перевозке товаров, поставляемых небольшими партиями.

Морские линии подразделяются на три группы: а) односторонние, эксплуатируемые судовладельцем одной страны; б) совместные или смешанные, обслуживаемые судовладельцами обычно двух стран; в) конференциальные, функционирующие в рамках линейных конференций¹.

В целях совершенствования системы линейных конференций 1 июля 1974 г. одобрена Конвенция о Кодексе поведения линейных конференций. Она призвана способствовать развитию регулярных и эффективных линейных услуг, адекватных потребностям соответствующей торговли, а также обеспечивать равновесие интересов тех, кто предоставляет услуги линейного судоходства, и тех, кто пользуется ими.

Линейная конференция состоит из двух или более перевозчиков, эксплуатирующих суда, которые предоставляют услуги по международным линейным перевозкам грузов на определенном направлении или направлениях в обусловленных географических

¹ См.: Садиков О. Н. Указ. соч. М., 1981. С. 227-228.

пределах. Перевозчики имеют соглашение или договоренность, в рамках которых они осуществляют перевозки по единым или общим тарифным ставкам и на любых других согласованных условиях в отношении предоставления линейных услуг.

Конференции проводят имеющие существенное значение консультации с организациями и представителями грузоотправителей и с грузоотправителями по вопросам, представляющим взаимный интерес.

В соответствии со ст. 2 Конвенции любая судоходная линия, принятая в конференцию, имеет право осуществлять рейсы и принимать грузы в перевозках, охватываемых этой конференцией. Если в конференции действует пул, все судоходные линии—члены этой конференции, охватываемые пулом, имеют право участвовать в нем.

Конференция может после уведомления временно лишить члена этой конференции членства или исключить его из состава конференции за серьезное упущение в соблюдении условий конференциального соглашения. Петпоследующем выходе или исключении из конференции линия обязана покрыть падающую на нее долю невыполненных финансовых обязательств конференции; до даты выхода или исключения линия не освобождается от собственных финансовых обязательств по конференциальному соглашению или от каких-либо ее обязательств по отношению к грузоотправителям.

Конференция устанавливает тарифные ставки на таком низком уровне, какой возможен с коммерческой точки зрения, и они должны позволять судовладельцам получать разумную прибыль. Эксплуатационные расходы рассчитываются, как правило, по круговому рейсу судов в прямом и обратном направлениях, рассматриваемых как единое целое. Тарифные ставки должны учитывать характер грузов, взаимосвязь между весом и объемом грузов, а также их ценность.

Конференции должны устанавливать поощрительные тарифные ставки на товары нетрадиционного экспорта. Такие ставки устанавливаются обычно на период 12 месяцев, если заинтересованные стороны не договорятся об ином.

13.4. Международные воздушные перевозки

В отличие от других видов транспорта в перевозках на воздушном транспорте первое место занимают пассажиры. Воздушный транспорт широко используется для перевозки срочных, скоропортящихся ценных и других грузов, багажа и почты.

Перед другими видами транспорта авиационный имеет определенные преимущества. К наиболее важным из них относятся: высокая скорость движения пассажиров и грузов; сокращение

пути, что оказывает существенное влияние на экономию времени по доставке пассажиров и грузов; быстрота организации воздушного сообщения; высокая маневренность и приспособляемость авиатранспорта к различным объектам перевозок, к их сезонным колебаниям.

Международные воздушные перевозки регламентируются в основном Конвенцией о Международной гражданской авиации 1944 г., Конвенцией для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок 1929 г. (Варшавская конвенция), двусторонними договорами РФ и национальным законодательством государств.

Согласно ст. 6 Конвенции 1944 г. никакие регулярные международные воздушные сообщения не могут осуществляться над территорией или на территорию государств-участников, кроме как по специальному разрешению или с иной санкции этого государства и в соответствии с условиями такого разрешения или санкции.

Конвенция 1944 г. выделяет следующие виды воздушных сообщений: регулярные, нерегулярные, каботажные. Для регулярных сообщений установлен разрешительный порядок. Нерегулярные полеты с коммерческими целями также носят разрешительный характер. Каботажные перевозки осуществляются в пределах территории государства.

Конвенция 1944 г. не препятствует двум или более государствам учреждать авиатранспортные организации совместной эксплуатации или международные эксплуатационные агентства и объединять в пул их воздушные сообщения на любых маршрутах и в любых районах (ст. 77).

Правовые условия международных перевозок грузов и пассажиров определяются Варшавской конвенцией 1929 г. (дополнена Гаагским протоколом 1955 г.).

В ст. 1 Варшавской конвенции 1929 г. дано следующее определение воздушных перевозок, содержащее два обязательных условия: 1) место отправления и место назначения независимо от того, имеется или нет перерыв в перевозке или перегрузках, расположены на территории двух участвующих в Конвенции государств; 2) место отправления и место назначения находятся на территории одного и того же участвующего в Конвенции государства, однако остановка предусмотрена на территории другого государства, даже если она и не участвует в Конвенции. Воздушная перевозка, выполняемая несколькими последовательными перевозками, считается единой.

В соответствии со ст. 3, 4 и 8 Конвенции договор перевозки оформляется для пассажиров составлением проездного билета, ба-

¹ См.: Транспорт во внешней торговле СССР. М., 1977. С. 296—297.

гажа — багажной квитанции, груза — авиагрузовой накладной. Каждая накладная должна быть исполнена в трех оригинальных экземплярах и вручаться вместе с грузом. Первый экземпляр предназначен для перевозчика и подписывается грузоотправителем, второй предназначен для грузополучателя, подписывается грузоотправителем и сопровождает груз, а третий подписывается перевозчиком и вручается грузоотправителю после приемки груза для перевозки.

В авиагрузовой накладной должны быть включены следующие данные: место и дата составления авиодокумента; место отправки и доставки; согласованные места остановок; фамилия и адрес грузоотправителя; фамилия и адрес первого перевозчика; фамилия и адрес грузополучателя; характер груза; количество мест, метод упаковки, особенности маркировки или номеров на местах; вес, количество, объем и размеры товара; заявление о том, что перевозка осуществляется по правилам, относящимся к Ответственности, установленной Конвенцией 1929 г.

Если иное не установлено в авиагрузовой накладной, грузоотправитель и грузополучатель имеют следующие права:

грузоотправитель может распорядиться грузом до его доставки грузополучателю, если предъявит свою копию авианакладной перевозчику и уплатит все соответствующие расходы; может обеспечить от своего имени права, даже если он действует в интересах другого лица, при условии выполнения всех обязательств по договору перевозки;

грузополучатель вправе требовать, чтобы перевозчик передал товары и авиагрузовую накладную по прибытии их к месту назначения и выплате соответствующих сборов, а также выполнении других условий, указанных в накладной; принудительно осуществить права от своего имени, даже действуя в интересах другого лица, при условии выполнения всех обязательств грузоотправителем по договору перевозки.

В соответствии со ст. 20 Конвенции 1929 г. перевозчик освобождается от ответственности, если им будет доказано, что он и его агенты приняли все необходимые меры для того, чтобы избежать причинения вреда, или для них было невозможно принять такие меры. Таким образом, ответственность в Конвенции 1929 г. основана на вине, причем бремя доказывания отсутствия вины лежит на перевозчике.

Ответственность перевозчика согласно ст. 12 Конвенции ограничена суммой, размер которой 125 тыс. франков в отношении пассажира, 250 франков за килограмм груза и багажа и 5 тыс. франков в отношении ручной клади пассажира. Гаагским протоколом 1955 г. первый из этих лимитов увеличен в два раза и составляет 250 тыс. франков. Кроме того, национальный суд может присудить истцу возмещение всех или части понесенных им су-

дебных расходов. При объявлении стоимости багажа и груза перевозчик в случае их несохранности обязан уплатить сумму в пределах объявленной, если он не докажет, что она превышает действительную заинтересованность пассажира (грузовладельца).

Для большинства международных перевозок (включая отрезки международной перевозки) ответственность за утрату, повреждение или задержку багажа ограничивается суммой приблизительно 9,07 долл. США за фунт (20 долл. США за 1 кг) зарегистрированного багажа и 400 долл. США за незарегистрированный багаж каждого пассажира. Повышенная ценность багажа может быть заявлена на определенные виды предметов (например, хрупкие, ценные и скоропортящиеся предметы)¹.

Согласно ст. 28 Конвенции иск может быть заявлен по выбору истца в судах одного из следующих государств: по месту жительства перевозчика, по месту нахождения его главного управления или конторы, которой был заключен договор, или по месту исполнения перевозки.

В мае 1999 г. принята Монреальская конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок. Конвенция вступит в силу, когда 30 государств ратифицируют ее. В ней уточнены: понятие воздушных перевозок, обязанности сторон, пределы ответственности в СПЗ, юрисдикция по разрешению споров и т. д.

Монреальская конвенция применяется при всякой международной перевозке людей, багажа или груза, осуществляемой за вознаграждение посредством воздушного судна. Она применяется также к бесплатным перевозкам, осуществляемым посредством воздушного судна авиатранспортным предприятиям.

В соответствии со ст. 1 Конвенции международной перевозкой называется всякая перевозка, при которой место отправления и место назначения вне зависимости от того, имеется или нет перерыв в перевозке или перегрузка, расположены либо на территории двух государств-участников, либо на территории одного и того же государства-участника.

При перевозке груза выдается авиагрузовая накладная. Вместо авиагрузовой накладной могут использоваться любые другие средства, сохраняющие запись о предстоящей перевозке (например, квитанция на груз).

Согласно ст. 18 Конвенции перевозчик отвечает за вред, причиненный в случае уничтожения, утери или повреждения груза, только при условии, что событие, ставшее причиной такого вреда, произошло во время воздушной перевозки. Перевозчик несет

¹ См.: Воздушные перевозки: нормативные акты, комментарии и рекомендации, судебная практика, образцы доказательств / Двт.-сост. Б. П. Елисеев. М., 2001. С. 241.

ответственность за вред, происшедший вследствие задержки при воздушной перевозке пассажиров, багажа или груза.

В случае вреда, причиненного при перевозке лиц в результате задержки при воздушной перевозке пассажиров, ответственность перевозчика в отношении каждого пассажира ограничивается суммой 4150 единиц Специальных прав заимствования (СПЗ). При перевозке багажа ответственность перевозчика в случае уничтожения, утери, повреждения или задержки ограничивается суммой 1000 единиц СПЗ в отношении каждого пассажира. При перевозке груза ответственность перевозчика в случае уничтожения, утери, повреждения или задержки ограничивается суммой 17 единиц СПЗ за килограмм.

В 1961 г. принята Конвенция об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, осуществляемых лицами, не являющимися перевозчиками по договору (Гвадалахарская конвенция). Она распространяет основные принципы Варшавской конвенции 1929 г. на перевозки на арендованных воздушных судах.

Вопросам международных воздушных перевозок посвящена гл. XV Воздушного кодекса Российской Федерации 1997 г. (ВК РФ). Согласно ст. 100 ВК РФ перевозчиком является эксплуатант, который имеет лицензию на осуществление воздушной перевозки пассажиров, багажа, грузов или почты на основании договоров воздушной перевозки. Международной воздушной перевозкой считается воздушная перевозка, при которой пункт отправления и пункт назначения расположены: а) соответственно на территориях двух государств; б) на территории одного государства, если предусмотрен пункт (пункты) посадки на территории другого государства.

По договору воздушной перевозки груза перевозчик обязуется доставить вверенный ему грузоотправителем груз в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение груза лицу (грузополучателю), а грузоотправитель обязуется оплатить воздушную перевозку.

Договор воздушной перевозки пассажира, договор воздушной перевозки груза или договор воздушной перевозки почты удостоверяется соответственно билетом, багажной квитанцией, грузовой или почтовой накладной.

В ст. 107 ВК РФ подробно перечисляются основания прекращения по инициативе перевозчика действия договора воздушной перевозки пассажира и договора воздушной перегрузки груза. В частности, эти договоры могут быть прекращены в случае нарушения пассажиром, грузовладельцем, грузоотправителем паспортных, таможенных, санитарных и иных установленных законодательством РФ требований в части, касающейся воздушной перевозки, при международных воздушных перевозках также правилами, определенными соответствующими органами государст-

ва вылета, назначения или транзита. Основанием для прекращения договорной воздушной перевозки пассажира является наличие в вещах, находящихся при пассажире, а также в багаже, грузе запрещенных к воздушной перевозке предметов или веществ.

В свою очередь, пассажир воздушного судна имеет право отказаться от полета с уведомлением об этом перевозчика не позднее чем за 24 часа до отправки воздушного судна.

В гл. XVII ВК РФ содержатся нормы об ответственности перевозчика, эксплуатанта и грузоотправителя.

Перевозчик несет ответственность перед пассажиром воздушного судна и грузовладельцем в порядке, установленном законодательством РФ, международными договорами РФ, а также договором воздушной перевозки пассажира, груза или почты.

Эксплуатант обязан возместить вред, причиненный при эксплуатации воздушного судна, если не докажет, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего.

В случае нарушения договора воздушной перевозки по требованию пассажира, грузоотправителя или грузополучателя и при предъявлении одним из них перевозочных документов перевозчик обязан составить коммерческий акт. Последним удостоверяются обстоятельства, которые могут служить основанием для имущественной ответственности перевозчика, пассажира, грузоотправителя или грузополучателя.

В случае повреждения (порчи) багажа или груза при международных воздушных перевозках лицо, имеющее право на его получение, при обнаружении вреда должно заявить перевозчику уведомление в письменной форме не позднее чем через 7 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.

При утрате 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.

За вред, причиненный жизни или здоровью либо имуществу пассажира воздушного судна при воздушной перевозке, владелец воздушного судна несет ответственность в размере, предусмотренном гражданским законодательством РФ, если иное не предусмотрено международным договором РФ.

Вопросы регламентации международных воздушных перевозок также отражены в двусторонних договорах РФ. Например, в Соглашении между правительствами РФ и Киргизской Республики о воздушном сообщении и сотрудничестве в области воздушного

транспорта 1996 г. указывается, что коммерческие вопросы, касающиеся полетов воздушных судов и перевозок пассажиров, груза и почты на договорных линиях, будут решаться по договоренности между назначенными авиапредприятиями и представляться на утверждение авиационных властей договаривающихся сторон. Тарифы на любой договорной линии должны устанавливаться на разумном уровне с учетом всех соответствующих факторов, включая эксплуатационные расходы, разумную прибыль и тарифы других авиапредприятий для любой части установленного маршрута.

13.5. Международные автомобильные перевозки

При осуществлении внешнеторговых перевозок автомобильный транспорт имеет определенные преимущества перед другими видами транспорта: маневренность, доставка грузов «от двери до двери»; срочность и регулярность доставки; доставка может быть организована по системе «just in time» (точно в срок); упаковка (требуется в меньших объемах или не требуется вовсе). Автомобильный транспорт обеспечивает высокую валютную эффективность перевозок¹.

Основными договорами, регламентирующими международные автомобильные перевозки, являются Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ) 1956 г., Конвенция о дорожном движении 1971 г., Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП 1975 г., Европейское соглашение о международной дорожной перевозке опасных грузов (ДОПОГ) 1957 г.

Конвенция КДПГ предусматривает, что договор перевозки груза автотранспортом должен быть подтвержден накладной на перевозку груза. Она должна выдаваться в трех экземплярах и подписываться отправителем и перевозчиком. Первый экземпляр выдается отправителю, второй прилагается к товарам, а третий остается у перевозчика.

Накладная на перевозку груза является доказательством заключения договора перевозки, ее условий и получения товаров перевозчиком (ст. 9).

Отправитель имеет право распоряжаться товарами, в частности, потребовать от перевозчика приостановить транзит, изменить место назначения товаров или передать их лицу, иному, чем указано в накладной.

Перевозчик несет ответственность за полную или частичную утрату товаров и за ущерб, причиненный им как с момента принятия товара к перевозке, так и до момента их доставки. Однако перевозчик освобождается от ответственности, если утрата, ущерб

¹ См.: *Карбановт И. Я.* Международные автомобильные перевозки. Минск, 1999. С. 3. "

или задержка в доставке возникли в результате: а) неправомерных действий или небрежности истца; б) указаний истца, которые не связаны с неправомерными действиями или небрежностью перевозчика; в) недостатками товаров, обусловленными специфическими свойствами; г) обстоятельствами, которых перевозчик не мог избежать и последствия которых он не мог предотвратить (ст. 17).

Предел ответственности автотранспортных предприятий ограничен установленным Конвенцией КДПГ максимумом 25 золотых швейцарских франков (10,64 долл. США) за килограмм недостающего веса брутто, если грузоотправителем не объявлена стоимость груза.

Конвенция КДПГ содержит перечень специальных рисков, которые освобождают перевозчика от ответственности. Например, к ним относится использование открытых (без брезентовой крыши) грузовиков, когда использование было прямо согласовано и оговорено в накладной на груз (ст. 17). В данном случае бремя доказывания лежит на перевозчике.

Срок исковой давности по Конвенции КДПГ составляет один год. При умышленном причинении вреда, которое приравнивается к умышленному деликту, исковая давность составляет три года. В соответствии со ст. 32 Конвенции этот срок начинает течь: а) в случае частичной утраты, повреждения или задержки доставки с даты доставки; б) в случае полной гибели — с 13-го дня после истечения согласованного срока или, если ограничительный срок не установлен, с 60-го дня от даты принятия товаров перевозчиком; в) во всех других случаях — по истечении 3 месяцев после заключения договора.

Если перевозчиков несколько, истец должен известить того, которому он намерен предъявить иск. Требования, срок исковой давности по которым истек, не могут быть предъявлены в виде встречного иска или возражения.

В октябре 1997 г. государства — члены СНГ заключили Конвенцию о международных автомобильных перевозках пассажиров и багажа. Действие этой Конвенции распространяется на перевозчиков государств-участников, выполняющих перевозку пассажиров и багажа в международном сообщении автобусами, независимо от страны их регистрации и имеет для них обязательную силу. Конвенция определяет порядок организации международных перевозок, страхования грузов и пассажиров, пограничный и таможенный контроль.

В Конвенции закреплены коллизионные нормы, которые указывают, право какого государства должно быть применено для урегулирования отношений с иностранным элементом, а именно закон места нахождения государственного органа, закон страны следования, закон суда, закон места причинения вреда и др.

Проблемы правового регулирования международных автомобильных перевозок в общей форме затрагиваются в двусторонних договорах РФ с иностранными государствами. Так, на основе Соглашения между правительствами РФ и ФРГ о международном

автомобильном сообщении 1993 г. осуществляются автомобильные перевозки пассажиров и грузов между обеими странами и транзитом по их территориям по дорогам, открытым для международного автомобильного сообщения, автотранспортными средствами, зарегистрированными в РФ или в ФРГ. Перевозка грузов между обеими странами или транзитом по их территориям грузовыми автомобилями с прицепами требуют разрешения компетентных органов обоих государств. На каждую перевозку грузов требуется отдельное разрешение, дающее право на совершение одного рейса туда и обратно. Перевозки грузов должны осуществляться по накладным, по форме соответствующим общепринятому международному образцу. Перевозки могут выполняться только перевозчиками, которые согласно внутреннему законодательству своей страны допущены к осуществлению международных перевозок. Перевозчику не разрешается осуществлять перевозки пассажиров и грузов между двумя пунктами, расположенными на территории договаривающейся стороны.

На основании ст. 5 Соглашения между РФ и Ираном о международном автомобильном сообщении 1992 г. перевозчики обеих стран имеют право осуществлять без разрешений перевозки экспортно-импортных грузов между Россией и Ираном.

Перевозки грузов транзитом по территории другой договаривающейся стороны, а также из трех стран на территории другой договаривающейся стороны и с территории другой договаривающейся стороны в третьи страны будут осуществляться на основе разрешений, выдаваемых компетентными органами России и Ирана.

Разрешений не требуется на перевозки автотранспортными средствами следующих грузов: а) выставочных грузов; б) спортивных грузов для проведения спортивных соревнований; в) тел умерших; г) почты; д) поврежденных автотранспортных средств; е) личного домашнего имущества при переселении; ж) грузов, предназначенных для гуманитарной помощи.

При выполнении перевозок перевозчики обязаны заранее застраховать автотранспортное средство в соответствии с установленным порядком страхования гражданской ответственности.

Федеральный закон РФ «О государственном контроле за осуществлением международных автомобильных перевозок и об ответственности за нарушение порядка их выполнения» от 9 июля 1998 г. определяет правовые основы мер по усилению государственного контроля за соблюдением порядка осуществления международных автомобильных перевозок на территории РФ грузовыми транспортными средствами или автобусами, принадлежащими как российским, так и иностранным перевозчикам.

Международная автомобильная перевозка — перевозка транспортным средством грузов или пассажиров за пределы территории РФ или на ее территории, а также транзитом через террито-

рию РФ. К такой перевозке относится проезд груженого или негруженого транспортного средства, принадлежащего российскому перевозчику, с территории РФ на территорию иностранного государства и обратно, либо на территорию РФ транзитом через территорию иностранного государства, либо с территории одного иностранного государства на территорию другого иностранного государства транзитом через территорию РФ, а также проезд груженого средства, принадлежащего иностранному перевозчику, на территорию РФ и обратно, либо транзитом через ее территорию.

Допуск российского перевозчика к осуществлению международных автомобильных перевозок осуществляют органы Российской транспортной инспекции Министерства транспорта РФ.

Международные автомобильные перевозки иностранными перевозчиками по территории РФ осуществляются в соответствии с российскими разрешениями и многосторонними разрешениями. Порядок выдачи разрешений определяется Правительством РФ.

Запрещаются перевозки грузов и пассажиров транспортными средствами, принадлежащими иностранным перевозчикам, в том числе временно ввезенными ими на территорию РФ, между пунктами, расположенными на территории РФ.

Российские перевозчики допускаются к международным автомобильным перевозкам при наличии лицензии на этот вид деятельности.

13.6. Международные речные перевозки

К наиболее важным преимуществам речного транспорта перед другими видами транспорта относятся: большая по сравнению с сухопутными видами транспорта грузоподъемность подвижного состава; высокая пропускная способность пути; относительная дешевизна устройства речного пути по сравнению с сооружением железнодорожного полотна или автострადы; низкая себестоимость перевозок по реке¹.

Перевозка грузов речными судами российских юридических лиц осуществляется на основании договоров перевозок грузов (гл. XI Кодекса внутреннего водного транспорта РФ 2001 г.) В соответствии с таким договором перевозчик обязуется своевременно и в сохранности доставить вверенный ему грузоотправителем груз в пункт назначения с соблюдением условий его перевозки и выдать груз грузополучателю или управомоченному на получение груза лицу, а грузоотправитель обязуется уплатить за перевозку груза установленную плату. Наличие договора перевозки груза подтверждается транспортной накладной и оформленных на ее основании дорожной ведомостью и квитанцией

о приеме груза для перевозки. Плата за перевозку груза и иные причитающиеся перевозчику платежи вносятся грузоотправителем до момента отправления груза из порта отправления, если иное не установлено соглашением сторон. Груз выдается грузополучателю, указанному в транспортной накладной. Грузополучатель обязан принять и своевременно вывести из порта прибывший в его адрес груз.

Регламентация международных речных перевозок осуществляется в основном региональными и двусторонними договорами. Например, 14 декабря 1959 г. заключено Соглашение о международном прямом смешанном железнодорожно-водном грузовом сообщении (МЖВС). В нем определяется порядок перевозки грузов по реке Дунай. Согласно ст. 2 данного, Соглашения условия перевозки грузов в международном водном смешанном железнодорожно-водном грузовом сообщении и вытекающие из них права, обязанности, ответственность, взаимоотношения между железными дорогами, дунайскими портами и судоходными предприятиями, с одной стороны, и отправителями и получателями грузов, с другой стороны, а также тарифные вопросы и взаимоотношения между железными дорогами, дунайскими портами и судоходными предприятиями регулируются правилами и инструкциями, согласованными между транспортными министерствами и министерствами внешней торговли договаривающихся сторон.

Расчеты между железными дорогами, дунайскими портами и судоходными предприятиями договаривающихся сторон осуществляются в соответствии с действующими платежными соглашениями между договаривающимися сторонами.

Российская Федерация заключила с рядом сопредельных государств соглашения о сотрудничестве в области речного транспорта. Так, 18 ноября 1993 г. Министерство транспорта России и Министерство путей сообщения Литвы заключили Соглашение о сотрудничестве в области речного транспорта. Оно определяет условия деятельности речного транспорта, осуществляющего перевозки пассажиров и грузов между обоими государствами, включая транзитные перевозки, по внутренним водным путям Калининградской области РФ и Литовской Республики.

В соответствии со ст. 4 Соглашения каждая сторона предоставляет судам другой стороны режим наибольшего благоприятствования в отношении свободного доступа в порты, предоставления мест у причала, использования портов для погрузки и выгрузки грузов, посадки и высадки пассажиров, снабжения судов водой и продовольствием, уплаты корабельных, портовых, канальных и других сборов, а также использование услуг, предназначенных для судоходства.

Вопросы пограничного, таможенного и визового режима будут решаться в соответствии с межправительственными соглашениями

между обеими сторонами, а при отсутствии указанных соглашений—на основе внутреннего законодательства каждой стороны.

К судам внутреннего плавания, а также судам смешанного (река—море) плавания во время их плавания по морским путям, а также по внутренним водным путям при осуществлении перевозок грузов, пассажиров и их багажа с заходом в иностранный морской порт применяются правила, установленные КТМ РФ 1999 г.

13.7. Международные смешанные перевозки грузов

Международная смешанная перевозка означает перевозку грузов по меньшей мере двумя разными видами транспорта на основании договора смешанной перевозки из места в одной стране, где грузы поступают в ведение оператора смешанной перевозки, до обусловленного места доставки в другой стране.

Главным организатором смешанной перевозки груза является оператор, выполняющий функции экспедитора и перевозчика. Оператором является любое лицо, которое от собственного имени или через другое действующее от его имени лицо заключает договор смешанной перевозки и выступает как сторона договора, а не как агент, или от имени грузоотправителя или перевозчиков, участвующих в операциях смешанной перевозки, и принимает на себя ответственность за исполнение договора. Таким образом, при смешанной перевозке правоотношения между грузовладельцем и перевозчиками не возникают. В этом состоит основное отличие смешанной перевозки от прямой перевозки грузов. Наконец, при рассматриваемой схеме перевозок ответственность оператора определяется единообразно (в основном только за вину).

Основными международно-правовыми документами, определяющими права и обязанности сторон по смешанной перевозке грузов, являются Соглашение о международном прямом смешанном железнодорожно-водном грузовом сообщении (МЖВС) 1959 г., Конвенцией ООН о международных смешанных перевозках грузов 1980 г., Унифицированные правила о документе смешанной перевозки МТП 1973 г., а также соответствующие проформы документов БИМКО, МТП, ФИАТА и других международных неправительственных организаций.

Из перечисленных документов наибольшее применение имеет Конвенция ООН о международных смешанных перевозках грузов 1980 г. Согласно ее ст. 3 если заключен договор смешанной перевозки и он подпадает под действие данной Конвенции, то положения последней имеют обязательную силу для такого договора.

Когда грузы принимаются оператором смешанной перевозки в свое ведение, он выдает документ смешанной перевозки, который по выбору грузоотправителя может быть оборотным или необоротным. Такой документ подписывается оператором или уполномочен-

ным им лицом. Подпись на документе может быть сделана от руки, напечатана в виде факсимиле, перфорирована, поставлена с помощью штампа, в виде символов или с помощью любых иных механических или электронных средств, если это не противоречит закону страны, в которой выдается документ смешанной перевозки.

Если документ смешанной перевозки выдается как оборотный, то он должен быть составлен в виде ордерного документа или документа на предъявителя. Если же он составлен в виде документа на предъявителя, он передается без передаточной ведомости. В случае, когда документ смешанной перевозки выдается как необоротный, в нем должен быть указан грузоотправитель.

Конвенция подробно определяет содержание документа смешанной перевозки. Он должен содержать следующие данные: общий характер груза, основные марки, необходимые для идентификации груза; внешнее состояние груза; наименование и местонахождение основного коммерческого предприятия оператора смешанной перевозки; наименование грузоотправителя и грузополучателя; место и дату принятия оператором груза в свое ведение; место и дату выдачи документа смешанной перевозки. Вместе с тем отсутствие в документе смешанной перевозки упомянутых выше каких-либо данных не влияет на юридический характер документа как документа смешанной перевозки.

Ответственность оператора смешанной перевозки за груз охватывает период с момента принятия им груза в свое ведение до момента выдачи груза. Оператор несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в доставке, если обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку в доставке, имели место в то время, когда груз находился в его ведении. Если груз не был доставлен в течение 90 календарных дней по истечении срока доставки, то груз может считаться утраченным.

Конвенция 1980 г. устанавливает предел ответственности оператора за утрату или повреждение груза: его ответственность ограничивается суммой, не превышающей 920 расчетных единиц за место или другую единицу отгрузки, либо 2,75 расчетной единицы за килограмм веса брутто утраченного или поврежденного груза в зависимости от того, какая сумма выше. Однако оператор не имеет права на ограничение ответственности, если доказано, что утрата, повреждение или задержка в доставке явились результатом действий или упущений оператора.

Любой иск в связи с международной смешанной перевозкой погашается давностью, если судебное или арбитражное разбирательство не было начато в течение двух лет.

В Российской Федерации нет специального законодательного акта, регламентирующего порядок заключения и исполнения договора о международной смешанной перевозке грузов.

Глава 14. ДЕНЕЖНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И РАСЧЕТНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

14.1. Международные денежные обязательства и валютные операции

Многие виды имущественных правоотношений с иностранным элементом включают в себя денежные обязательства, под которыми понимаются обязательства, связанные с денежным платежом. Содержанием таких обязательств «является право требования кредитора и корреспондирующая ему юридическая обязанность должника совершить уплату или платеж, т. е. действие (или действия) по передаче определенной (определимой) суммы денег (валюты)»¹. Денежные обязательства международного характера многообразны, они вплетаются в договорные и внедоговорные правоотношения, могут иметь как регулятивные, так и охранительные характеристики. При осуществлении платежей деньги не являются товаром, а используются «в качестве средства погашения денежного долга, восстановления эквивалентности обмена, компенсации продавцу стоимости переданного им товара»². Обязанность уплатить деньги относится к определяющим признакам денежных обязательств. Основаниями их возникновения в международно-частноправовой сфере являются прежде всего внешнеэкономические сделки.

Примерами денежных обязательств с участием иностранных субъектов права могут служить: обязательства иностранных инвесторов по внесению денег в качестве вклада в уставный капитал либо оплаты акций российского хозяйственного общества; аналогичные обязательства российских инвесторов в иностранных государствах; обязательства российских банков по предоставлению кредитов иностранным заемщикам, по предоставлению иностранным клиентам финансирования под уступку денежного требования (факторинговое обязательство), по выдаче иностранным клиентам денежной суммы, внесенной во вклад, а также обязательства по переводу денежных требований с банковского счета и их зачислению на банковский счет, обязательства по уплате денежных сумм, составляющих предмет векселя и чека, обязательства

¹ Белов В. А. Денежные обязательства. М.: Центр ЮрИнфоР, 2001. С. 14.

² Новоселова Л. А. Проценты по денежным обязательствам. М., 2000. С. 25. О юридической природе денежных обязательств см. также: Луни, Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М.: Статут, 1999; Эльясон Л. С. Деньги, банки и банковские операции. М, 1926; Лавров Д. Г. Денежные обязательства в российском гражданском праве. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2001.

из договора поручительства или банковской гарантии. В правовой литературе выделяются также обязательства передачи денег как цены договора. К такого рода денежным обязательствам международного характера следует отнести: обязательства по уплате цены товара по договорам международной купли-продажи; обязательства по уплате процентов; обязательства по единовременным и периодическим платежам, возникшим из авторского, издательского, лицензионного договора с иностранным контрагентом, а также из любых других договоров.

Согласно Венской конвенции 1980 г. «обязательство покупателя уплатить цену включает принятие таких мер и соблюдение таких формальностей, которые могут требоваться согласно договору или согласно законам и предписаниям для того, чтобы сделать возможным осуществление платежа» (ст. 54). Для выполнения своего обязательства покупатель должен предпринять конкретные действия, результатом которых будет получение денег продавцом. Это может быть обращение в банк с поручением перевести денежные средства на счет продавца, открытие аккредитива в пользу продавца, предоставление банковской гарантии, получение разрешения (при необходимости) на перевод платежа за границу и другие подобные меры.

В Венской конвенции не уточняется, законы и предписания какого государства должны соблюдаться покупателем для выполнения обязательств по оплате, однако в первую очередь покупатель должен знать и соблюдать законы государства, из которого осуществляются платежи и в котором находится коммерческое предприятие покупателя. В соответствии со ст. 57 Венской конвенции, «если покупатель не обязан уплатить цену в каком-либо ином определенном месте, он должен уплатить ее продавцу: а) в месте нахождения коммерческого предприятия продавца; или б) если платеж должен быть произведен против передачи товара или документов — в месте их передачи».

Немаловажное значение во внешнеторговых сделках имеют сроки уплаты покупной цены. Участники сделки конкретизируют эти сроки в контрактах. Если покупатель не обязан уплатить цену в какой-либо конкретный срок, он должен, по условиям Венской конвенции (ст. 58), уплатить цену, когда продавец в соответствии с договором передает покупателю либо сам товар, либо товарораспорядительные документы. Продавец может установить дополнительный срок разумной продолжительности для исполнения покупателем денежного обязательства. При неуплате цены в течение дополнительного срока продавец вправе заявить о расторжении договора (ст. 64).

Продавец может обусловить передачу товара или документов осуществлением такого платежа. Если договор предусматривает перевозку товара, продавец может обусловить передачу товара или

документов только против уплаты цены. Наконец, покупатель не обязан уплачивать цену до тех пор, пока у него не появилась возможность осмотреть товар. Покупатель, заинтересованный в осмотре товара, обычно договаривается с независимой контрольной организацией в стране продавца о проведении необходимого осмотра. Акт осмотра предоставляется вместе с прочими документами, против которых осуществляется платеж. Покупатель обязан уплатить цену в день, который установлен сторонами или может быть определен.

В соответствии с Принципами УНИДРУА 1994 г. если место исполнения денежного обязательства не установлено в договоре или не может быть определено исходя из договора, оно должно быть исполнено в месте, где находится коммерческое предприятие кредитора (ст. 6.1.6). Как отмечается в комментарии к указанному документу, проблемы исполнения денежных обязательств редко становились предметом международной кодификации¹. Согласно ст. 6.1.7 Принципов («Платеж чеком или другим документом») платеж может быть осуществлен в любой форме, используемой в ходе обычной деловой практики в месте платежа. Однако кредитор, который принимает чек либо другой платежный ордер или обязательство заплатаить, предполагается сделавшим это только под условием, что по нему будет совершен платеж. Платежу путем денежного перевода посвящена ст. 6.1.8 Принципов, согласно которой, если только кредитор не указал конкретный счет, платеж может быть осуществлен путем денежного перевода в любое финансовое учреждение, относительно которого кредитор дал знать, что имеет там счет (п. 1). При платеже путем денежного перевода обязательство должника считается выполненным, когда состоялся перевод в финансовое учреждение кредитора (п. 2). Платеж не будет считаться совершенным только потому, что должник передал поручение банку на перевод и его счет был дебетован. Вместе с тем платеж считается выполненным до того, как счет переводополучателя был кредитован его банком.

В Принципах УНИДРУА сформулированы положения, касающиеся очередности распределения платежей по коммерческим денежным обязательствам. Должник, имеющий несколько денежных обязательств в отношении одного кредитора, может в момент совершения платежа указать долг, который он намерен погасить. Сначала погашаются прочие расходы, затем подлежащие уплате проценты годовых и в заключение — основная сумма долга. Если должник не дает таких указаний, кредитор в течение разумного срока после платежа может заявить должнику об обязательстве, к которому он относит платежи, при условии, что срок по обяза-

¹ Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А. С. Комарова. С. 142.

тельству уже наступил и оно бесспорно. В отсутствие вышеуказанной очередности платеж относится к тому обязательству, которое удовлетворяет одному из следующих критериев в указанном порядке: а) обязательство, срок исполнения которого наступил или наступит первым; б) обязательство, по которому кредитор имеет наименьшее обеспечение исполнения; в) обязательство, наиболее обременительное для кредитора; г) обязательство, возникшее первым. Если ни один из этих критериев не применяется, платеж распределяется пропорционально всем обязательствам.

К охранительным денежным обязательствам международного характера относятся обязательства, вытекающие из причинения вреда, а также из договорных или международных конвенционных условий о возмещении убытков, неустойке, об уплате штрафа, о выплате процентов, компенсации. Так, согласно Венской конвенции при неисполнении покупателем обязанности по оплате товара продавец вправе потребовать возмещения убытков. Согласно ст. 74 Конвенции убытки за нарушение договора международной купли-продажи товаров одной из сторон составляют сумму, равную ущербу (включая упущенную выгоду), который понесен другой стороной вследствие нарушения договора. Такие убытки не могут превышать ущерба, который нарушившая договор сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения договора как возможное последствие его нарушения. При расторжении договора и покупке покупателем товара взамен или перепродаже продавцом товара сторона, требующая возмещения убытков, может взыскать разницу между договорной ценой и ценой по совершенной взамен сделке, а также дополнительные убытки.

Согласно ст. 78 Венской конвенции, если сторона договора допустила просрочку в уплате цены или иной суммы, другая сторона имеет право на проценты с просроченной суммы без ущерба для любого требования о возмещении убытков, которые могут быть взысканы на основании ст. 74. Процент может быть начислен в связи с неправомерным использованием либо несвоевременным возвратом денежных средств в ситуации непоставки товара после уплаченного аванса, либо после расторжения договора, когда сторона, осуществившая платеж, вправе потребовать возврата денежных средств. Венская конвенция не решает вопроса о ставке процентов годовых по просроченным денежным обязательствам.

Согласно п. 2 ст. 7 Конвенции вопросы, относящиеся к предмету ее регулирования, которые прямо в ней не разрешены и не могут быть разрешены в соответствии с ее общими принципами, подлежат разрешению в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права. Такой подход применяется в судебной практике при определении ставки процентов

годовых при просрочке уплаты цены или иной суммы. К примеру, МКАС решением от 12 января 1998 г. (в рамках дела № 152/196) удовлетворил требование истца об уплате процентов годовых с основного долга, применив субсидиарно со ст. 78 Венской конвенции нормы германского права (право страны продавца по контракту) и определив, что размер процентов в соответствии с п. 1 § 352 Германского торгового уложения составляет 5% в год¹. При вынесении решения от 26 января 1998 г. по спору между российской организацией и алжирской фирмой (дело № 76/1997) МКАС удовлетворил требования истца об уплате процентов за пользование денежными средствами, приняв во внимание тот размер процентов, который был бы начислен на необоснованно полученную ответчиком сумму, если бы она оставалась на счете в банке².

Следует отметить, что в практике МКАС при отсылке коллизионных норм к российскому праву субсидиарно со ст. 78 Венской конвенции применяется ст. 395 ГК РФ «Ответственность за неисполнение денежного обязательства». В данной статье ГК не указан порядок определения размера учетной ставки банковского процента в случаях, когда предметом неправомерного удержания, уклонения от возврата, просрочки платежа явились денежные средства в иностранной валюте. Специальной учетной ставки Банка России по валютным кредитам не существует. В связи с возникающей в этой связи неопределенностью потребовалось дополнительное разъяснение со стороны судебных инстанций. Согласно совместному постановлению Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8³ в случаях, когда денежное обязательство выражено в иностранной валюте и отсутствует официальная учетная ставка банковского процента по валютным кредитам на день исполнения денежного обязательства в месте нахождения кредитора, размер процентов определяется на основании публикаций в официальных источниках информации о средних ставках банковского процента по краткосрочным валютным кредитам, предоставляемым в месте нахождения кредитора. Если такие публикации отсутствуют, размер подлежащих взысканию процентов устанавливается на основании представляемой истцом в качестве доказательства справки одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора, подтверждающей применяемую им ставку по краткосрочным валютным кредитам.

¹ Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г./Сост. М. Г. Розенберг. М.: Статут, 1999. С. 18—20.

² Там же.

³ Вестник ВАС РФ. М., 1996. № 9.

Опираясь на международно-правовую практику, выраженную в Принципах УНИДРУА, МКАС при рассмотрении иска болгарской стороны к российской организации об уплате неустойки за просрочку оплаты товара (дело № 229/1996, решение от 5 июня 1997 г.) решил, что имеются достаточные правовые основания для снижения размера требуемой истцом неустойки¹. В качестве обычая арбитражем была применена ст. 7.4.13 Принципов УНИДРУА, предусматривающая, что при наличии в договоре условия об уплате неисполнившей стороной установленного за нарушение договора суммы эта сумма может быть снижена до разумных пределов, если она чрезмерно велика с учетом возникшего от неисполнения ущерба и других обстоятельств.

Особенностью международных расчетов является отсутствие единого и обязательного для всех стран платежного средства, что обуславливает обращение к средствам платежа как в национальной, так и в иностранной валюте. Согласно Принципам УНИДРУА (ст. 6.1.9) если денежное обязательство выражено в иной валюте, чем валюта места платежа, оно может быть исполнено должником в валюте места платежа, кроме случаев, когда: а) эта валюта не является свободно конвертируемой или б) стороны договорились, что платеж должен быть осуществлен в валюте, в которой выражено денежное обязательство. Если для должника невозможно исполнить денежное обязательство в валюте, в которой выражено денежное обязательство, кредитор может потребовать осуществить платеж в валюте места платежа. Платеж в валюте платежа должен быть совершен в соответствии с применимым курсом обмена валюты, превалирующим в этом месте при наступлении срока платежа. При этом если должник не совершил платеж в установленный срок, кредитор может потребовать совершить платеж в соответствии с применимым курсом обмена валюты, превалирующим либо в момент наступления срока платежа, либо в момент фактического платежа. Если денежное обязательство не выражено в какой-либо конкретной валюте, платеж осуществляется в валюте места, где он должен быть совершен.

Важным условием платежа является то, что валюта платежа (если это иностранная валюта) должна быть свободно используемой. Понятие «свободно используемая валюта» было введено в Соглашение о Международном валютном фонде (МВФ) в 1976 г. и заменило ранее применявшееся понятие «фактически конвертируемая валюта». «Свободно используемой» согласно ст. XXX(f) Соглашения является валюта государства — члена МВФ, которую Фонд определяет как: а) реально широко применяемую при пла-

¹ Арбитражная практика за 1996—1997 гг. / Сост. М. Г. Розенберг. М.: Статт, 1998. С. 209-211.

тежах по международным сделкам и б) служащую предметом торговли на основных валютных рынках.

Несмотря на то что денежное обязательство может быть выражено в иностранной валюте, в отечественной доктрине и правовой практике не сформировалась коллизийная привязка к закону валюты платежа (*lex monetae*). В международном торговом обороте нет места «валютной привязке», а употребление иностранной валюты для определения суммы долга само по себе не означает отсылки к иностранному праву.

Одной из особенностей международных расчетов является то, что в странах с частично конвертируемой валютой существуют разного рода валютные ограничения. В целях концентрации иностранной валюты в руках государства и поддержания валютного курса национальной денежной единицы государства могут прибегать к следующим мерам: блокированию выручки экспортеров и ограничению их возможностей по распоряжению экспортной выручкой; обязательной продаже валютной выручки (полностью или частично); ограничению продажи иностранной валюты импортерам; ограничению на форвардные покупки импортерами иностранной валюты; регулированию сроков платежей по экспорту и импорту; введению различных курсовых соотношений валют по различным видам коммерческих операций, товарным группам и регионам (множественность валютных курсов).

После вступления Российской Федерации в МВФ (1992 г.) на нее также распространяются международные правила регулирования валютно-финансовых и платежных вопросов. В нормативном регулировании валютных операций в России получили распространение обязательная продажа экспортерами на внутреннем валютном рынке части валютной выручки, регулирование сроков платежей по экспорту и импорту, валютный контроль (посредством паспортизации внешнеэкономических сделок) за авансовыми платежами по импорту и платежами в рассрочку по экспорту.

В денежных обязательствах международного характера иностранная валюта используется в качестве средства платежа. В так называемых валютных сделках — приобретение иностранной валюты по заранее согласованной сторонами цене (валютные фьючерсы и форварды), валютно-обменные операции — валюта исполняет не денежную, а товарную функцию.

Согласно Конституции РФ денежной единицей и законным платежным средством на территории РФ является рубль (ст. 75). Использование иностранной валюты, а также платежных документов в иностранной валюте при осуществлении расчетов на территории РФ по обязательствам допускается лишь в случаях, в порядке и на условиях, определенных федеральным законом или в установленном им порядке (ст. 317 ГК РФ).

Принципы осуществления валютных операций определяет Закон РФ о валютном регулировании и валютном контроле от 9 октября 1992 г. (с последующими изменениями и дополнениями). Под валютными операциями понимаются операции, связанные с переходом права собственности и иных прав на валютные ценности, в том числе операции, связанные с использованием в качестве средства платежа иностранной валюты и платежных документов в иностранной валюте: ввоз и пересылка в РФ, а также вывоз и пересылка из РФ валютных ценностей; осуществление международных денежных переводов, расчеты между резидентами и нерезидентами в валюте РФ. Понятие иностранной валюты распространяется Законом на денежные знаки в виде банкнот, казначейских билетов, монеты, находящиеся в обращении и являющиеся законным платежным средством в соответствующем иностранном государстве или группе государств, а также на средства на счетах в денежных единицах иностранных государств и международных денежных или расчетных единицах.

Субъекты валютных операций подразделяются на *резидентов и нерезидентов*. К первым отнесены физические лица, имеющие постоянное местожительство в РФ, в том числе временно находящиеся за ее пределами, а также юридические лица, созданные в соответствии с законодательством РФ, с местонахождением в РФ, их филиалы и представительства. Под нерезидентами понимаются: физические лица, имеющие постоянное местожительство за пределами РФ, в том числе временно находящиеся в РФ, юридические лица, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, с местонахождением за пределами РФ, предприятия и организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, с местонахождением за пределами РФ; находящиеся в РФ иностранные дипломатические и иные официальные представительства, а также международные организации; находящиеся в РФ филиалы и представительства нерезидентов.

Резиденты могут иметь счета в иностранной валюте в уполномоченных банках. Иностранная валюта, получаемая предприятиями (организациями) — резидентами, подлежит обязательному зачислению на их счета в уполномоченных банках. Резиденты могут иметь счета в иностранной валюте в банках за пределами РФ в случаях и на условиях, устанавливаемых банковским законодательством. Согласно Инструкции Банка России от 29 августа 2001 г. № 100-И «О счетах физических лиц — резидентов в банках за пределами Российской Федерации» резидент имеет право открывать счета в иностранных банках и их филиалах, расположенных на территории иностранных государств, являющихся членами Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) и (или) Специальной финансовой комиссии по проблемам отмывания капита-

лов (ФАТФ)¹. Счета открываются резидентами для целей, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Резидент вправе зачислять на свои счета денежные средства в иностранной валюте, переведенные или вывезенные из РФ в соответствии с законодательством РФ, а также полученные за пределами РФ, за исключением денежных средств, полученных за пределами РФ от осуществления предпринимательской деятельности. Резидент вправе без ограничений переводить денежные средства, находящиеся на его счетах за рубежом, на свои валютные счета, открытые в российских уполномоченных банках. Перевод денежных средств в иностранной валюте из РФ для зачисления на зарубежный счет осуществляется резидентом со своего валютного счета, открытого в уполномоченном банке, или без открытия счета через уполномоченный банк. При этом резидент среди прочих документов представляет экземпляр Уведомления об открытии счета, направляемый резидентом в территориальный орган Министерства РФ по налогам и сборам по месту жительства резидента, с отметкой налогового органа о получении Уведомления.

Порядок открытия и ведения уполномоченными банками счетов резидентов и нерезидентов устанавливает Центральный банк России. В частности, Инструкция ЦБ РФ от 12 октября 2000 г. устанавливает порядок открытия уполномоченными (ранками счетов нерезидентов в валюте РФ и проведения операций по этим счетам. В зависимости от категории нерезидента и специфики его деятельности на территории РФ открываются рублевые счета типа «К» («конвертируемый счет»), типа «Н» («неконвертируемый счет»), типа «Ф» (счет физического лица).

Счета типа «К», «Н» и «Ф» открываются уполномоченными банками на основании заключенных с нерезидентами договоров банковского счета, которые не могут предусматривать иной режим счета нерезидента, чем установленный в указанной Инструкции. От имени юридического лица — нерезидента договор банковского счета с уполномоченным банком может быть заключен руководителем филиала (представительства) юридического лица — нерезидента, действующим на основании доверенности последнего. Официальные представительства заключают с уполномоченными банками договор банковского счета от своего имени.

Для открытия банковского счета нерезидент представляет в уполномоченный банк необходимые документы в соответствии с требованиями законодательства РФ. Для открытия счетов типа

¹ В список таких государств входят: Австралия, Австрия, Аргентина, Люксембу¹ Венгрия, Греция, Ирландия, Италия, Канада, Бельгия, Дания, Испания, Нидерланды, Норвегия, Швеция, Мексика, Новая Зеландия, Португалия, Исландия, Республика Корея, Польша, Сингапур, Словакия, Великобритания, США, Турция, Бразилия, ФРГ, Финляндия, Франция, Чехия, Швейцария, Япония.

«К», «Н» юридические лица-нерезиденты, банки-нерезиденты и официальные представительства (кроме банков-нерезидентов) представляют: легализованные документы, подтверждающие правовой статус юридического лица по законодательству страны, где создано это юридическое лицо, в частности учредительные документы и документы, подтверждающие государственную регистрацию юридического лица. В случае электронного обмена документами между банком-нерезидентом и уполномоченным банком устанавливается процедура признания аналога собственноручной подписи, а также заключается договор о порядке и условиях его использования.

Операции с иностранной валютой и ценными бумагами в иностранной валюте подразделяются на *текущие валютные операции и валютные операции, связанные с движением капитала*. Для проведения текущих валютных операций не требуется специальных разрешений Банка России. К ним отнесены: переводы в РФ и из РФ иностранной валюты для осуществления расчетов без отсрочки платежа по экспорту и импорту товаров, работ и услуг, а также для осуществления расчетов, связанных с кредитованием экспортно-импортных операций на срок не более 90 дней; получение и предоставление финансовых кредитов на срок не более 180 дней; переводы в РФ и из РФ процентов, дивидендов и иных доходов по вкладам, инвестициям, кредитам и прочим операциям, связанным с движением капитала. Отдельную группу текущих валютных операций составляют переводы неторгового характера в РФ и из РФ, включающие: выплаты заработной платы, стипендий, пенсий, алиментов, государственных пособий, доплат и компенсаций, а также выплаты по возмещению вреда, причиненного работникам в результате несчастных случаев или профессиональных заболеваний при исполнении ими своих трудовых обязанностей.

Валютные операции, связанные с движением капитала, включают в себя: прямые инвестиции, т. е. вложения в уставный капитал предприятия с целью извлечения дохода и участия в управлении предприятием; портфельные инвестиции, т. е. приобретение ценных бумаг; переводы в оплату права собственности на здания сооружения и иных прав на недвижимость; предоставление и получение отсрочки платежа на срок более 90 дней по экспорту и импорту товаров (работ, услуг, результатов интеллектуальной деятельности); предоставление и получение финансовых кредитов на срок более 180 дней; все иные валютные операции, не являющиеся текущими валютными операциями. Валютные операции, связанные с движением капитала, осуществляются резидентами в порядке, определяемом Банком России. Данный порядок по общему правилу предполагает получение предварительного разрешения Банка России. Вместе с тем Указанием Банка России от 10 сентября 2001 г. № 1030-У установлен уведомительный по-

рядок проведения валютных операций, связанных с получением юридическими лицами — резидентами кредитов и займов в иностранной валюте, предоставляемых нерезидентами на срок более 180 дней, и исполнением обязательств по возврату этих кредитов и займов.

В соответствии со ст. 6 (п. 2) Закона о валютном регулировании и валютном контроле некоторые валютные операции, не являющиеся текущими, осуществляются без ограничений. Среди них: расчеты за экспорт товаров, указанных в разд. 16, 17, 19 Товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности РФ, при условии, что срок возврата валютной выручки от реализации этих товаров на экспорт не будет превышать три года с даты фактического пересечения этими товарами таможенной границы РФ; расчеты за производимые резидентами за пределами территории РФ строительные и подрядные работы при условии, что срок возврата валютной выручки за произведенные работы не будет превышать пять лет с даты заключения соответствующего договора; расчеты, связанные со взносами и выплатами по страхованию и перестрахованию, осуществляемыми в период срока действия соответствующего договора, при условии, что срок действия указанного договора не будет превышать пять лет с даты его заключения; переводы физическим лицом — резидентом иностранной валюты в РФ и из РФ на сумму, не превышающую 75 тыс. долл. США, осуществляемые в течение календарного года в целях приобретения прав на ценные бумаги, номинированные в иностранной валюте, или в целях реализации прав на указанные ценные бумаги.

Валютные операции, связанные с движением капитала, не перечисленные выше и не запрещенные Банком России, осуществляются резидентами на основании разрешений, выдаваемых Банком России в каждом отдельном случае.

Международные денежные обязательства по коммерческим сделкам погашаются, как правило, путем осуществления безналичных расчетов. «Безналичные расчеты — это способ прекращения денежного обязательства плательщика перед получателем из договора, содержащего условие о безналичных расчетах, путем его замены на обязательство банка, обслуживающего получателя средств, перед последним из договора банковского счета»¹. Осуществление безналичных расчетов не означает прекращение денежного обязательства исполнением (что имеет место при уплате наличных денежных средств). Денежное обязательство должника-плательщика прекращается путем новации этого обязательства в денежное обязательство банка, обслуживающего кредитора-получателя.

Поскольку международные расчеты имеют безналичный характер, необходимой предпосылкой для их осуществления *являет-*

¹ Белов В. А. Указ. соч. С. 156.

ся международное банковское сотрудничество. Оно основано на установлении между банками различных государств специальных договоренностей об установлении корреспондентских отношений, о порядке и условиях проведения международных расчетных и платежных операций. Корреспондентские отношения оформляются межбанковскими договорами, а также путем обмена письмами необходимыми документами. Счет, поддерживаемый банком в иностранном банке, получил название «ностро» (от лат. *nostro* — наш). Такой счет деноминируется обычно в валюте страны места открытия счета. Текущий операционный счет, открытый иностранным банком-корреспондентом в отечественном банке, чаще называют «лоро» (от лат. *loro* — их), который поддерживается иностранным банком обычно в местной валюте. На указанных счетах отражаются все операции, совершаемые между банками по поручению их клиентов. Некоторые крупные банки осуществляют платежи и другие операции корреспондентского типа через свои зарубежные филиалы и дочерние банки, что помогает ускорить платежи и повысить надежность операций.

При осуществлении международного платежа банк отсылает сообщение (авизо) о необходимости перечислить деньги конкретному клиенту, а затем выполняет фактический перевод для осуществления окончательного расчета. Окончательный расчет по безналичному платежу в любой валюте может быть осуществлен лишь путем бухгалтерских записей в книгах банков на территории страны, в которой данная валюта является законным платежным средством. Например, окончательный расчет в долларах США может быть осуществлен только в банках с местонахождением в США, а окончательный расчет в рублях — в российских банках.

В настоящее время значительная часть международных банковских операций осуществляется по системе SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications, далее — система СВИФТ), которая представляет собой международную межбанковскую организацию по финансовым расчетам по телекоммуникационным сетям и объединяет более 3500 банков из 90 стран. Скорость прохождения банковских переводов в системе СВИФТ по сравнению с обычными телеграфными намного выше, поскольку используется специальное оборудование и цифровой формат банковских сообщений.

14.2. Международные расчетные правоотношения

14.2.1. Правовые основы международных расчетов

В процессе исполнения денежных обязательств путем безналичных расчетов возникают расчетные правоотношения. Несмотря на такую взаимосвязь, расчетные отношения носят автоном-

ный характер по отношению к денежным обязательствам. Поскольку безналичные расчеты осуществляются при участии коммерческих банков, расчетные правоотношения подчинены особым банковским правилам. Эти правила регулируют взаимоотношения должника и кредитора в качестве клиентов с банками, в которых у них открыты счета, используемые в безналичных расчетах, а также определяют режим банковских счетов и порядок осуществления расчетов в зависимости от их формы. Под формами безналичных расчетов понимаются предусмотренные законом, банковскими правилами и обычаями делового оборота способы документального оформления и подтверждения волеизъявления владельца банковского счета или (в установленных законом случаях) третьего лица на перечисление денежных сумм, числящихся на банковском счете. При осуществлении безналичных расчетов допускаются расчеты в форме платежных поручений, банковского перевода, чеками, аккредитиву по инкассо.

В связи с денежными обязательствами по внешнеэкономическим сделкам возникают расчетные правоотношения международного характера. В круг субъектов международного расчетного отношения наряду с контрагентами по сделке включаются и кредитные организации разных государств. Международные расчеты — функция уполномоченных банков. В процессе осуществления международных расчетов формируются международные межбанковские отношения, а также отношения банков с иностранными клиентами.

Общие принципы международных расчетных отношений устанавливаются в двусторонних торгово-экономических и платежных договорах. Существуют *два основных подхода* государств к организации расчетного процесса: 1) *расчеты в свободно конвертируемой валюте* на основе действующих на валютном рынке курсов в соответствии с национальными правилами валютного регулирования каждой из стран; 2) *расчеты по клиринговой системе*, при которой происходит зачет встречных денежных требований и обязательств путем безналичных проводок по клиринговым счетам.

К основным субъектам международных расчетных отношений относятся участники внешнеторговых сделок, а также обслуживающие их банки. Содержание расчетного правоотношения составляют права и обязанности указанных субъектов в связи с осуществлением платежей согласно валютно-финансовым условиям внешнеэкономических сделок, а также с движением товарно-распорядительных документов, операционным оформлением денежного оборота. Международные расчеты находятся в зависимости от конкретных условий коммерческих сделок по таким вопросам, как цена товара, валюта цены, валюта платежа, условия платежа, формы расчетов. Выбирая ту или иную форму безналичных расчетов, субъекты расчетных отношений выбирают предусмотренные законом, банковскими правилами и обычаями делового обо-

рота способы документального оформления и подтверждения волеизъявления владельца банковского счета на перечисление денежных сумм, числящихся на банковском счете.

Под формой международных расчетов понимается «регулируемое нормами международного частного права условие платежа, обладающее специфическими особенностями в отношении порядка зачисления средств на счет кредитора, видов используемых платежных документов, а также процедуры документооборота»¹. Необходимость платежа связана с обязанностью должника исполнить свое обязательство перед кредитором за поставленный товар, выполненные работы, оказанные услуги. При этом обязательства по осуществлению расчетов являются самостоятельными обязательствами, отличающимися от обязательств, во исполнение которых производится платеж. В случае проведения через конкретный банк расчетов по поставке товара банк не связан условиями договора купли-продажи товаров, а также с указанной в договоре формой расчетов. Банк осуществляет расчет, к примеру, в форме аккредитива не в силу того, что такая форма расчетов предусмотрена в договоре купли-продажи, а на основании поручения и соответствующих инструкций клиента. В отличие от обязательств по международной купле-продаже товаров обязательства банков, возникающие при осуществлении международных платежей, регулируются в основном не многосторонними международными договорами (конвенциями), а национальным банковским правом либо международными правилами, имеющими характер международных обычаев.

Международные расчетные правоотношения являются сферой преимущественно международного регулирования либо международно-правового, конвенционного, либо регулирования в форме обычаев международного делового оборота. Среди международных соглашений — Конвенция ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях 1988 г., Женевская конвенция о единообразном законе о переводном и простом векселе 1930 г., Женевская конвенция, разрешающая коллизии законов о переводных и простых векселях 1930 г., Женевская конвенция о единообразном законе о чеках 1931 г., Женевская конвенция о гербовом сборе в отношении переводных и простых векселей 1930 г., Брюссельская конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г. (в редакции 1968 г.), Конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г., Конвенция о международном финансовом факторинге 1988 г. Необходимо отметить особую роль унифицированных международных правил и обычаев, публикуемых, в частности, Международной торговой палатой

¹ См.: *Ерпылева Н. Ю.* Международное банковское право: Учеб. пособие. М., 1998. С. 106.

(МТП): Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов 1993 г. (публикация № 500), Унифицированные правила для инкассо 1996 г. (публикация № 522), Унифицированные правила для контрактных гарантий 1978 г., (публикация № 325), Унифицированные правила для гарантий по требованию 1992 г. (публикация № 458), Унифицированные правила для межбанковского рамбурсирования по документарным аккредитивам 1996 г. (публикация № 525).

Необходимо также указать на Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах (утвержден 1 мая 1992 г. на 25-й сессии Комиссии ООН по праву международной торговли¹), который носит характер рекомендаций участникам международных расчетов по совершению международных переводов.

В практике международных расчетов, в том числе и с участием российских организаций, получили распространение так называемые *документарные операции (аккредитив, инкассо) и недокументарные операции (открытый счет)*. Классификация основных форм международных расчетов основана на неофициальной кодификации и унификации правил и обычаев, применяемых при их осуществлении. В зависимости от сроков платежа различают такие разновидности условий платежа, как *немедленный платеж* и *платеж с рассрочкой*, а также *авансовый платеж*. Под немедленным платежом имеется в виду оплата товара после его отгрузки поставщиком и против передачи в распоряжение покупателя документов, подтверждающих отгрузку товара согласно условиям контракта. Обычно импортеру и его банку предоставляется 3—5 льготных дней для ознакомления с товарораспорядительными документами и осуществления платежа, если иные условия не оговорены в контракте и платежных инструкциях экспортера. Рассрочка платежа практически сводится к предоставлению экспортером коммерческого кредита импортеру.

В международном банковском и торговом регулировании выделяют такие основные формы расчетов, как документарный аккредитив и документарное инкассо, авансовый платеж и открытый счет (оплата посредством кредитового перевода). При реализации указанных форм расчетов применяются также банковские гарантии и такие платежные инструменты, как банковские векселя и чеки.

14.2.2. Правоотношения по документарному аккредитиву

При аккредитивной форме международных расчетов роль непосредственного плательщика принимает на себя уполномоченный банк, что создает для экспортера дополнительные гарантии

получения платежа по контракту. В расчетах по документарному аккредитиву участвуют: импортер (приказодатель), который обращается к банку с просьбой об открытии аккредитива; банк-эмитент, открывающий аккредитив; авизующий банк, которому поручается известить экспортера об открытии в его пользу аккредитива, передать ему условия аккредитива (удостоверив его подлинность) и выплатить денежные средства бенефициару; бенефициар — экспортер, в пользу которого открыт аккредитив.

Документарный аккредитив совместил такие интересы экспортера и импортера товара, как своевременное и гарантированное получение валютного платежа экспортером и отсрочка оплаты товара импортером до завершения отгрузки товара и предоставления импортеру товарораспорядительных документов. В международных торговых расчетах применяются единые стандартизированные процедуры и правила документарных аккредитивов. В соответствии с Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов (редакция 1993 г., далее — УПДА), термин «документарный аккредитив» означает определенный вид соглашения между банком и клиентом банка. В силу данного соглашения банк-эмитент, действующий по поручению и на основании инструкций своего клиента-импортера (приказодателя аккредитива) или от своего имени, обязуется произвести платеж бенефициару или его приказу. Причем платеж производится при выполнении бенефициаром условий, отраженных в аккредитиве.

Под обязательством платежа понимается также обязательство банка акцептовать и затем оплатить переводные векселя (тратты), представляемые бенефициаром. Обязательство банка по аккредитиву является самостоятельным и не зависит от правоотношений сторон по внешнеэкономической сделке. Согласно ст. 3 УПДА «аккредитив по своей природе представляет собой сделку, обособленную от договора купли-продажи или иного договора (контракта), на котором он может быть основан, и банки ни в коей мере не могут быть затронуты или связаны такими контрактами, даже если какие-либо ссылки на такие контракты включены в текст аккредитива». Это положение направлено на защиту интересов банков и их клиентов. Оно обеспечивает экспортеру ограничение требований к оформлению документов и получению платежа только условиями аккредитива, а импортеру — четкое выполнение экспортером всех условий аккредитива.

Еще один существенный принцип, действующий при аккредитивной форме расчетов, заключается в том, что при проведении операций с аккредитивами все заинтересованные стороны имеют дело только с документами, а не с товарами, услугами или другими действиями, к которым эти документы могут иметь отношение. Инструкции по выставлению аккредитива и сам аккредитив должны быть полными и точными. Они должны точно указывать

документы, против которых должны быть произведены платежи или акцептованы векселя.

Схема аккредитивной формы расчетов по внешнеторговому контракту сводится к следующему. Стороны контракта формулируют в нем условия оплаты в форме аккредитива. Импортер в согласованные с экспортером сроки дает своему банку поручение об открытии аккредитива, о чем импортер извещается особым письмом обслуживающего банка (нотисом). Данное письмо означает, что банк принимает на себя обязательство перед импортером (приказодателем) обеспечить исполнение аккредитива. Банк, открывший аккредитив, направляет соответствующее письмо (авизо) банку бенефициара (либо другому банку-посреднику для последующего установления аккредитивных отношений с банком бенефициара), назначая его своим авизиующим банком, одновременно направляя ему денежную сумму по исполнению аккредитива и поручая ему передать соответствующее извещение бенефициару. Назначение авизо состоит, в частности, в наделении исполняющего банка полномочиями уплатить полученную сумму бенефициару и сообщении условий, согласно которым исполняющий (авизиующий) банк вправе реализовать данные полномочия. В свою очередь, исполняющий банк направляет авизо бенефициару, извещая его об открытии в его пользу аккредитива, о способе исполнения аккредитива, об условиях, на которых исполняющий (авизиующий) банк уполномочен банком-эмитентом произвести исполнение аккредитива.

После получения авизо об открытом в его пользу аккредитиве экспортер приобретает статус бенефициара и право требовать исполнения аккредитива на согласованных ранее с приказодателем и отраженных в аккредитиве условиях. Экспортер производит отгрузку товара (выполняет работы) и оформляет необходимые для получения платежа документы. Затем он предоставляет товарораспорядительные и другие указанные в аккредитиве документы в исполняющий банк. Последний проверяет документы на предмет их соответствия условиям аккредитива, производит платеж экспортеру, пересылает документы и требование о возмещении платежа банку-эмитенту. После проверки правильности оформления документов банк-эмитент возмещает исполняющему банку сумму валютного платежа (если это не было сделано ранее) и передает импортеру полученные документы, которые дают право получить внешнеторговый груз.

Нарушение условий аккредитива бенефициаром лишает его права обратиться к банку с требованием об уплате ему стоимости поставленного товара. МКАС при рассмотрении иска бенефициара, представившего документы в банк с нарушением сроков, отклонил ходатайство о привлечении в качестве соответчика Внеш-

экономбанка СССР (дело № 261/1993). Исковая сумма была взыскана с ответчика, которым был получен товар по контракту¹.

Необоснованное неисполнение банком его твердого обязательства об оплате товара с аккредитива, открытого им в пользу бенефициара, служит основанием для взыскания с банка в пользу бенефициара суммы аккредитива. Такой вывод следует из решения МКАС от 22 февраля 1995 г. (дело № 104/1994)². Согласно материалам дела экспортер-бенефициар (чехословацкая организация) предъявил иск к импортеру (российской организации) и банку-эмитенту в связи с тем, что поставленный истцом товар не был оплачен с безотзывного аккредитива, открытого в его пользу банком-эмитентом по поручению ответчика. Платежи за поставленные истцом товары должны были осуществляться по контракту в долларах США с безотзывного аккредитива, открытого по поручению импортера в пользу экспортера. Поэтому импортер дал поручение российскому банку открыть такой аккредитив в Чехословацком торговом банке в пользу истца. Сумма аккредитива была списана банком со счета импортера, что подтверждалось мемориальным ордером банка. Однако, несмотря на предъявленные истцом документы по раскрытию аккредитива, никаких средств с аккредитива за поставленную продукцию перечислено не было. Сумма аккредитива не была возвращена и импортеру (ответчику), находилась на счете банка и представляла собой задолженность банка перед истцом на основании открытого банком безотзывного аккредитива.

Поскольку банк открыл в пользу истца безотзывный аккредитив на полную стоимость товара, он в силу действовавшей в тот период редакции У ПДА 1983 г. (ст. 10) принял перед истцом твердое обязательство оплатить товар при условии своевременного представления истцом документов, предусмотренных в аккредитиве, и соблюдении условий аккредитива.

В случае отказа в принятии документов банк-эмитент должен об этом сообщить без задержки (УПДА, ст. 16. п. «д»). Как следует из материалов указанного судебного дела, банк такого извещения без задержки не дал и тем самым безоговорочно признал соответствие документов требованиям аккредитива и свое твердое обязательство произвести оплату с аккредитива. Аккредитив и контракт купли-продажи, на основании которого он открыт, представляют собой самостоятельные сделки, обособленные одна от другой. Из каждой из них при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств возникает право на предъявление требований. Соответственно неисполнение банком его твердого обязательства об оплате товара с аккредитива является основани-

¹ См.: Практика МКАС за 1996-1997 гг. С. 32-33.

² Там же. С. 38-43.

ем для взыскания с банка суммы иска. МКАС признал банк-эмитент надлежащим ответчиком и возложил на него уплату истцу исковой суммы.

При дополнительных обязательствах другого банка по аккредитиву выделяют *подтвержденный* и *неподтвержденный аккредитивы*. С точки зрения возможности возобновления аккредитива применяются *возобновляемые аккредитивы*, которые открываются на часть стоимости контракта с условием восстановления первоначальной суммы аккредитива после его полного использования. Исходя из возможности использования аккредитива вторыми бенефициарами (непосредственными поставщиками товара) различаются *переводные* и *непереводные* аккредитивы. В зависимости от наличия валютного покрытия используются *покрытый* и *непокрытый* аккредитивы.

14.2.3. Правоотношения по документарному инкассо

При инкассовой форме расчетов *банк по поручению экспортера получает платеж от импортера за отгруженные в его адрес товары и перечисляет полученные средства на счет экспортера*. Это одна из форм расчетов в кредит — с отсрочкой платежа, когда оплата происходит через определенный период после поставки (отгрузки) товара. Инкассо представляет собой типичную банковскую операцию: в расчетах за экспортированные товары уполномоченный банк принимает от экспортера инкассовое поручение, действует в строгом соответствии с инструкциями клиента и принимает на себя обязательство провести операции с представленными документами для получения платежа. В отличие от аккредитива инкассо не связано с платежным обязательством банка. Стандартные международные правила по международным инкассовым операциям были впервые разработаны Международной торговой палатой в 1936 г. Позднее они неоднократно перерабатывались (в 1967, 1978, 1995 гг.).

Участвующими сторонами инкассовой операции согласно Унифицированным правилам по инкассо 1995 г. (далее — Правила по инкассо)¹ являются: «*доверитель*» — клиент, который поручает операцию по инкассированию своему банку; «*банк-ремитент*» — банк, которому доверитель поручает операцию по инкассированию; «*инкассирующий банк*» — банк, участвующий в операции по выполнению инкассового поручения; «*представляющий банк*» — инкассирующий банк, делающий представление документов плательщику; «*плательщик*».

Документарное инкассо является операцией, в которой банк действует в качестве посредника между экспортером и импорте-

ром. Документы передаются импортеру через взаимодействующие банки. Действуя согласно инструкциям, содержащимся в инкассовом поручении, инкассирующий банк выдает документы плательщику (импортеру) и после получения платежа переводит инкассированную сумму банку экспортера для зачисления денежных средств на счет экспортера. Выплата экспортеру происходит не ранее получения платежа от инкассирующего банка, в который направлены документы, т. е. экспортер вынужден ждать поступления денег дольше, чем при аккредитивной форме расчетов.

В Правилах по инкассо различаются *финансовые* и *коммерческие документы*. К финансовым документам относятся переводные векселя, простые векселя, чеки, платежные расписки. К коммерческим документам относятся счета, отгрузочные документы, документы о праве собственности и тому подобные документы. Инкассо финансовых документов получило название «чистое инкассо», а взыскание платежа по коммерческим документам и финансовым документам, сопровождаемым коммерческими документами, означает «документарное (коммерческое) инкассо».

Все документы, отосланные на инкассо, должны быть сопровождены полными и точными инструкциями. Банкам разрешается действовать только в соответствии с инструкциями, содержащимися в инкассовом поручении, и в соответствии с Правилами по инкассо. Если банк не может по какой-либо причине выполнить данные инструкции, он должен немедленно известить сторону, от которой он получил инкассовое поручение. Банки обязаны действовать добросовестно и проявлять разумную заботливость. Они должны удостовериться в том, что полученные документы по внешним признакам соответствуют тем, которые перечислены в инкассовом поручении, и должны немедленно известить сторону, от которой было получено инкассовое поручение, об отсутствии какого-либо документа. Банки не имеют каких-либо иных обязательств по проверке документов.

Банки, участвующие в инкассировании, не несут обязательств и ответственности за последствия, возникающие из-за задержки и (или) потерь в пути каких-либо сообщений, писем или документов, а также за последствия, возникающие в результате форс-мажорных обстоятельств, к которым Правила по инкассо относят, в частности, бунты, гражданские волнения, восстания, войны и другие причины, находящиеся вне их контроля.

Документы должны быть представлены плательщику в той форме, в которой они получены банком. Инкассовые поручения должны содержать полный адрес плательщика, по которому должно быть сделано представление. В случае, если документы подлежат оплате по предъявлении, представляющий банк должен сделать представление к платежу без задержки. *Платежные документы представляются в соответствии с банковской практикой,*

принятой в месте платежа, которым при инкассовой форме расчетов считается местонахождение плательщика.

Инкассовые операции относятся к категории комиссионных и являются возмездными. Комиссия по тарифу, установленному банком, уплачивается по договоренности экспортером или импортером. Кроме того, в инкассовом поручении может содержаться указание о взимании процентов. При отказе плательщиков от уплаты комиссии или других расходов они могут быть отнесены банками на счет доверителя (экспортера) и могут быть удержаны из его экспортной выручки.

Расчеты по инкассо более предпочтительны для импортера, который производит оплату лишь против товарных документов и после фактического исполнения экспортером своих обязательств по отгрузке товара. И хотя экспортер сохраняет определенное право распоряжаться товаром, тем не менее риск, связанный с возможным отказом импортера от платежа, остается. В связи с этим на практике инкассовые платежные схемы укрепляются за счет дополнительных условий. Среди них, например, *телеграфное инкассо*, когда импортер производит оплату против телефаммы банка-ремитента о приеме и отсылке на инкассо товарных документов. Если платежи по инкассо обеспечены гарантией иностранного банка, доверитель должен дополнительно включить в инкассовое поручение требование о платеже в счет гарантии на случай неоплаты инкассируемых документов в срок, указанный в данном поручении.

14.2.4. Авансовый платеж и платежи по открытому счету

При расчетах в форме аванса импортер осуществляет полный или частичный платеж до отгрузки товара в счет исполнения обязательств по контракту. Очевидно, что данная форма расчетов в наибольшей степени выгодна экспортеру. Для него минимизируются риски неплатежа за отфуженный товар и создается определенное обеспечение обязательств импортера: в случае отказа принять товар экспортер имеет право обратить полученный им аванс на возмещение убытков. Для импортера же данная форма расчетов сопряжена с существенными рисками, в первую очередь с неисполнением либо ненадлежащим исполнением обязательств экспортером. В связи с этим авансовая форма расчетов должна сопровождаться банковскими гарантиями возврата авансового платежа или надлежащего исполнения контракта.

Согласие импортера на условия авансового платежа может быть связано с его заинтересованностью в поставке товара либо с давлением экспортера. В международной практике получили распространение *частичные авансовые платежи*. Аванс уплачивается в течение определенного в контракте срока. Стороны также должны оговорить, через какое время после выплаты аванса будет осуществлена поставка товара. Соглашаясь на выплату аванса,

импортер вправе выторговывать определенное снижение цены товара. Погашается аванс обычно при поставке товара путем зачета.

Сущность расчетов по открытому счету состоит в периодических платежах импортера экспортеру после получения товара. Сумма текущей задолженности учитывается в книгах торговых партнеров. Порядок расчетов по погашению задолженности по открытому счету определяется соглашением сторон. Обычно предусматриваются периодические платежи в установленные сроки (после завершения поставок или перепродажи товара импортером в середине или конце месяца). После выверки расчетов окончательное погашение задолженности по открытому счету производится через банки, как правило, с использованием банковского перевода или чека.

Особенностью расчетов по открытому счету является то, что товарораспорядительные документы поступают непосредственно к импортеру и экспортер должен контролировать своевременность платежей. Другой характерной особенностью данной формы расчетов является то, что движение товаров опережает движение денег. Поэтому ее относят к наиболее рискованным для экспортера формам международных расчетов. После передачи товарораспорядительных документов и соответственно всех прав на товар импортеру наступает период ожидания платежа. Риск неоплаты импортером при использовании открытого счета аналогичен риску непоставки или недопоставки товара экспортером при авансовых платежах. Открытый счет используется при расчетах между фирмами, связанными устойчивыми и надежными торговыми отношениями, либо в случаях, когда импортер обладает солидной деловой репутацией. К преимуществам данной формы расчетов следует отнести простоту исполнения и экономию на банковских расходах. Вместе с тем, как и в случае с документарным инкассо или авансовым платежом, здесь дополнительные расходы могут быть связаны с оформлением банковской гарантии.

Распространенной формой международных расчетов является *банковский перевод* (используется также термин «*международные кредитовые переводы*»). Расчеты осуществляются согласно условиям договора банка с клиентом, по которому банк перевододателя производит от имени и за счет перевододателя перевод денежных средств в иностранный банк в пользу лица, указанного в поручении (бенефициара). При данной форме расчетов бенефициар не приобретает права требовать от банка перевододателя совершения платежа. Согласно типовому закону ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах *участниками расчетных отношений являются: перевододатель*—лицо, выдающее первое платежное требование (как правило, покупатель товара, заказчик работы по контракту); *банк перевододателя; бенефициар*—лицо, указанное в платежном поручении в качестве получателя средств (как правило, продавец товара, подрядчик или исполнитель работ); *банк бенефициара; от-*

правитель—лицо, которое выдает платежное поручение; *банк получателя*. Исполнение платежного поручения производится путем списания банком перевододателя денежных средств со счета перевододателя и перевода указанных средств банку бенефициара (через международные корреспондентские счета банков), который зачисляет переведенные средства на счет бенефициара.

Оформление международного банковского перевода начинается с заполнения стандартной банковской формы (заявления на перевод) и ее подписания уполномоченными лицами перевододателя. С момента акцепта поручения (проставления отметки, подписи операционного сотрудника банка) поручение считается принятым банком перевододателя. Условием принятия поручения к исполнению является наличие достаточных для исполнения средств на счете перевододателя. Вместе с тем стороны могут договориться о различных вариантах кредитования счета (овердрафт, контокоррентный счет). Первый этап оформления перевода считается завершенным после выдачи банком перевододателя банку бенефициара платежного поручения, соответствующего поручению перевододателя.

Поручение о переводе считается принятым банком бенефициара после акцепта последним данного поручения в соответствии с условиями межбанковских корреспондентских отношений. В частности, таким условием может быть направление банком бенефициара уведомления об акцепте полученного поручения. При наличии оснований для отказа в акцепте банк бенефициара также направляет банку перевододателя соответствующее уведомление. Уведомление об отказе в акцепте должно быть отправлено не позднее следующего рабочего дня после истечения срока исполнения платежного поручения.

Международный перевод считается завершенным согласно ст. 19 Типового закона после акцепта поручения банком бенефициара в интересах бенефициара. Если денежные средства не дойдут до бенефициара после такого акцепта, то убытки ложатся на бенефициара. Соответственно и период до такого акцепта банковские риски лежат на перевододателе (плательщике). Следует также заметить, что до момента фактического исполнения банком перевододателя поручения о переводе платежное поручение может быть изменено или отозвано приказодателем (при условии своевременного извещения банка о таком изменении или отзыве).

14.3. Банковские гарантии в международных денежных обязательствах

Каждая из сторон внешнеэкономической сделки сталкивается с определенными рисками (коммерческими, валютными). В частности, для экспортера — это риск отказа импортера от платежа

после принятия товара, а для импортера — риск ненадлежащего исполнения поставки товара либо невозврат аванса. В качестве средства обеспечения обязательств по внешнеэкономическим сделкам широко используются банковские гарантии.

В международной банковской практике под гарантией понимается обязательство банка выплатить определенную денежную сумму в случае невыполнения или нарушения контрагентом условий контракта. Распространение гарантий в мировой торговле вызвали необходимость разработки определенных норм, которые устанавливали бы единые правила толкования и исполнения гарантий. Международной торговой палатой были приняты различные унифицированные правила для договорных гарантий¹. Согласно данным правилам приказодатель поручает своему банку выставить от его имени гарантию. В гарантии обычно оговаривается, что в случае предъявления контрагентом требования по данной гарантии банк вправе незамедлительно списать соответствующую сумму гарантии со специального счета приказодателя.

В тексте гарантии указываются максимальная сумма обязательства, дата вступления в силу и дата истечения действия гарантии. Величина обязательства по гарантии может быть выражена в виде процента от суммы контракта. Наряду с указанным выше вариантом, когда банк приказодателя выставляет гарантию в пользу иностранного бенефициара, может использоваться схема, при которой банк приказодателя инструктирует иностранного банк-корреспондент выставить гарантию в пользу находящегося в его стране бенефициара. По аналогии с документарными аккредитивами банковские гарантии могут быть отзывными и безотзывными. В международной банковской практике *дифференцированы три категории гарантий: по требованию/по первому требованию; условные (с документарным доказательством); условные (без доказательства) гарантии невыполнения.*

Чаще всего контрагенты, в пользу которых выставляются гарантии, стремятся оформить гарантии по первому требованию. Для использования таких гарантий достаточно одного требования бенефициара, которое не может быть затем оспорено. Более того, даже если для приказодателя очевиден факт необоснованного выставления требования бенефициаром, безусловный характер таких гарантий не позволяет ему препятствовать выполнению банком-гарантом своих обязательств.

Условные гарантии, предпочитающие наличие документального доказательства, обеспечивают приказодателю максимальную защиту, поскольку требование по гарантии должно быть всегда документально обосновано. В качестве обоснования могут быть ис-

¹ Тексты указанных документов см.: Банковские гарантии. Унифицированные правила и типовые формы / Пер. на рус. яз. М., 1996.

пользованы различные внешнеторговые документы (счета-фактуры, коносаменты, сертификаты качества и др.).

В международной практике различают множество типов банковских гарантий. Среди них: *тендерные гарантии, гарантии исполнения обязательств, авансовые гарантии, платежные гарантии, гарантии коносаменты, вексельные гарантии (аваль), таможенные гарантии, кредитные гарантии* и т. д.

Гарантия исполнения обязательств действует до полного завершения выполнения контракта. В среднем срок действия таких гарантий составляет два года. При этом в контракте и тексте гарантии должна быть указана точная дата истечения срока гарантии.

Авансовые гарантии обуславливают применение авансовых платежей во внешнеторговых расчетах. Их целью является страхование возврата аванса покупателю в случае невыполнения продавцом договорных обязательств.

Целью платежной гарантии, выставляемой в пользу поставщика, служит покрытие риска неплатежа со стороны покупателя при расчетах в форме открытого счета либо инкассо. Платеж по гарантии обычно производится против получения письменного свидетельства бенефициара о том, что он поставил товар, но не получил платеж в срок. Платежные гарантии действуют до полного погашения задолженности покупателем.

То обстоятельство, что бенефициар не представил документы к оплате по банковской гарантии, как отмечалось в решении МКАС при ТПП РФ (дело № 218/1995)¹, не освобождает покупателя от уплаты стоимости поставленного товара. По материалам дела, ответчик (покупатель) не считал себя ответственным за просрочку оплаты, поскольку платеж не был получен истцом из-за неиспользования им банковской гарантии, которая была открыта в его пользу согласно условиям внешнеэкономического контракта. По истечении срока гарантии банк восстановил на счете ответчика сумму гарантии, ранее выделенную для оплаты отгруженного товара. Получив эти средства от банка, ответчик имел возможность и был обязан произвести оплату за товар в течение разумного срока, составлявшего, по убеждению арбитража, 30 дней. По истечении указанного срока ответчик находился в просрочке по уплате денежного долга.

Гарантии подчиняются законодательству страны выставившего ее банка. Это право может существенным образом отличаться от норм и правил страны бенефициара по гарантии. Все это предполагает тщательное изучение банком-гарантом многочисленных национальных предписаний, валютно-финансовой практики и обычаев страны бенефициара.

Унифицированные правила по гарантиям, подлежащим оплате по предъявлению требования, призваны уравновесить и увязать интересы бенефициара и желание приказодателя защитить себя от необоснованных требований бенефициара. Равновесие интересов достигается благодаря содержащемуся в правилах положению, согласно которому бенефициар дополнительно к своему письменному требованию должен представить соответствующее обоснование нарушений приказодателем своих обязательств. Правила носят рекомендательный характер и могут применяться на практике только в случае, если они не вступают в противоречие с нормами того или иного национального правопорядка.

14.4. Вексель в международных расчетах

В международных расчетах применяются как простые, так и переводные векселя (тратты). Простой вексель, оформляющий обязательство импортера заплатить, может быть выдан экспортеру после подписания внешнеэкономического контракта, что, по существу, означает получение экспортером коммерческого кредита под вексель импортера. Обязательство импортера уплатить может быть оформлено векселем, который выдается экспортеру и учитывается его банком против представления соответствующих товарораспорядительных документов, что, как уже отмечалось, используется в аккредитивных формах расчетов.

Вексель выступает в качестве средства платежа и, выполняя функции денег, дает импортеру возможность оплачивать свои закупки с отсрочкой. Благодаря несложной практике передаточных надписей один и тот же вексель может быть использован для погашения нескольких денежных обязательств, что значительно ускоряет расчеты.

Используемый в расчетах вексель согласно Единообразному вексельному закону о простом и переводном векселе, утвержденному Женевской вексельной конвенцией 1930 г. (далее — ЕВЗ), определяется как *«безусловный письменный приказ, адресованный одним лицом другому, подписанный лицом, его выдающим и требующим от лица, на которое он выписан, оплатить по требованию или в указанный момент в будущем определенную сумму указанному лицу или предъявителю»*.

Форма, реквизиты, условия выставления и оплаты векселей регулируются вексельным правом. Многие страны (в том числе сначала СССР, а затем Российская Федерация) унифицировали свое вексельное законодательство на основе Женевской конвенции 1930 г. Наряду с этим в странах так называемой англо-американской системы права (не участвующих в Женевской конвенции 1930 г.) в основе регулирования вексельных отношений лежат положения английского Закона о векселях 1882 г. (с дополнения-

ми и изменениями) и Единообразного торгового кодекса США. Самостоятельную группу образуют страны, формально не присоединившиеся ни к одной из двух упомянутых систем вексельного регулирования.

В правовой литературе отмечались следующие основные различия между векселем по Женевской конвенции и «англо-американским векселем»¹. В отличие от Женевской конвенции англо-американские нормы вексельного регулирования: не устанавливают, что слово «вексель» является обязательным реквизитом векселя; допускают составление векселя на предъявителя; рассматривают чек как вид переводного векселя; предоставляют право векселедателя исключить свою ответственность не только за акцепт, но и за платеж по векселю; допускают любой способ обозначения срока платежа по векселю; используют понятие «разумный срок» при определении срока заявления к акцепту переводного векселя, подлежащего оплате в определенный срок от предъявления; не содержат положений, регулирующих отношения вексельного поручительства (авалья); устанавливают отличные от Женевской конвенции условия протеста по векселям; признают поддельный индоссамент полностью недействительным и исключающим возможность каких-либо прав добросовестного держателя векселя. По своей правовой природе вексель в странах Женевской вексельной системы представляет собой ценную бумагу, а в странах общего права он квалифицируется как оборотный документ.

В целях унификации вексельных норм и сглаживания основных различий между сложившимися системами вексельного регулирования в рамках ЮНСИТРАЛ был разработан проект Конвенции ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях. Конвенция была одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 9 декабря 1988 г.² Предметом регулирования конвенции являются международный переводной вексель, озаглавленный «*Международный переводной вексель (Конвенция ЮНСИТРАЛ)*» и международный простой вексель, озаглавленный «*Международный простой вексель (Конвенция ЮНСИТРАЛ)*». Указанные векселя представляют собой такие векселя, в которых названы по крайней мере два из нижеперечисленных реквизитов (причем любые два из этих реквизитов (мест) привязаны к территории различных государств): место выставления векселя; место, указанное рядом с подписью векселедателя; место, указанное ря-

¹ См., например: Луиц Л. А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 345—349.

² См.: Резолюции и решения, принятые Генеральной Ассамблеей на 43-й сессии. 20 сентября — 22 декабря 1988 г. Нью-Йорк, 1988. Текст Конвенции см.: Международное частное право в документах. Т. 1. Финансы. Валюта. Налоги. М., 1996. С. 66-101.

дом с наименованием плательщика; место, указанное рядом с наименованием получателя; место платежа. Конвенция также устанавливает, что место выставления векселя либо место платежа названо в векселе и что такое место находится в стране — участнице Конвенции. Подписанная рядом государств (в том числе Россией 30 июня 1990 г.), Конвенция пока не вступила в силу (для вступления в силу требуется 10 ратификаций либо присоединений).

ЕВЗ регулирует следующие вопросы: составление и форма векселя, процентная оговорка, сроки платежа и сроки для предъявления векселя к оплате, пролонгация векселей, оплата векселя в иностранной валюте, индоссамент, акцепт, аваль, протест в неплатеже, сроки для совершения протеста в неплатеже, иски в случае неакцепта или неплатежа, сроки исковой давности, посредничество и другие вопросы международного вексельного оборота.

Вексель представляет собой строго формальный документ, содержащий исчерпывающий перечень реквизитов. Переводной вексель должен содержать: наименование «вексель», включенное в самый текст документа и выраженное на том языке, на котором этот документ составлен (*вексельная метка*); простое и ничем не обусловленное предложение уплатить определенную сумму; наименование того, кто должен платить (плательщика); указание срока платежа; указание места, в котором должен быть совершен платеж; наименование того, кому или приказу кого платеж должен быть совершен (получателя, ремитента); указание даты и места составления векселя; подпись того, кто выдает вексель (векселедателя). Аналогичные реквизиты содержит простой вексель. Векселедатель по простому векселю обязан так же, как и акцептант по переводному векселю.

Простой вексель — осуществленное в письменной форме и ничем не обусловленное обязательство векселедателя (должника) уплатить определенную сумму денег в определенный фиксированный срок и в определенном месте векселедержателю или его приказу. *Переводной вексель (тратта)* представляет собой письменный документ, содержащий безусловный приказ векселедателя (должника) плательщику уплатить определенную сумму денег в определенный фиксированный срок и в определенном месте векселедержателю (получателю) или его приказу. Лицо, которое выдает переводной вексель, получило название *трассант*. Лицо, на имя которого выписан переводной вексель и которое должно уплатить по векселю, называется *трассатом*. Лицо, которое должно получить деньги по векселю, — *ремитент*.

Таким образом, различие между простым и переводным векселями состоит в том, что простой вексель оформляется и подписывается лицом, которое дает обещание выполнить платеж (импортером), и отправляется получателю платежа (экспортеру). Переводной вексель выписывается экспортером и отсылается

импортеру, от которого ожидается, что он акцептует и в последующем оплатит этот вексель. Поскольку простые векселя не требуют акцептования, на них не распространяются правила, касающиеся акцепта.

Для подтверждения обязательства трассата уплатить в срок по векселю трассат представляет переводной вексель трассату или через банк для акцепта. Трассат, письменно подтверждая свое согласие произвести платеж по векселю, совершает акцепт векселя (пишет слово «акцептовано» и подписывается с проставлением даты) и тем самым становится *акцептантом векселя*. До момента акцепта векселедатель переводного векселя и плательщик не связаны между собой вексельными правоотношениями. Их связывают лишь общегражданские правоотношения, вытекающие из сделки. Согласно ст. 1 ЕВЗ предъявление векселя к акцепту должно состояться в месте нахождения плательщика в любое время до наступления срока платежа (если срок акцепта специально не оговорен в векселе).

Индоссамент (передаточная надпись) может быть совершен в пользу любого лица, как обязанного, так и не обязанного по векселю. По форме он должен быть простым и ничем не обусловленным. Всякое ограничивающее его условие считается ненаписанным. Индоссамент бывает *именным* и *бланковым*. Именной индоссамент содержит точное указание лица, в пользу которого индоссируется вексель; бланковый индоссамент состоит лишь из одной подписи индоссанта. Индоссамент должен располагаться на обороте векселя или на добавочном листе, именуемом «*аллонж*». Индоссамент переносит все права и обязательства, вытекающие из векселя, с индоссанта, т. е. лица, совершающего индоссамент, на *индоссатора*, т. е. лица, в пользу которого совершается индоссамент.

Вексельные нормы предусматривают специальное *вексельное поручительство — аваль*, посредством которого гарантируется платеж по векселю (полностью или частично). Аваль может быть дан за любое ответственное по векселю лицо. При отсутствии указания, за кого дается аваль, он считается данным за векселедателя. Авалист отвечает в том же объеме, что и лицо, за которое он дал аваль. Оплачивая вексель, авалист приобретает права, вытекающие из векселя, в отношении того, за кого он дал поручительство, и против тех, кто в силу векселя обязан перед тем, за кого дано поручительство.

Вексель может быть выдан сроком: *по предъявлении; во столько-то времени от предъявления; во столько-то времени от составления; на определенный срок*. Векселя сроком по предъявлении оплачиваются при их предъявлении и должны быть предъявлены к платежу в течение одного года со дня их составления. Векселедержатель должен строго соблюдать данное требование, так как

просрочка в предъявлении векселей к платежу освобождает всех обязанных по ним лиц, за исключением трассата. Держатель векселя на определенный день или во столько-то времени от составления или предъявления должен предъявить вексель к платежу либо в день, когда он должен быть оплачен, либо в один из двух следующих рабочих дней. Надлежащая оплата векселя погашает все вексельные обязательства.

Исковые требования, вытекающие из векселя против акцептанта, погашаются истечением трех лет со дня срока платежа. Исковые требования векселедержателя против индоссантов и трассанта погашаются истечением одного года со дня протеста, совершенного в установленный срок. Исковые требования индоссантов друг к другу и к трассанту погашаются истечением шести месяцев, считая со дня, в котором индоссант оплатил вексель, или со дня предъявления к нему иска.

Сумма векселя должна обозначать определенную сумму денег, т. е. законного платежного средства какого-либо государства. *Оплата векселя должна совершаться, как правило, в той валюте, в которой выражена сумма векселя.* Вместе с тем вексельные законы содержат специальные положения относительно оплаты векселей, сумма которых выражена в иностранной валюте (т. е. валюте, иностранной для места оплаты векселя). В соответствии с ЕВЗ если вексель выписан в валюте, не имеющей хождения в месте платежа, то сумма его может быть уплачена в местной валюте по курсу на день наступления срока платежа. Если должник просрочил платеж, то векселедержатель может, по своему усмотрению, потребовать, чтобы сумма векселя была выплачена в местной валюте по официальному курсу либо на день наступления срока платежа, либо на день произведенного платежа. Курс иностранной валюты определяется согласно обычкновениям, действующим в месте платежа, однако держатель может обусловить, что подлежащая оплате сумма будет исчислена по курсу, обозначенному в векселе.

В случае если векселедержатель обусловил, что платеж должен быть совершен в определенной, указанной в векселе валюте (*оговорка эффективного платежа в какой-либо иностранной валюте*), вышеуказанные правила вообще не применяются, т. е. платеж должен быть совершен в обозначенной в векселе иностранной валюте и, следовательно, вопрос о курсе вообще не возникает (ст. 41 ЕВЗ). Поскольку предусмотренное правило о платеже в иностранной валюте затрагивает вопросы, которые регулируются национальным валютным законодательством, Женевская вексельная конвенция 1930 г. (ст. 7 Приложения № 11) предусматривает важную оговорку, согласно которой каждая страна — участница Конвенции имеет право, если сочтет это нужным, в исключительных обстоятельствах, касающихся курса валюты этого государства, отступить

от условия, предусмотренного в ст. 41 в отношении эффективного платежа в иностранной валюте по векселям с платежом на ее территории или составленным на ее территории.

Права требования, вытекающие из векселя, могут быть реализованы в течение срока исковой давности. Исковые требования против акцептанта (независимо от того, был опротестован вексель или нет) или векселедателя простого векселя и их авалистов погашаются истечением трех лет со дня срока платежа. Исковые требования держателя против индоссантов, трассанта и их авалистов погашаются истечением одного года со дня протеста, совершенного в установленный срок или со дня срока платежа, в случае оговорки об обороте без издержек. Исковые требования индоссантов друг к другу и к трассанту погашаются истечением шести месяцев, считая со дня, в который индоссант оплатил вексель, или со дня предъявления к нему иска.

Для разрешения коллизий по вексельным правоотношениям в системе Женевской вексельной конвенции предназначена упоминавшаяся выше Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях 1930 г.¹ Согласно ст. 10 Конвенции каждая из стран-участниц сохраняет за собой право не применять содержащиеся в Конвенции принципы в отношении обязательств, принятых вне территории стран-участниц, и законов, подлежащих применению согласно коллизионным нормам Конвенции, но не являющихся законами стран-участниц.

В Конвенции сформулирован ряд международно-правовых коллизионных норм. Способность лица обязываться по переводному или простому векселю определяется его национальным законом. В случае если национальный закон отсылает к закону другой страны, применяется этот последний закон. Лицо, не обладающее способностью обязываться по векселю согласно определенному таким образом закону, тем не менее несет ответственность, если подпись была совершена на территории страны, по законодательству которой это лицо обладает такой способностью. Форма, в которой приняты обязательства по переводному или простому векселю, определяется законом той страны, на территории которой эти обязательства были подписаны. Конвенция наделяет страны-участницы правом устанавливать правило, что обязательства, принятые по переводному или простому векселю кем-либо из ее граждан за границей, будут действительны в отношении другого ее гражданина на ее территории, если только эти обязательства приняты в форме, предусмотренной национальным законом. Обязательства акцептанта переводного векселя или

¹ Текст Конвенции см.: Международное частное право. Действующие нормативные акты. М., 1999. С. 380—385.

лица, подписавшего простой вексель, подчиняется закону места платежа по этим документам. Обязательства других лиц, обязанных по векселю, определяются по закону страны места подписания ими своих обязательств.

Сроки на предъявление иска в порядке регресса определяются для всех лиц, поставивших свои подписи, законом места составления документа. Приобретение держателем переводного векселя права требования, на основании которого выдан документ, решается по закону места составления документа. Форма и сроки протеста, а также форма других действий, необходимых для осуществления или сохранения прав по векселю, определяются законами той страны, на территории которой должен быть совершен протест или соответствующие действия. Меры, которые следует принять в случае утраты или похищения векселя, определяются законом страны платежа по векселю.

Федеральный закон «О переводном и простом векселе» от 21 февраля 1997 г. установил, что в соответствии с международными обязательствами Российской Федерации, вытекающими из ее участия в Женевской конвенции от 7 июня 1930 г., на территории РФ применяется Постановление ЦИК и СНК от 7 августа 1937 г. № 104/1341 «О введении в действие Положения о переводном и простом векселе»». Данное Положение воспроизводит рассмотренное выше содержание ЕВЗ с небольшими изменениями. Одно из них касается формы вексельного поручительства (авалья). Статья 31 ЕВЗ устанавливает, что аваль дается на переводном векселе или на добавочном листе. Статья 31 Положения предусматривает еще и передачу авалья на отдельном листе с указанием места его выдачи. Другое изменение связано с механизмом предъявления тратты к платежу. Так, в ст. 38 ЕВЗ указано, что предъявление переводного векселя в расчетную палату равносильно предъявлению к платежу, однако Положением такого органа не предусмотрено. Еще одно различие относится к содержанию требований remitenta в случае предъявления им иска в связи с неакцептом или неплатежом. В ст. 48 Положения установлено, что векселедержатель может требовать от того, к кому он предъявляет иск: 1) сумму переводного векселя, не акцептованную или не оплаченную, с процентами, если они были обусловлены; 2) проценты в размере шести со дня срока платежа; 3) издержки по протесту, издержки посылке извещения, а также другие издержки. Все перечисленные изменения касаются не только переводного, но и простого векселя.

В ст. 3 Федерального закона о переводном и простом векселе установлено, что в отношении векселя, выставленного к оплате и подлежащего оплате на территории РФ, проценты и пени, указанные в ст. 48 и 49 Положения, выплачиваются в размере учетной ставки, установленной Центральным банком РФ по прави-

лам, установленным ст. 395 ГК РФ. Данные правила предусматривают, что размер процентов определяется ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства. При взыскании долга в судебном порядке суд может удовлетворить требование кредитора, исходя из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или на день вынесения решения.

МКАС при рассмотрении иска о неоплате векселей (дело № 383/1994)¹ констатировал, что вексель представляет собой самостоятельный документ и является основой возникновения абстрактных денежных обязательств. Поэтому споры, вытекающие из вексельных отношений, могут рассматриваться МКАС только при наличии специального арбитражного соглашения. В связи с отсутствием такого соглашения МКАС не удовлетворил ходатайство ответчика о привлечении в качестве соответчика банка, не выполнившего указания об оплате векселей. Судом было отмечено, что спор вытекает из договора купли-продажи, а банк не является стороной этого договора.

14.5. Чек в международных расчетах

Другой ценной бумагой (наряду с векселем), получившей распространение в международных расчетах, является чек. Чек относится к денежным документам строго установленной формы и содержит приказ владельца банковского счета (чекодателя) банку о выплате держателю чека означенной в нем суммы денег по предъявлению чека или в течение срока, установленного законодательством. Правовые нормы, регулирующие использование чеков при международных расчетах, были унифицированы в 1931 г., когда были подписаны Женевская конвенция о единообразном законе о чеках (далее — Единообразный закон о чеках)² и Женевская конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках 1931 г. (далее — Женевская конвенция о коллизиях)³. СССР и затем Россия к указанным конвенциям не присоединились.

На чеке должны быть необходимые реквизиты, отсутствие которых может привести к признанию чека недействительным и не подлежащим оплате. Чек — строго формальный документ. В соответствии с Женевской конвенцией к основным обязательным его реквизитам относятся: наименование «чек» (на том языке, на котором составлен документ), простое и ничем не обусловленное

¹ См.: Практика МКАС... С. 152.

² См.: Международное частное право. Сборник нормативных документов. М., 1994. С. 438-454.

³ См.: Международное частное право. Действующие нормативные акты. М., 1997. С. 306-309.

предложение уплатить определенную сумму, наименование плательщика, наименование места (банка), в котором должен быть совершен платеж, указание даты и места составления чека, подпись чекодателя. Российское Положение о чеках (принято постановлением Верховного Совета РФ 1992 г. № 2349-1) определяет следующие обязательные реквизиты чека: наименование документа чеком (чековая метка); чековый приказ, т. е. не обусловленное никакими оговорками предложение чекодателя плательщику произвести уплату определенной денежной суммы предъявителю чека либо лицу, указанному в чеке в качестве получателя, или его приказу; чековый приказ должен быть безусловным, т. е. чекодатель не должен связывать платеж с предъявлением держателем чека каких-либо документов или выполнением каких-либо обязательств под угрозой признания чека недействительным; обозначение плательщика с указанием счета, с которого будет производиться платеж (плательщиком по чеку может быть только банк либо иное кредитное учреждение); сумма чека; дата и место составления чека; подпись чекодателя.

Чек не служит инструментом кредитования, и всякое указание о процентах в чеке считается ненаписанным. Чек оплачивается по предъявлении. Срок его обращения ограничен: чек, который оплачивается в стране его выставления, должен быть предъявлен к платежу в течение восьми дней; если выставление чека и его оплата происходит в разных странах, то чек должен быть предъявлен к оплате в течение двадцати дней. При этом если место выставления чека и место платежа находятся в разных частях света, то срок предъявления чека к оплате не должен превышать семьдесят дней.

Последнее условие не распространяется на чековое обращение между странами Европы и средиземноморскими странами, т. е. в данном случае срок предъявления чека к оплате не должен превышать двадцати дней (ст. 29 Единообразного закона о чеках).

Если чек выписан в валюте, не имеющей хождения в месте платежа, его сумма может быть уплачена в пределах срока для предъявления чека в местной валюте по курсу на день наступления срока платежа. Если платеж не был осуществлен по предъявлении, то держатель чека может по своему усмотрению потребовать, чтобы сумма чека была выплачена в местной валюте по курсу либо на день наступления срока платежа, либо на день платежа. Курс иностранной валюты определяется согласно обычным, действующим в месте платежа. Чекодатель может обусловить, что подлежащая платежу сумма будет исчислена по курсу, обозначенному в чеке. Указанные правила согласно Единообразному закону о чеках не применяются в случае, когда чекодатель обусловил, что платеж должен быть совершен в опре-

деленной указанной в чеке валюте (оговорка эффективного платежа в какой-либо иностранной валюте).

Чек относится к категории оборотных документов, т. е. для передачи прав по чеку другому лицу нет необходимости прибегать к цессии, они могут быть переданы посредством передаточной надписи — индоссамента, проставляемого на оборотной стороне чека.

Платеж по чеку может быть гарантирован любым другим лицом, кроме плательщика по чеку. Гарантия выражается словами «аваль», «гарантирован» и сопровождается подписью авалиста—лица, принявшего на себя ответственность за платежи. По российскому праву аваль регулируется теми же положениями, что и поручительство, т. е. речь идет о чековом поручительстве.

Для выбора применимого правопорядка в чековых правоотношениях с иностранным элементом была принята конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках. Способность лица обязываться по чеку определяется его национальным законом. Однако лицо, подписавшее чек на территории иностранного государства и признанное способным обязываться по законодательству этого государства, несет ответственность независимо от положений его национального закона. Закон страны, где чек оплачивается, определяет лиц, на которых чек может быть выставлен. Форма, в которой приняты обязательства по чеку, определяется законом той страны, в которой эти обязательства были подписаны. Тем не менее достаточно, если соблюдена форма, предписанная законом места платежа. Закон страны, на территории которой были приняты обязательства, вытекающие из чека, определяют действие таких обязательств.

Закон страны, где должен быть оплачен чек, определяет: подлежит ли чек оплате по предъявлению; срок для представления; может ли чек быть акцептован; может ли держатель потребовать частичный платеж; может ли чекодатель отозвать чек; меры, которые должны быть приняты в случае утери или кражи чека. Форма и сроки протеста и других действий, необходимых для осуществления или сохранения прав по чеку, определяются законом той страны, на территории которой должен быть совершен протест и соответствующее действие.

Основываясь на нормах указанной конвенции, МКАС признал применимым чековое законодательство ФРГ для определения, было ли надлежащим поведение германского чекодателя, выставившего чек для оплаты в ФРГ товара, поставленного ему по контракту международной купли-продажи (дело № 309/1995)¹. При этом чек не был оплачен банком, на который он был выписан, и был отозван чекодателем. Спор рассматривался в связи

с иском российской организации к германской фирме об оплате товара и о возмещении убытков, вызванных неоплатой банком ответчика предъявленного истцом через российский банк чека, выставленного указанной германской фирмой. Придя к выводу, что истец действовал не в соответствии с предписаниями чекового законодательства ФРГ, а ответчик их не нарушил, МКАС отказался удовлетворить иск в части возмещения убытков, вызванных заключением истцом договора с банком о реализации чека.

По материалам дела чек был выставлен в ФРГ с платежом на территории этой страны. Суд учитывал возникшие между сторонами правоотношения по чеку, руководствовался применимой коллизонной нормой п. 5 ст. 166 Основ гражданского законодательства 1991 г., принял во внимание ст. 5 рассмотренной Конвенции о коллизиях по чековым отношениям 1931 г. (в которой участвует ФРГ). На основании этих нормативных положений МКАС пришел к выводу, что обязательства, вытекающие из чека, определяются по закону страны, на территории которой такие обязательства были приняты, т. е. в данном случае правом ФРГ. Законодательство ФРГ, регулирующее чековое обращение, унифицировано в соответствии с Конвенцией, устанавливающей единообразный Закон о чеках 1931 г. Статья 29 данного Закона предусматривает, что чек, который оплачивается в стране его выставления, должен быть предъявлен к платежу в течение восьми дней. При этом в соответствии со ст. 32 Закона отзыв чека действителен только после истечения срока для его предъявления. Российская сторона предъявила чек к оплате значительно позже установленного срока, а ответчик воспользовался своим правом на отзыв чека правомерно. Поэтому суд не считал возможным рассматривать убытки истца как возникшие по вине ответчика.

Глава 15. ВНЕДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

15.1. Коллизионно-правовое регулирование внедоговорных обязательств в современном международном частном праве

Научно-технический прогресс, с одной стороны, способствует расширению материальной и физической сферы деятельности человека (изобретение новых средств транспорта и коммуникаций, коммерческое освоение космоса, морского дна и т. п.), с другой—придает современной трансграничной практике небывалый размах, обуславливает интенсивность миграции населения и связанных с этим процессов, порождает в связи с этим разнообразные деликтные отношения. При этом часто последствия деликта, совершенного на территории одного государства, проявляются в пределах другой юрисдикции (так называемые «трансграничные правонарушения»). Представим себе, что находящееся в Венгрии предприятие сбросило в Дунай промышленные отходы, а крестьянские хозяйства Румынии, Болгарии или Молдовы, находящиеся за сотни километров ниже по течению, использовали эту воду для полива. Качество сельскохозяйственной продукции в этом случае резко ухудшается. Таким образом, вредоносный эффект действия, совершенного в одной стране, наступает в другой.

В данной области международного частного права действует основной и весьма устойчивый принцип — коллизии рассматриваются по месту причинения вреда, т. е. по закону государства, на территории которого совершено действие, послужившее основанием для предъявления требования. Иными словами, речь идет о законе места совершения деликта — *lex loci delicti commissi*. Этот принцип в течение веков был основополагающим в области определения ответственности за причинение ущерба, если он возник в результате каких-либо противоправных действий, имеющих международный характер¹.

Вместе с тем в ходе осуществления разнообразного международного сотрудничества хозяйствующих субъектов нередко имеет место страхование всевозможных рисков, призванное обеспечить защиту интересов владельцев и пользователей соответствующих благ, а также любых третьих лиц, либо образуется взаимосвязь отношений по причинению вреда с отношениями, возникающими из договоров и т. д., что обуславливает их подчинение, как правило, особым коллизионным формулам прикрепления. Поэтому

¹ Э. Рабель в своем труде «Коллизии законов» писал, что в деликтном праве *lex loci delicti commissi* является универсально воспринятым принципом в результате подтвержденности на практике его преимуществ.

в настоящее время указанный принцип уже нельзя считать единственно возможным и приемлемым при рассмотрении различных ситуаций причинения вреда в международных частноправовых отношениях. Изменения, произошедшие в коллизионном регулировании деликтных отношениях, А. Эренцвейг назвал настоящей революцией и «развенчанием» принципа *lex loci delicti commissi*¹.

В середине XX в. американские юристы предложили свой подход определения права в деликтных отношениях, основанный на оценке заинтересованности государства («учета интереса») в применении своего или чужого правопорядка.

Предложенные американской правовой наукой правила как бы «взвешивают» интересы государств при применении права того или иного государства, а также исходят из гипотезы о том, какой правопорядок был бы в наибольшей мере подорван неприменением его права. Короче говоря, это схоже с отысканием «собственного права деликта» (*Proper Law*). В настоящее время новый подход к коллизионному регулированию деликтных отношений в США закреплен в ст. 145 и следующих «Свода коллизионного права-II».

Система, предложенная американской школой международного частного права, хотя и не смогла заменить на континенте старый коллизионный принцип взаимосвязи отношения и закона места причинения вреда, вместе с тем оказала известное влияние на появление исключений из него в европейских странах и некоторых других странах. Одни исключения касались особого характера действий (например, неосновательное обогащение или диффамация—распространение не соответствующих действительности сведений), другие были обусловлены тем, что принцип *lex loci delicti commissi* не указывает на наиболее тесно связанное с данным отношением право. В последних случаях личный закон участников отношения или право, регулирующее договорное отношение по существу, если деликт связан с каким-либо контрактом, выступают в качестве более целесообразной альтернативы.

Указанные концепции получили отражение в крупных кодификациях международного частного права: в Австрии —в Законе о международном частном праве 1978 г., Югославии —в Законе международного частного права 1982 г., Швейцарии —в Законе о международном частном праве 1987 г., новом регулировании по международному частному праву ФРГ во Вводном законе к ГГУ, Законе о международном частном праве 1998 г. Грузии и др.

Для решения вопроса о применимом праве, если в отношении участвуют юридические лица, используется признак местонахождения административного центра, вовлеченного в деликт юри-

¹ См.: *Ehrenzweig A. Private International Law. Comparative Research of American International Conflict Law. Leyden - New-York. Vol. I—III. 1972, 1973, 1977.*

дического лица или его отделения. Если же сторонами деликтного отношения, совершенного за границей, признаны граждане одного государства, как правило, применяется закон гражданства этих лиц (Италия, Греция, Бельгия, Германия, Алжир, Монголия, Вьетнам и др.).

Законодательство некоторых стран достаточно подробно регламентирует отношения деликтной ответственности. Так, венгерский Закон о международном частном праве 1979 г. в случаях, когда и причинитель вреда, и потерпевшая сторона domiciliрованы в одном государстве, устанавливает, что применяется право этого государства (п. 3 § 32). Иными словами, основной критерий в подобной ситуации — не гражданство лиц, а место их постоянного жительства (домиль). Общий же коллизионный принцип венгерского права заключается в том, что применяется закон, действующий в месте совершения действия или бездействия в момент причинения вреда. Правда, п. 2 § 32 устанавливает возможность подчинения закону страны, где возник вред. Если же в соответствии с правом страны, в которой произошло действие или бездействие, причинившее вред, ответственность наступает в зависимости от вины делинквента, деликтоспособность причинителя вреда может обсуждаться как по личному закону делинквента, так и по закону места совершения действия (п. 4 § 32). Вопрос о признании поведения, нанесшего вред, противоправным с точки зрения правил дорожного движения или иных норм безопасности, решается по праву страны, в которой имело место такое поведение (п. 1 § 33).

Если действие или бездействие имели место на зарегистрированном транспортном средстве или воздушном судне, причинение вреда и его последствия вне национальной юрисдикции подчиняются праву государства, флаг которого в момент причинения вреда носило данное транспортное средство. Как и многие другие государства, Венгрия не устанавливает ответственность за поведение и действия, которые национальный закон не считает противоправными, либо те, которые не известны венгерскому правопорядку (§ 34).

Примером страны, правовая система которой достаточно жестко следует традиционному принципу *lex loci delicti commissii*, является Испания с теми закономерными оговорками, которые обусловлены ее участием в Европейском союзе и соответствующих международных конвенциях, как, например, Гагская конвенция о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям, 1971 г. и др.

Во Франции коллизионной нормой, определяющей применимое к деликту право, признана *lex loci delicti commissii* — закон места совершения действия и причинения вреда. Суды этой страны стремятся применить национальное право как в случаях, ко-

гда вред причинен на французской территории, так и тогда, когда налицо только последствия такого действия. В судебной практике Франции отсутствуют решения по вопросу о том, может ли сторона выбирать применимое к деликту право.

Иным образом обстоят дела в ФРГ. Основная коллизийная норма, традиционно использовавшаяся в деликтных отношениях, предписывает применение закона места совершения действия (деликта). Наряду с этим германское право различает такие понятия, как «Handmngsort» и «Erfolgort» («место действия» и «место результата»). Если место действия и место результата находятся в разных государствах, немецкий суд (судья) по своей инициативе применит правопорядок, в наибольшей степени благоприятный для защиты потерпевшей стороны. Потерпевшая сторона может и сама выбирать тот или иной из двух законов. *Lex loci delicti commissii* не применяется и тогда, когда и делинквент, и потерпевшее лицо в момент причинения вреда проживают в одной и той же стране. В таких ситуациях применяется право данного государства.

Подобное регулирование в рассматриваемой области ощущалось как явно недостаточное. С 1993 г. в ФРГ берут начало проектные работы по формированию системы коллизийно-правового регулирования внедоговорных отношений. Цель разрабатываемых норм — уточнить существующее положение и выработать некоторые специальные правила в отношении специфических видов правонарушений. И хотя *lex loci delicti commissii* по-прежнему оставался основным коллизийным правилом, сторонам предоставлялось право выбрать применимое к деликту право, которое не должно наносить ущерба правам третьих лиц. Предлагались также и исключения: из общего принципа *lex loci delicti*. Так, если какой-либо иной правопорядок более тесно связан с правонарушением, применяется последний. Факторами, обуславливающими такую связь, признаются договорные отношения между делинквентом и потерпевшим или местожительство обеих сторон в одном государстве.

В первом из указанных случаев правопорядок, регулирующий договорные отношения, квалифицируется в качестве подлежащего применению права и в части деликтного отношения. В другой ситуации обстоятельством, исключающим закон места причинения вреда, признается закон государства, в котором проживают стороны деликтного отношения. Если «место действия» «и место результата» находятся в разных странах, потерпевшей стороне предоставляется возможность выбрать правопорядок, в соответствии с которым будет предъявляться требование о возмещении вреда. 21 мая 1999 г. в Германии был принят Закон о международном частном праве для внедоговорных обязательственных и вещных отношений, с 1 июня 1999 г. вступивший в силу и ин-

корпорированный во Вводный закон к ГГУ (ст. 38—46), а Законом от 27 июня 2000 г. во Вводный закон была внесена ст. 29а в связи с защитой прав потребителя и произведены необходимые изменения соответствующих его статей, касающихся договорных отношений.

Таким образом, действующая сегодня в ФРГ регламентация внедоговорных отношений оперирует значительным разнообразием принципов, в том числе и коллизионных: во-первых, привязкой к закону места совершения деликта (*lex loci delicti commissi*), при этом применяется особая ее разновидность, специфичная для не-«мецкого права», — подчинение отношений в связи с «недозволенными действиями» праву того государства, в котором «обязанное предоставить возмещение лицо действовало» (п. 1 ст. 40 Вводного закона ГГУ); во-вторых, законом «существенно более тесной связи», которая может вытекать из особого характера обязательно-правового или фактического отношения сторон или обычного места пребывания участников в одном и том же государстве в момент события, имеющего правовое значение (ст. 41); в-третьих, ссылкой регулирования по требованию потерпевшего к праву того государства, в котором наступил результат неправомерного («недозволенного») действия (п. 2 ст. 40); в-четвертых, выбором применимого права сторонами внедоговорного отношения (ст. 42).

К двум видам отношений — ведение чужих дел без поручения и неосновательное обогащение — применяются специальные коллизионные правила. В частности, требования из неосновательного обогащения вследствие произведенного исполнения определяются по праву, применимому к правоотношению, с которым связано исполнение. Притязания в результате посягательств на охраняемый интерес подчиняются праву того государства, в котором произошло посягательство. Во всех иных случаях действует общая привязка к праву страны, в которой произошло неосновательное обогащение (ст. 38). Определению применимого права в случае ведения чужих дел без поручения свойственны две привязки: к праву государства, в котором осуществлялась деятельность, а в отношении требований, возникающих в результате исполнения чужого обязательства, — к праву того государства, которое регулирует указанное обязательство (ст. 39).

С конца XIX в. английские и шотландские суды, а также суды Северной Ирландии в процессе рассмотрения исков из правонарушений, совершенных за границей, при определении прав и обязанностей сторон ссылаются на закон суда (*lex fori*). В решении судьи Уиллса по делу «Филипс против Эйр» (1870 г.) говорится: «Как общее правило, в случаях, когда следует отыскать основание для подачи в Англии иска, вытекающего из причинения вреда за границей, должны быть соблюдены два условия: во-первых, деяние должно быть противоправным с точки зрения англ-

лийского права, как если бы оно было совершено в Англии, во-вторых, действие не должно допускаться и по праву страны, где оно было совершено». Это первая часть конструкции. Кроме того, деяние должно обладать таким противоправным характером, который обуславливал бы возможность предъявления гражданско-правовых требований одновременно как по закону суда, так и по закону места причинения вреда. При этом следует обратить внимание на то, что в Великобритании действует довольно разветвленная и сложная система квалификации противоправных деяний, которая оперирует различными категориями (*torts*, *negligence*, *gross negligence*, *delict* сеноавонарушения, неосторожности, небрежности, деликты), и соответственно дифференциации исков, основанной на правовой природе конкретного действия¹.

В третьей части Закона Великобритании о международном частном праве (некоторые положения) 1995 г. сформулирован ряд новых правил урегулирования деликтных отношений. Проанализированные выше принципы старого «общего права» были обновлены по принципу принципов других европейских стран (Германия, Нидерланды и др.). Главным принципом становится *lex loci delicti commissii*. Закон не предоставляет сторонам выбора применимого права, однако содержит исключения из основного правила. Так, если определенные факторы обусловили более тесную связь данного правонарушения с иным законом, нежели право места его совершения, именно он и применяется при условии, что такой правопорядок в значительно большей степени соответствует данному отношению, нежели *lex loci delicti commissii*. К числу таких обстоятельств можно отнести договорные отношения, постоянное местожительство или местонахождение, а также любые иные факторы, относящиеся к событию, его последствиям и т. д.

Избранный правопорядок компетентен также ответить на вопрос, имел ли место деликт либо правонарушение. Кроме того, по этому же закону определяется также факт противоправности деяния. Квалификацию понятий, возникающих в деликтных отношениях в связи с исковыми требованиями, дают компетентные учреждения, разбирающие дело (ст. 9).

Швейцарский Закон о международном частном праве довольно подробно и нестандартно регулирует деликтные отношения. Так, согласно ст. 132 стороны после наступления события могут согласовать, что применению подлежит право страны суда. В отношении требований, обусловленных из дорожно-транспортных происшествий, согласно положениям ст. 134 применяется Гагская конвенция 1971 г. Если причинитель вреда и потерпевший имеют общее место-

¹ Подробнее см.: *Dacey A. K, Morris J. H. C. Conflict of Laws. L, 1973. P. 909—918, 926, 945; Луц Л. А. Курс международного права. М., 1975. С. 363—364.*

жительство в одном государстве, подлежит применению правопорядок последнего. Если же у них нет общего места жительства, применяется общий коллизионный принцип — *lex loci delicti commissi*. Претензии, обусловленные наступлением вредоносного результата действий, которые были совершены в другом государстве, разрешаются на основе правопорядка этого государства.

Говоря о новейших международных тенденциях правового регулирования деликтных отношений, отметим все более частое использование альтернативных коллизионных норм, в силу которых по выбору потерпевшего деликтные обязательства подчиняются либо праву места возникновения вреда, либо закону места совершения правонарушения (ст. 32 венгерского Закона о международном частном праве, § 133 Закона о международном частном праве Швейцарии). Свод законов международного частного права США рекомендует использовать в подобных ситуациях названные принципы, а также учитывать место жительства (закон гражданства) (§ 145).

15.2. Международно-правовое регулирование деликтных и иных внедоговорных отношений

Одним из первых значительных многосторонних международных договоров, разрешивших наряду с прочими коллизионные вопросы деликтных отношений, был Кодекс Бустаманте. Правда, будучи порождением своего времени, этот акт еще не мог предвидеть процессов столь бурного развития техники, науки, технологии, которые обусловили актуальность проблем разграничения категорий «места действия» и «места вредоносного эффекта». Соответственно подходы, закрепленные в нем, основывались на традиционных и типичных коллизионных привязках, которые исходили из принципа *lex loci actus*.

Так, ст. 167 Кодекса гласит: «Обязательства, возникающие из преступлений или правонарушений, регулируются тем же законом, что и преступление или правонарушение, из которых они возникли». «Обязательства, возникшие из действий или упущений, совершенных виновно или по небрежности, которые не наказуемы по закону, регулируются законом места происхождения небрежности или вины, которые привели к возникновению обязательств» (ст. 168). Следует отметить развернутый характер регулирования, содержащегося в Кодексе, применительно к различным аспектам обязательств из причинения вреда. В частности, оно предусматривает основы разрешения коллизий в том, что касается природы и последствий разнообразных видов обязательств, равно как и их прекращения, определяя, что все это подчиняется закону, который регулирует само обязательство; доказательства по обязательствам в части их признания и размера также определя-

ются законом самого обязательства; в изъятие из общих правил о подчинении деликтного обязательства правопорядку места его совершения ст. 170 Кодекса Бустаманте устанавливает, что в случаях, если обязательство из причинения вреда должно быть погашено платежом денежных сумм, к условиям, а также валюте платежа применяется закон места производства платежа. Тот же закон регулирует судебные расходы по принудительному осуществлению платежа.

В современной практике определенные аспекты отношений по причинению вреда все больше регулируются международными договорами.

Проиллюстрируем специфику регулирования деликтных отношений на основе региональных международно-правовых актов стран СНГ: Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. и Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г., заключенного в Киеве.

В арбитражном суде РФ рассматривалось дело по иску белорусской компании к российскому акционерному обществу о взыскании убытков в связи с выплатой пенсии работнику истца—инвалиду II группы. Как следует из материалов дела, истец выплатил пенсионные суммы Гродненскому фонду социальной защиты в связи с причинением увечья своему работнику. Производственная травма причинена работнику истца на территории Республики Беларусь по вине ответчика, допустившего выпуск трактора с конструкционным недостатком. У ответчика и истца отсутствуют договорные отношения. Суд применил к спорному отношению п. «ж» ст. 11 Киевского соглашения 1992 г., который гласит: «Права и обязанности сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по законодательству, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда». Арбитражный суд исследовал вопрос о применимом праве и сделал вывод, что для решения данного спора должно применяться белорусское материальное право в силу того, что производственная травма причинена работнику истца на территории Беларуси.

Таким образом, в п. «ж» ст. 11 Киевского соглашения закреплен основой коллизионный принцип *lex loci delicti commissi* (аналогичное правило закреплено в ст. 42 Минской конвенции). Его действие ограничивает право, применимое к договорным обязательствам, если причинение вреда связано с договором или иными правомерными действиями.

Между Россией и другими государствами заключено немало двусторонних договоров о правовой помощи, в которых отражена и коллизионно-правовая регламентация внедоговорных отношений.

В большинстве современных договоров (например, в договорах с Польшей от 16 сентября 1996 г., с Египтом от 23 сентября* 1997 г., с Индией от 3 октября 2000 г., с Кубой от 14 декабря 2000 г.) содержатся нормы, определяющие, какое законодательство должно применяться к соответствующему отношению в случае причинения вреда. Они отражают современные тенденции регулирования деликтных отношений. В частности, в особую группу выделяются обязательства из причинения вреда, возникновение которых в той или иной степени обусловлено договорными отношениями между причинителем вреда и потерпевшим. Второй характерной чертой, закрепляемой, как уже отмечалось, и в национальном праве многих стран, выступает то, что разрешение коллизий подчиняется праву того государства, гражданами которого состоят стороны, т. е. если у делинквента и потерпевшего имеется общее гражданство. Третья отличительная особенность заключается в установлении компетенции судебных учреждений договаривающихся сторон для рассмотрения данной категории споров. Иски о взыскании ущерба по обязательствам из причинения вреда могут предъявляться в суд той стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для требования о возмещении вреда (п. 3 ст. 27 Договора с Египтом, п. 2 ст. 33 Договора с Кубой). Последний, равно как и Договор с Польшей, предоставляет более широкие возможности для определения компетенции судебных учреждений в этом плане. Так, кроме критериев, указанных выше, согласно п. 2 ст. 37 российско-польского и п. 2 ст. 33 российско-кубинского договоров компетентными могут быть и учреждения той договаривающейся стороны, где ответчик имеет свое местожительство или местонахождение. Компетентными признаются также и суды договаривающегося государства, на территории которого проживает или пребывает истец, а также находится имущество ответчика.

Коллизионные нормы, в том числе и вышеприведенные, с помощью которых в современном международном частном праве устанавливается материальное право, затрагивают весь спектр обязательственных деликтных правоотношений: условия и пределы ответственности, круг лиц, имеющих право требования (например, в случаях причинения смерти лицу или увечья, приведших к потере кормильца, и т. д.), объем, характер и размер возмещения, основания освобождения от ответственности и т. п.

В числе международных договоров, в которых решаются вопросы гражданско-правовой ответственности вследствие причинения вреда, большой удельный вес составляют конвенции, посвященные различным видам перевозок. При этом следует упомянуть Гаагскую конвенцию от 4 мая 1971 г. (вступила в силу с 3 июня 1975 г.) о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям (ДТП), в которой участвуют 13 европейских государств.

Основной ее принцип — *lex loci delicti commissii* (ст. 3). Конвенция применяется к внедоговорной ответственности в связи с дорожными происшествиями, имевшими место на территории договаривающихся государств, а также в случаях, когда применимым правом признается закон государства, которое участвует в Конвенции (ст. 11). В определенных Конвенцией ситуациях принцип отсылки к закону места совершения деликта заменяется иным, что, в частности, должно обеспечить его более тесную связь с соответствующим правопорядком. Так, закон регистрации автомобилей признается более адекватным для регулирования, например, таких вопросов, как размер ущерба, предел ответственности, круг лиц, имеющих право требовать возмещения, и пр. Однако вне зависимости от применимого права должны приниматься во внимание нормы по безопасности дорожного движения, правила проезда и т. д., действующие в стране места причинения вреда.

В качестве примера договоров, регулирующих гражданскую ответственность в рамках деликтных обязательств, сошлемся на Гаагскую конвенцию от 2 октября 1973 г. об ответственности за вред, причиненный товаром. Отличительная особенность коллизионного регулирования, зафиксированного в ней, от такового в иных международно-правовых актах, в том числе и Гаагской конвенции 1971 г., заключается в том, что при определении применимого права она стремится с помощью ряда факторов отыскать правопорядок, который будет служить «собственно правом деликта». Право государства обычного местонахождения потерпевшего будет надлежащим, если такое одновременно является местом основной деятельности изготовителя причинившего вред товара либо местом его приобретения потерпевшим. Если подобного совпадения нет, применяется принцип закона места причинения вреда с учетом того, что в данной стране потерпевший имеет свое обычное местожительства, либо причинитель вреда — место основной деятельности, либо продукт приобретен потребителем (ст. 4). В ситуациях, когда и это не имеет места, применяется право страны, где ведет свою обычную активную деятельность лицо, которое несет ответственность за продукт, если потерпевший не предпочтет основать свое требование на законе места причинения вреда (ст. 6). Наряду с этим независимо от применимого права будут учитываться требования, относящиеся к правомерному распространению продукта, законодательства той страны, где имел хождение товар (ст. 9).

Вопросы гражданской ответственности решаются иногда и с помощью специальных многосторонних международных договоров, заключаемых в отдельных областях, благодаря содержащимся в них материально-правовым нормам.

Среди таких договоров в настоящих условиях особенно важны соглашения, призванные регламентировать ответственность субъ-

ектов международного хозяйственного оборота, возникающего в связи с ядерной деятельностью. В их числе Венская конвенция 1963 г. о гражданской ответственности за ядерный ущерб, Конвенция 1971 г. о гражданской ответственности в области морских перевозок ядерных материалов, а также Конвенция 1962 г. об ответственности операторов ядерных судов. Содержащиеся в названных документах нормы устанавливают в интересах потерпевших (как правило, физических лиц) безвиновную ответственность причинителей вреда (большой частью владельцев источников повышенной опасности). Однако в них содержатся также и основания, исключающие ответственность (форс-мажорные обстоятельства, в том числе военные действия, стихийные бедствия и т. п.). В ряде случаев ответственность причинителя вреда по некоторым из специальных международных соглашений возникает даже и при наличии обстоятельств непреодолимой силы. Таково, в частности, содержание норм Римской конвенции 1952 г. об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности (Россия как правопреемница СССР участвует в ней с 1982 г.). Вина же потерпевшего, в случае если она будет доказана причинителем вреда, уменьшает размер возмещения.

Пределы ответственности во многих конвенциях определяются путем установления фиксированных сумм, на которые имеет право лицо в случае причинения вреда. Кроме того, предусматриваются и так называемые обеспечительные меры. Например, согласно Римской конвенции ответственность в связи со смертью или увечьем лица не превышает 530 000 франков за каждого погибшего или получившего телесное повреждение. Конвенция же 1962 г. об ответственности операторов ядерных установок требует, чтобы оператор получил страховой полис или иное финансовое обеспечение, покрывающее его возможную гражданскую ответственность.

Значительное место среди подобных международных договоров занимают так называемые морские конвенции. Известна Брюссельская конвенция от 23 сентября 1910 г., унифицировавшая некоторые правила, касающиеся столкновения судов в открытом море. Однако она не применяется к деликтному отношению, если оба столкнувшиеся судна плавают под общим флагом. В данном случае спор будет разрешаться на основе закона суда или правопорядка, имеющего более тесную связь с рассматриваемым отношением, каковым является право государства флага.

Нельзя не упомянуть и Брюссельскую конвенцию о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения моря нефтью 1969 г. (СССР участвует в ней с 1975 г.), которая унифицировала материально-правовые нормы в специальных областях деликтных отношений. Эта Конвенция обеспечивает возмещение физическим и юридическим лицами убытков, возникших из-за утечки или

слива нефти из судов. Пределы ответственности собственника судна за загрязнение довольно высоки. Ответственность более строгая, чем основанная на принципах вины, наступает, если собственник не докажет, что убытки обусловлены военными и тому подобными действиями или стихийным бедствием исключительного, неизбежного и непредотвратимого характера; поведением третьих лиц, имевших намерение причинить убытки; небрежностью или иными неправомерными действиями государства (властей), а также виной потерпевшего.

В последние годы международное сообщество стремится раздвинуть привычные рамки конвенционного регулирования деликтных отношений путем заключения многосторонних соглашений в нетрадиционных отраслях (Конвенция ООН об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле 1991 г., Конвенция, подписанная 1 февраля 1990 г., о гражданской ответственности за ущерб, причиненный при перевозке опасных грузов автомобильным, железнодорожным и внутренним водным транспортом (КГПОГ), Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением от 20—22 марта 1989 г., к которой присоединилась и Российская Федерация).

15.3. Регулирование внедоговорных обязательств международного характера в Российской Федерации

До принятия третьей части ГК РФ коллизионно-правовое регулирование деликтных и некоторых иных внедоговорных отношений международного характера осуществлялось нормами Основ гражданского законодательства 1991 г. При этом в качестве основного применялся коллизионный принцип *lex loci delicti commissii*: «права и обязанности сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по праву страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда» (ч. 1 ст. 167 Основ). Вместе с тем Основы 1991 г. допускали исключение из действия формулы *lex loci delicti*, заключающееся в том, что закон места причинения вреда не применяется, если действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для предъявления требования о возмещении вреда, не является противоправным по советскому (российскому) законодательству. Положения, включенные в действующее российское коллизионное право разд. VI ГК РФ, подобного института не содержат — отныне отказ от применения иностранного закона не может быть обусловлен расхождением в квалификации деяния, совершенного за границей, со стороны соответственно закона суда и правопорядка места причинения вреда.

Конструкция «сравнения» материально-правовых норм права-порядка места совершения действия и закона места рассмотрения* спора использовалась ранее преимущественно для оправдания отказа в удовлетворении требований, основания которых были неизвестны отечественному праву (в частности, о возмещении морального вреда, отсутствовавшего в советском праве), что перестало быть актуальным после того, как данный институт вошел в российскую правовую действительность, обеспечив в этой части согласование нашей правовой системы с принципами, выступающими в качестве общих для значительного числа стран мирового сообщества.

В настоящее время российское право разграничивает деликтные отношения и некоторые иные действия, имеющие внедоговорной характер, как, например, ведение чужих дел без поручения, неосновательное обогащение.

Российское акционерное общество обратилось в арбитражный суд РФ с иском к рижской фирме о взыскании с нее незаконно полученных финансовых средств. Обращению в суд предшествовали следующие обстоятельства. Истец в течение длительного времени сотрудничал с одним из латвийских фермерских хозяйств, получая от него крупные партии мяса на переработку. Между сторонами был заключен контракт поставки, в соответствии с условиями которого истец перечислял на счет латвийского фермерского хозяйства стоимость поставок. В начале 1995 г. реквизиты поставщика мясного сырья изменились, о чем российское акционерное общество было извещено. Однако к этому моменту очередная партия поставки уже была оплачена по старым реквизитам. Истец выяснил, что счет, на который перечислены деньги, принадлежит рижской фирме, имеющей филиал в России, и обратился к ней с просьбой возвратить неправомерно полученную сумму. Рижская фирма на запросы не ответила и денег не возвратила. В исковом заявлении подробно описаны обстоятельства дела, прилагались документы, подтверждающие перевод средств на счет фирмы в латвийском банке. При разрешении данного дела суд исходил из того, что спор возник между находящимися в разных государствах сторонами из внедоговорных отношений, в результате которых имело место неосновательное обогащение одной из сторон. Порядок определения применимого права, предусмотренный ст. 168 Основ 1991 г., подчиняет отношение праву страны, где имело место обогащение. Поскольку действие произошло на территории Латвии, при разрешении спора по существу арбитражный суд применил латвийский закон.

В третьей части ГК РФ вопросам деликтных отношений и других обязательств внедоговорного характера посвящено несколько статей, представляющих собой целостную систему коллизионно-правового регулирования: ст. 1219—1221, затрагивающие

собственно обязательства из причинения вреда, включая ответственность за вред, причиненный товаром, работой или услугой, а также ст. 1222 и 1223, регламентирующие соответственно обязательства, возникающие вследствие недобросовестной конкуренции и неосновательного обогащения.

Раздел VI ГК отчасти сохраняет направления, свойственные предшествующему регулированию. Отличительные его особенности состоят, с одной стороны, в дифференциации регламентации внедоговорных отношений, с другой — в генерализации коллизионных формул для соответствующих их групп; использовании различных комбинаций видов коллизионных привязок: в одних случаях — прикрепление к праву определенного государства на базе жесткого коллизионного принципа *lex loci delicti commissi*, повсеместно применяемого в практике государств мира, в прочих ситуациях допускаются альтернативные решения. Так, в качестве общего принципа привязки для деликтных отношений закрепляется применение права страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для требования о возмещении вреда (п. 1 ст. 1219).

В то же время в данном пункте предусматривается и иное: в случае, когда в результате неправомерного 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. Хотя требования приведенных предписаний, предусмотренных для подобных ситуаций, не вполне конкретны (порой весьма затруднительно доказать, можно либо должно было в соответствующем случае предвидеть вред или нет), что в конечном итоге обуславливает проблематичность использования такой коллизионной привязки, сам факт их наличия в действующем праве достаточно симптоматичен, так как, безусловно, означает отход от системы правового регулирования, основанной на единичности коллизионного правила.

Существовавшая в Основах 1991 г. норма о рассмотрении деликтных отношений с участием советских (российских) граждан и юридических лиц в соответствии с отечественным правом только в случае, если обе стороны принадлежат к российскому государству, распространена также и на физических и юридических лиц других государств применительно к случаям, когда действия, причинившие вред, произошли за границей. Короче говоря, если действие, причинившее вред, произошло за рубежом и обе стороны (потерпевший и делинквент) имеют общее гражданство, либо если они не являются гражданами одного и того же государства, но имеют место жительства в одной и той же стране, или представляют собой юридические лица, принадлежащие одному и тому же государству, применяется право последнего (п. 2

ст. 1219). Этот подход широко распространен в международной практике.

Вместе с тем в нем нет логической последовательности и полноты. Дело в том, что ключевой категорией в контексте выбора применимого права в таких случаях выступает понятие «совершение действия, наступления события за границей». Следовательно, если деликт имел место в России, даже при наличии условия, что потерпевший и делинквент являются гражданами одного государства или они имеют место жительства в одной и той же стране, российский суд для целей определения прав и обязанностей сторон и в целом для разрешения дела применит российское право. Нетрудно заметить, что в этой части фактически произведен возврат к старым специальным коллизионным формулам, когда в целях регулирования обязательств из причинения вреда, возникших из действий, которые имели место на территории России, при выборе права преобладал территориальный подход. Более оправданным было бы генерализировать регулирование посредством устранения из текста нормативного акта оговорки об «обязательствах, возникающих вследствие причинения вреда за границей».

С другой стороны, нельзя не отметить и то, что действие рассматриваемых правил не носит всеобъемлющего характера. Противовес им составляют положения п. 3 ст. 1219, допускающие выбор применимого права самими сторонами — делинквентом и потерпевшим, хотя и в ограниченных пределах (только после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда, и с единственной альтернативой в виде закона страны суда).

Впервые в отечественном правопорядке нормативно указан ряд вопросов, на которые распространяется деликтный статут (ст. 1220). Нелишне подчеркнуть в данном случае, что речь идет только об определении сферы действия права, применимого к деликтным обязательствам. В результате на основании права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются, в частности: 1) способность лица нести ответственность за причиненный вред; 2) возложение ответственности за вред на лицо, не являющееся причинителем вреда; 3) основания ответственности; 4) основания ограничения ответственности и освобождения от нее; 5) способы возмещения вреда; 6) объем и размер возмещения вреда. Хотя данный перечень не носит исчерпывающего характера, правоприменительные органы не вправе проигнорировать непосредственно присутствующие нем позиции при установлении, какие отношения охватываются найденным правопорядком как деликтным статутом.

Важное значение имеет включение в систему правового регулирования деликтных и иных внедоговорных отношений ст. 1221 ГК, посвященной определению права, подлежащего применению

к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги. В этой части законодатель предоставил потребителю возможность выбора применимого права: к требованию о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, по выбору потерпевшего применяется: 1) право страны, в которой имеет место жительства или основное место деятельности продавец или изготовитель товара либо иной причинитель вреда; 2) право страны, в которой имеет место жительства или основное место деятельности потерпевший; 3) право страны, где была выполнена работа, оказана услуга, или право страны, где был приобретен товар. Предусмотренный в статье выбор потерпевшим применимого к отношениям между сторонами права органичивается только возможностью доказывания, предоставляемой причинителю вреда, что товар поступил в соответствующую страну без его согласия.

Сходным образом известная доля усмотрения сторон в выборе применимого к их взаимоотношениям права зафиксирована и в случае неосновательного обогащения: «К обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения, применяется право страны, где обогащение имело место. Стороны могут договориться о применении к таким обязательствам права страны суда» (ст. 1223).

Еще одна новелла российского права в области коллизионных норм внедоговорных отношений — это регулирование, относящееся к недобросовестной конкуренции, которое отмечено тем, что оно оперирует никогда ранее не использовавшейся разновидностью коллизионной привязки *lex loci actus*: к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существа обязательства (ст. 1222). Характерной деталью формулировок данной статьи выступает их диспозитивность («если иное не вытекает из закона; или существа обязательства») и стремление согласовать отыскание применимого права с природой и особенностями отношений.

В данном отношении российское законодательство восприняло международный опыт. Хотя в современной западной доктрине и практике право недобросовестной конкуренции рассматривается в подавляющем большинстве случаев как часть права деликтных отношений, одновременно считается признанным, что принцип закона места причинения вреда должен иметь свою конкурентную специфику, поскольку теория «повсеместной ответственности» общего коллизионного права деликтных обязательств была бы слишком расплывчатой¹. В силу этого в случае регулирования от-

¹ См.: Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. М., 2001. С. 261.

ношений по ограничению конкуренции или какого-либо иного нарушения предоставляемых юридическими нормами благ местом совершения правонарушения, как пишут немецкие авторы, будет место конфликта интересов конкурентов (местонахождение рыночного рынка играет место конфликта интересов конкурентов. Это означает в первую очередь, что компетентным для оценки ситуации с точки зрения права конкуренции является порядок страны местонахождения этого рынка независимо от государственной принадлежности конкурентов¹, а также других участников рынка — поставщиков, заказчиков, потребителей, всего общества и государства.

Принцип регулирования деликтных отношений *lex loci delicti commissi* как общая коллизионная норма содержится и в отраслевых актах, регулирующих отношения международного характера. Так, речь идет прежде всего о торговом мореплавании. Нормы, регламентирующие вопросы деликтных отношений в этой сфере, имеются в КТМ РФ 1999 г. Согласно этому акту отношения, возникающие из столкновения судов во внутренних морских водах и в территориальном море, подчиняются закону государства, на территории которого произошло столкновение (п. 1 ст. 420).

В случаях столкновения судов в открытом море спор, во-первых, рассматривается в Российской Федерации на основе российского права (применяются правила гл. XVII КТМ «Возмещение убытков от столкновения судов»). Во-вторых, к отношениям, возникающим из столкновения судов, плавающих под флагом одного государства, применяется закон этого государства независимо от места их столкновения (п. 3 ст. 420 КТМ РФ). В этой связи необходимо констатировать изменение подхода отечественного законодателя к коллизионному регулированию в современном праве².

13 мая 1977 г. в районе порта Хельсинки в территориальных водах Финляндии произошло столкновение парома «Скандинавия», принадлежавшего польской судоходной компании, и танкера Волжского речного пароходства, в результате которого оба судна получили повреждения. Спор в соответствии с Московской конвенцией 1972 г. рассматривался в МАК при ТПП СССР. В исковом заявлении истец (польский судовладелец) просил применить

¹ См.: *Кох Х., Магнус У., Винклерфон Моренфельс П.* Указ соч. С. 261—262 и след.

² Сравним: в силу п. 7. ст. 14 КТМ СССР 1968 г., действовавшего в России до 30 апреля 1999 г., т. е. до принятия Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации, в СССР при рассмотрении спора о возмещении убытков от столкновения судов применялись нормы советского права. Разумеется, и ответственность владельцев судов, плавающих под Государственным флагом СССР (ныне — Российской Федерации), определялась по советскому (российскому) закону независимо от места столкновения судов (п. 8 ст. 14 КТМ СССР 1968 г.).

к обязательству по причинению вреда право Финляндии, т. е. места совершения деликта. Рассмотрев это заявление, Морская арбитражная комиссия признала неосновательной ссылку истца на п. 4 ст. 126 Основ гражданского законодательства СССР 1961 г., поскольку в законодательстве СССР имелась и специальная норма, предусматривавшая разрешение коллизий, связанных с ограничением ответственности судовладельца. Согласно п. 8 ст. 14 КТМ СССР правила гл. XVI «Пределы ответственности судовладельца» применяются к судовладельцам, плавающим под государственным флагом СССР. По мнению МАК, данная норма имеет приоритет над общей коллизионной нормой, поскольку она установлена, во-первых, специально для имущественных отношений, связанных с торговым мореплаванием, а не для любых имущественных отношений, а во-вторых, специально для случаев ограничения ответственности судовладельцев по требованиям, возникающим из предусмотренного законом ограниченного круга оснований, в том числе по требованиям о возмещении ущерба, причиненного при столкновении судов, а не вообще каких бы то ни было обязательств из причинения любого вреда.

В области регулирования отношений по причинению ущерба в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ или загрязнением с судов нефтью действующий правопорядок исходит из принципа «территориальности» совершенного действия. В частности, по нормам российского права определяется ущерб, причиненный на российской территории, в том числе в территориальном море и исключительной экономической зоне, загрязнением с судов нефтью, а также предупредительными мерами по его предотвращению (уменьшению), где бы они ни принимались. Это означает, что к отношениям по нанесению ущерба в результате действий иностранных судов по загрязнению нефтью с судов в территориальном море или исключительной экономической зоне России будет применяться российское право (ст. 421 КТМ РФ).

Материально-правовое, регулирование деликтных отношений в Российской Федерации в современных условиях все чаще базируется (или обуславливается) ее участием в соответствующих международных договорах, в результате чего ее внутреннее право либо непосредственно воспроизводит нормы международных соглашений, либо пользуется разработанными международно-правовым путем конструкциями и решениями. Так, прямым последствием присоединения России к Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением от 20—22 марта 1989 г. явилась разработка соответствующих внутригосударственных правовых норм, посвященных регламентации некоторых аспектов определенного рода обязательств, связанных с деликтными отношениями.

В частности, согласно постановлению Правительства РФ от 1 июля 1996 г., утвердившему Положение «О государственном регулировании трансграничных перевозок опасных отходов», его действие распространяется на все организации, осуществляющие экспорт, импорт, транзит, перевозки отходов, а также обращение с отходами (включая бытовые отходы и остатки их сжигания), представляющими угрозу для окружающей природной среды и здоровья людей и признанными опасными в соответствии с критериями, установленными Базельской конвенцией и законодательством РФ. При решении вопросов ответственности за трансграничные перевозки отходов в документе устанавливается, что организация, нарушившая порядок, установленный Положением, и тем самым допустившая незаконную трансграничную перевозку отходов, несет ответственность в соответствии с законодательством РФ и с законодательством других заинтересованных государств (см. Приложение к приказу Госкомэкологии России от 31 декабря 1998 г. №788).

Глава 16. НАСЛЕДСТВЕННЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Расширение всесторонних связей в политической, экономической и иных областях жизнедеятельности значительно облегчило переезд из одного государства в другое и трудоустройство на новом месте. Миллионы людей, обладающих гражданством одной страны или имеющих в ней место постоянного проживания, получают право жить и работать на территории иного государства. Очевидно, что среди различных проблем, которые не могут не появиться в связи с этим, немаловажное место занимают вопросы, связанные с приобретением и осуществлением наследственных прав иностранцев.

16.1 Коллизионно-правовое регулирование наследственных отношений международного характера

Появление международного элемента в наследственных отношениях объективно порождает основу для формирования трех групп коллизионных ситуаций. Коллизии возникают, например, в процессе наследования по закону, либо при осуществлении наследования по завещанию, либо в силу тех различий, которые проявляются в сфере наследования движимого и недвижимого имущества.

При наследовании по закону необходимо найти такой правопорядок, который определил бы перечень предполагаемых обязательных наследников и установил очередность их призвания к наследству. Правоприменительным органам государства также необходимо выяснить, имеются ли основания для выявления иных претендентов на наследство и тех, кто не наследует в принципе, в силу того, что не обладает правом допуска к наследству.

Процедура определения надлежащего правопорядка зачастую осложнена тем, что имущество наследодателя (в частности, недвижимое) может находиться и вне пределов того или иного государства. Каждая страна по-разному устанавливает объем прав на это имущество, порядок их осуществления и формы их защиты. В такой ситуации распределение долей наследников и последующее приглашение их к наследованию представляются весьма затруднительными. Естественно, государства заинтересованы в единой коллизионной привязке, которая определила бы применимое право для регулирования всей совокупности отношений по наследованию имущества, как недвижимого, так и движимого.

Одни страны рассматривают в качестве такого коллизионного критерия «закон последнего места жительства наследодателя». Характерно в этом отношении законодательство Перу. Как следует

из Книги X «Международное частное право» Гражданского кодекса Перу 1984 г., место нахождения имущества не имеет значения для целей наследования, а процесс наследственного правопреемства будет осуществляться согласно закону той страны, на территории которой наследодатель имел последнее место жительства¹.

Иные государства в качестве универсального коллизионного принципа обращаются к «закону гражданства наследодателя». Эта формула применяется вне зависимости от характера имущества и от того, в какой стране оно находится. Тем не менее ее практическая реализация представляется отнюдь не беспроблемной. В частности, неясно, какой порядок следует признать решающим для регулирования правоотношений в случае, если наследодатель принимает гражданство иной страны или лишается его либо обладает гражданством нескольких стран².

Эти проблемы заставляют законодателей разных стран создавать иные коллизионные конструкции, призванные установить право, подлежащее применению в ситуации, когда статус наследодателя как гражданина требует дополнительного обоснования. Так, согласно законодательству Японии (Закон, касающийся применения законов 1898 г. в редакции 1989 г.), если лицо обладает гражданством более чем одной страны либо не обладает гражданством вообще, то действует порядок того государства, где это лицо имеет обычное место проживания. Если такой страны не существует, применяется право государства, с которым данное лицо наиболее тесно связано³.

Несомненно, что передача наследуемого имущества от наследодателя к наследникам по закону представляет собой достаточно значимую стадию наследования. Однако ключевой формой распоряжения имущественными правами остается институт завещания. Наследодатель посредством составления *завещания* (testament, will) может определить юридическую судьбу своего имущества. Однако при этом возникают вопросы обязательной доли в наследстве, защиты прав пережившего супруга и т. п. Естественно, что государство объективно заинтересовано в выборе наиболее удобных форм правового регулирования в виде единообразных коллизион-

¹ См.: Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 463. «Закон последнего места жительства наследодателя» известен и английской судебной практике. Именно эта коллизионная формула позволила разрешить вопросы правоприменения в судебном споре о распределении имущества, принадлежащего главе семейства Ивинг после его гибели (Ewing v. Ott Ewing; судебный вердикт 1985 г.).

² Указание о «законе гражданства наследодателя» содержится, например, в Законе Южной Кореи «О коллизиях законов» 1962 г. К этому началу обращаются и в Германии — ст. 25 Вводного закона к ГГУ (см. Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 717, 278).

³ См. там же. С. 742.

ных начал, которые позволили бы установить, обладал ли индивид самой возможностью выразить свою последнюю волю, отдавал ли он себе отчет в своих действиях, отвечал ли за свои поступки, словом, определить его завещательную дееспособность. В сущности, выбор такого правопорядка уже предопределен перечнем тех коллизионных принципов, согласно которым регламентируются наследственные отношения в целом. Отметим здесь прежде всего право той страны, в пределах которой наследодатель обрел последнее место жительства на момент составления завещания, а также правопорядок государства, гражданином которого наследодатель является¹.

Обращение к закону гражданства предусматривает различные варианты ответа на вопрос, когда осуществляется привязка наследственных правоотношений к этому закону (в момент кончины наследодателя или в период составления завещания). Приверженность первому варианту демонстрирует Кодекс международного частного права Туниса, вступивший в силу 1 марта 1999 г.² Законодательство Испании, напротив, сохраняет возможность выбора права той страны, гражданством которой наследодатель обладал в момент составления завещания.

Любое завещательное распоряжение, если оно составлено дееспособным лицом и приобрело необходимую юридическую силу, должно отвечать ряду признаков. Основополагающей в этом плане является форма завещания. Проблема установления права, подлежащего применению в отношении формы завещания, отличается известной сложностью. С одной стороны, действует общее правило, в соответствии с которым статут, применимый к наследованию, в целом определяет и форму завещательного распоряжения. Вместе с тем завещание представляет собой особый вид односторонней гражданско-правовой сделки. Поэтому обращение к другому коллизионному принципу (закон той страны, где завещание было подписано) является вполне обоснованным. Эта коллизионная привязка известна судебной практике Великобритании, законодательной практике Литвы³.

Следует заметить, что английское право применительно к наследованию знает случаи обращения и к закону места заключения сделки. Таким способом осуществляется регулирование тех на-

¹ Первое начало нашло отражение в Гражданском кодексе Казахстана (Особенная часть. Разд. VII «Международное частное право». 1999. Ст. 1122). Как свидетельствуют нормы этого документа, «закон последнего места жительства наследодателя» применяется без каких-либо дополнительных условий (см. Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 118).

² См. там же. С. 569.

³ См.: Гражданский кодекс Литвы 1964 г. (действует в редакции Закона 1994 г. № 1-459) // Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 402.

следственных правоотношений, которые возникают в момент оформления акта купли-продажи недвижимости, находящейся в безусловном личном владении наследодателя.

Природа завещательного распоряжения допускает и непосредственное волеизъявление лица по поводу выбора права. Во всяком случае, нельзя исключать ситуации, когда наследодатель может указать на необходимость применения того правопорядка, в котором он усматривает некие преимущества в силу происхождения, гражданства, этнических и культурных мотивов. Многие государства предусматривают множество вариантов выбора права, подлежащего применению к форме завещания. Так, закон Чехословакии «О международном частном праве и процессе» от 4 декабря 1963 г. (в настоящее время действует на территории Чехии и Словакии) предусматривает, что и законодательство того государства, на территории которого было составлено завещание, может быть признано полномочным в отношении всех вопросов, связанных с формой завещательного распоряжения. Закон Венгрии «О международном частном праве» 1979 г. допускает, что наследодатель вправе составить завещание, руководствуясь законами страны — последнего места жительства. В конечном итоге ничто не мешает ему воспользоваться и законодательством своего отечества для установления формы завещания.

Коллизионные принципы, посредством которых осуществляется определение права, наиболее компетентного для формы завещания, имеют значение и для его содержания. Последнее может включать в себя множество положений, вплоть до инструкций об очередности исполнения отдельных пунктов и назначения опекуна наследнику. Однако основу волеизъявления наследодателя составляют распоряжения завещателя о порядке распределения наследственной массы. В международной практике объективно сложились различные способы разрешения возникающих при этом коллизионных ситуаций. Так, можно не разделять наследственную массу на движимое и недвижимое имущество и руководствоваться коллизионной привязкой, общей для всех видов вещей. В Италии, например, это закон места пребывания наследодателя¹.

Вместе с тем возможен и иной вариант, когда классификация наследственного имущества на движимое и недвижимое все-таки производится. В таком случае формируются условия для возникновения явления, которое нередко называют «расщеплением статуса наследования». Речь идет не о «расщеплении» коллизионной привязки, а о различиях в коллизионно-правовом регулировании отношений по наследованию двух категорий объектов — движи-

¹ См. Закон Италии 1995 г. «О реформе итальянской системы международного частного права» // Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 334.

мых и недвижимых вещей и о дифференциации соответствующих правовых режимов для них¹.

Подобная дифференциация осуществляется на основе двух разных самостоятельных коллизионных привязок: одна (применительно к движимым вещам) прикрепляет наследственное отношение к закону домицилия наследодателя, вторая (если имеет место наследование недвижимого имущества) — к закону места нахождения вещи².

Предположим, что участники наследственных правоотношений осуществили выбор права, которое они считают надлежащим. Однако успех наследственного правопреемства во многом определяется также теми требованиями, которые предъявляются законодательством той или иной страны к содержанию правоотношений по наследованию. Эти требования не могут не различаться между собой. Поэтому выбор права на основании коллизионного начала «закон последнего места жительства» означает, что дети и внуки наследодателя, проживавшего, например, во Франции, приобретают право наследования первого разряда (согласно Закону от 3 января 1972 г. №72-3 «О внесении изменений в статьи 311—314 ФГК» внебрачные дети наследуют наравне с законными детьми). Но приемные дети будут допущены к наследованию только в том случае, если им удастся доказать свое родство с представителями третьего разряда (деды, прадеды, словом, все иные участники, кроме родителей). Английское право приводит уже к иным результатам: все предполагаемые наследники могут быть приглашены к наследству лишь в том случае, если им удастся отстранить от наследства пережившего супруга (и его нисходящих родственников)³.

Французское право в силу коллизионной формулы «закон гражданства» разрешает наследодателю распределять только ту долю имущества, которой он действительно может распорядиться (от 3/4 до 1/4 всего наследуемого имущества, в зависимости от наличия у него восходящих родственников и детей). Применение этого же принципа к наследованию в Великобритании дает пережившему супругу право на приобретение имущества уже в полном

¹ См. Луни, Л. А. Международное частное право. М., 1970. С. 232—233; *он же*. Коллизионные вопросы наследования в советском праве // Очерки международного частного права. М., 1963. С. 103—111

² Частично этот тезис подтверждается положениями Закона Китая «О наследовании» 1985 г., Гражданского кодекса провинции Квебек (Канада) от 4 июля 1991 г. и Гражданского кодекса штата Луизиана 1825 г. (в редакции Закона 1991 г. № 923) (см.: Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 376, 347, 545, 504.

³ См.: *Dyson H. French Real Property and Succession Law. London, 1991. P. 95 II Masson J., Lorriane W. Wills, Inheritance and Families. Oxford: Clarendon Press, 1996. P. 191-197.*

объеме, если у него нет нисходящих родственников. Наличие последних предоставляет пережившему супругу право на предметы домашнего обихода и личного потребления, а также на фиксированную денежную сумму, исчисляемую из стоимости имущества, свободного от обременения¹.

Если коллизионные правила различают движимое и недвижимое имущество, то вполне возможна ситуация, когда отказополучатель (лицо, в пользу которого наследник обязан исполнить некие обязательства по завещанию) практически ничем не отличается от наследников или избавлен от многих их функций (например, от обязанности представления отчета по прибылям, полученным наследодателем от использования наследуемой недвижимости в своих целях). Нечто подобное наблюдается в ЮАР, где действует Закон 1987 г. «О порядке составления завещания», который отдельно регламентирует права наследников и права легатариев — отказополучателей.

Немало сложностей связано и с коллизионно-правовым регулированием порядка составления и вступления в силу завещательного распоряжения. По законам Канады никто, кроме завещателя, не вправе подписывать завещание, даже если наследодатель и присутствует при этом (Закон «О реформировании наследственного права» 1994 г.). В то же время отсылка к английскому закону допускает подпись иного приглашенного лица, но обязательно в присутствии наследодателя².

Великобритания и Канада отдают предпочтение собственноручно составленному завещанию. Японское и французское законодательство предусматривают несколько форм: завещание в виде публичного акта, тайное завещание, собственноручное распоряжение. Понятно, что выбор любой из перечисленных форм может поставить наследодателя перед необходимостью устного оглашения завещания либо избавить его от этой процедуры, но при этом лишить права обращаться к свидетелям с просьбой скрепить завещание своими подписями. Наследодатель может столкнуться и с практикой внесения дополнительных записей в завещание, скрепления их подписью и печатью нотариуса (так называемые записи о совершенных действиях).

¹ См.: *John G. Ross M. Family Provision Law Practice*. London, 1985. P. 41; см. также *Гренкова О. Р. Наследование в Великобритании и Франции // Сборник статей аспирантов и молодых ученых Всесоюзного научно-исследовательского института проблем укрепления законности и правопорядка*. М., 1988. С. 31.

² Примечательно, что по законам Канады завещание не может быть признано действительным, если необходимая подпись выполнена в начале завещания, между строк, после преамбулы, на оборотной стороне листа (см.: *Reley W. Succession Law Reform Act; The references to the Ontario Court*. Ontario. HTML, 1996. P. 27-30).

Естественно, составление завещания, вступление в права владения имуществом и другие наследственные процессы, осуществляемые в иной стране, могут создавать немало проблем как для наследников, так и для наследодателя. Государства стремятся найти возможные способы защиты прав своих граждан, встретившихся с подобными трудностями. Одним из наиболее эффективных средств такой защиты остаются международные соглашения—многосторонние конвенции, которые позволяют согласовать ряд спорных позиций по тем или иным вопросам наследования.

16.2. Международные договоры как средство регулирования наследственных отношений

Перечень международных соглашений по вопросам наследования открывает *Конвенция о коллизии законов, касающихся формы завещательных распоряжений* (совершена в Гааге 5 октября 1961 г.), которая фактически рассматривает все возможные виды коллизионных привязок, регламентирующих форму завещания. В зависимости от сложившейся ситуации Конвенция предполагает возможность применения законодательства той страны, либо гражданством которой лицо обладало к моменту составления завещания, либо где оно преимущественно проживало. Конвенция 1961 г. допускает, что и законодательство той страны, где постоянно находилось недвижимое имущество, выступающее предметом наследования, также может оказаться полезным при установлении компетентного правопорядка, хотя она предполагает и иные варианты выбора права. В частности, разрешается применение правопорядка той страны, с которой у лица имеется наиболее тесная связь. Предположим, некое лицо проживает не менее пяти лет на территории одного государства, но при этом остается гражданином другого государства. В подобных обстоятельствах Гагская конвенция 1961 г. позволяет применять право другого государства. При этом указано, что индивид имеет право выбора предпочтительной правовой системы (ст. 3).

Примечательно, что применение коллизионных норм в Конвенции 1961 г. не зависит от требований взаимности. Иными словами, данный акт применяется независимо от того, являются ли наследники, наследодатели и другие заинтересованные лица гражданами государства — участника Конвенции¹.

Вашингтонская конвенция о единообразном законе о форме международного завещания от 26 октября 1973 г. Конвенция направлена на создание единообразных материально-правовых норм, устанавливающих форму завещания. Она содержит две группы требований для государств-участников. Во-первых, такое государство вносит

¹ См.: Бекяшев К. А., Ходаков Л. Г. Указ. соч. М., 1997. С. 664.

в свое законодательство правила составления международного завещания, предусмотренные текстом Конвенции 1973 г. (Приложение 1), либо оно пользуется их переводом на официальный язык данной страны. Вашингтонская конвенция 1973 г. допускает внесение исправлений в правовые документы, чтобы обеспечить вступление в силу Приложения к Конвенции. Во-вторых, договаривающиеся государства обязаны создать институт уполномоченных лиц, которые будут действовать в отношении международного завещания. За пределами государства функциями таких лиц облечены консульские и дипломатические представители.

Согласно Вашингтонской конвенции 1973 г. завещание должно быть собственноручно выполнено наследодателем и им же подписано. Наследодателю вменяется в обязанность сделать об этом заявление в присутствии двух свидетелей и уполномоченного лица. Свидетелям и уполномоченному лицу не обязательно что-либо знать о содержании завещания. В случае, если наследодатель не в состоянии подписать завещание, он оповещает об этом уполномоченное лицо (о чем делается запись в завещании) и указывает, кто подпишет документ от его имени. При этом наследодатель руководствуется правовыми предписаниями того государства, на территории которого действует это уполномоченное лицо (ст. 3—5)¹.

Приведенное многостороннее соглашение является серьезной гарантией принципа свободы завещания. Оно создает условия для справедливой отмены или изменения уже совершенного завещания. Однако Вашингтонская конвенция зачастую не в состоянии разрешить те проблемы, которые возникают уже после вступления завещания в силу. Поэтому ее следует рассматривать в совокупности с другим документом — *Гаагской конвенцией относительно международного управления имуществом умерших лиц* от 2 октября 1973 г.

Гаагская конвенция 1973 г. предусматривает учреждение международного сертификата по установлению круга лиц, допущенных к управлению имуществом умершего. Такой сертификат составляется компетентным органом, как правило, судебной или административной инстанцией в государстве — месте обычного проживания умершего в соответствии со своим правом. Допускается также применение права той страны, гражданством которой умерший обладал. Для этого государство его гражданства и страна его проживания должны сделать совместное заявление. «Закон гражданства» применяется также в том случае, если индивид проживал в стране, выдавшей ему сертификат, не менее пяти лет непосредственно до кончины. Признание сертификата производится

¹ Текст Конвенции и Приложение к ней см.: Журнал международного частного права. 1997. № 1. С. 107.

путем простого оглашения. Возможна, правда, и иная форма признания, когда решение об этом принимает компетентный орган. Акт признания сертификата предоставляет его владельцу право при простом предъявлении принимать (равно как и добиваться принятия) любые защитные и срочные меры в отношении наследуемого имущества со дня вступления сертификата в силу и в течение всей процедуры его признания (ст. 10— И)¹.

Как и в ситуации с Конвенцией 1961 г., само наименование Гагской конвенции 1973 г. указывает на те случаи, которые входят в сферу ее применения. Так, международный сертификат позволяет собирать информацию о составе наследственной массы, выявлять объем имущества, которым предстоит управлять, и способствует определению наиболее приемлемых цен при продаже имущества с целью ликвидации долгов наследодателя, установлению разумных ставок арендных платежей (если потребность в покрытии долга привела к необходимости сдачи имущества в аренду). Конвенция 1973 г. предоставляет владельцу сертификата право предъявлять иски, встречные требования в стране —месте выдачи сертификата о международном управлении.

Гагская конвенция о праве, применимом к имуществу, распоряжение которым осуществляется на началах доверительной собственности, и о его признании от 1 июля 1985 г. предлагает несколько иной порядок установления права. Она обладает, пожалуй, наибольшим числом различных специфических деталей. Так, лицу, передающему наследуемое имущество (учредитель—settlor), рекомендуется самостоятельно избрать право и сформулировать мотивы своего выбора в специально подготовленном акте (ст. 6). Если выбор права не состоялся, то действуют предписания той правовой системы, с которой наследование доверительной собственности наиболее тесно связано. Для установления такой правовой связи Конвенция предлагает прибегнуть либо к законодательству той страны, на территории которой действует доверительный собственник наследуемого имущества (или группа таких собственников, объединенных в некое корпоративное образование), либо к законодательству государства, в пределах которого находится центр управления трастом, фондом и т. п. (ст. 7).

Перечень универсальных многосторонних соглашений, действующих в сфере наследования, завершает *Конвенция о праве, подлежащем применению к наследованию недвижимого имущества* (совершена в Гааге 1 августа 1989 г.). Этот документ мало отличается от Конвенции 1961 г. Он также предоставляет возможность выбора права наиболее тесной связи для регламентации правоотношений в сфере наследования недвижимого имущества. Юридическое

¹ См.: *Бекяшев К. А., Ходаков А. Г.* Международное частное право. Сборник документов. М., 1997. С. 686-689.

оформление подобного выбора осуществляется посредством соответствующего заявления. Форма заявления и его содержание определяются по законам той страны, где оно составляется (ст. 3, 4, 5 Конвенции). Данная Конвенция разрешает и применение права другой страны, с которой у лица имеется наиболее тесная связь (ст. 5). Вместе с тем Конвенция от 1 августа 1989 г. предполагает, что применение законов государства, с которым лицо — участник правоотношений поддерживает реальную связь, возможно лишь тогда, когда право этого государства не указывает, какими именно нормативными актами следует руководствоваться¹.

Конвенция 1989 г. обладает и специфическими свойствами. В частности, в ней утверждено, что представленные коллизионные принципы призваны устанавливать действительность соглашения по наследованию как документа особого рода, который определяет, когда возникают права на наследство, как они изменяются или прекращаются (ст. 9—12).

По Гагской конвенции 1989 г. недопустимо возникновение наследственных притязаний друг к другу у индивидов, находящихся под юрисдикцией различных государств, если неясна очередность, в которой осуществляется призыв к наследованию (ст. 13). Примечательна и другая особенность этой Конвенции. Она провозглашает очевидную взаимосвязь между правом государства, которому индивид хотел бы подчинить режим наследования своего недвижимого имущества, и объемом этого имущества. Заслуживает внимания также то, что Гагская конвенция 1989 г. препятствует возникновению негативных последствий влияния экономических, социальных или политических мотивов.

Россия пока не участвует ни в одной из приведенных конвенций. Поэтому опыт Российской Федерации в сфере международно-правовой регламентации отношений по наследованию можно изучать на примере региональных и двусторонних соглашений об оказании правовой помощи и консульских конвенций. Вместе с тем целесообразно обобщить те подходы к регулированию наследования, что сложились в практике отечественного законодательства.

16.3. Правовое регулирование наследственных отношений международного характера в Российской Федерации

С принятием части третьей Гражданского кодекса Россия попала в категорию тех государств, которые используют несколько критериев подчинения отношений по наследованию своему законодательству. Одним из таких критериев является «закон места жительства» насле-

¹ См.: Hague Conference on Private International Law; The official records of the 16-th session. Hague, 1989. P. 12.

додателя. Рассматриваемый критерий применяется как общая коллизионная привязка к отношениям гражданско-правового характера в отношении наследования движимого имущества, для установления круга наследников (в том числе вне пределов России), определения условий перехода прав на наследуемое имущество от наследодателя к наследникам, включая принятие наследства, и установления состава наследства. Обращение к «закону места жительства наследодателя» необходимо и при выявлении сроков принятия наследства. Эта норма используется и в ситуации, когда кредиторы наследодателя предъявили иск к наследникам до принятия наследства.

Рассматриваемое коллизионное правило не имеет однозначно содержания ввиду различий в толковании понятия «место жительства». Известно, что любое лицо обладает местом жительства по рождению. Оно может также приобрести «домициль» по выбору, если переезжает в иную страну. Законодатель не указывает, какое содержание «закона места жительства» используется в целях определения права, подлежащего применению. Обращение к термину «последнее» в ст. 1224 ГК РФ по отношению к приведенному коллизионному принципу дает основания полагать, что речь идет о «домicile» на момент смерти¹.

Критерий «последнее место жительства», очевидно, обозначает не просто пребывание лица, а нахождение его в конкретном месте (государстве) в течение довольно длительного временного интервала. Именно нахождение, воспринимаемое как «проживание», и необходимо для возникновения соответствующей правовой связи наследодателя с данным государством для прикрепления возникших наследственных отношений к соответствующему правопорядку².

Предположим, что критерий «последнее место жительства» оказался решающим для подчинения отношений по наследованию российскому праву. В этом случае, если иностранец претендует на участие в распределении имущества наследодателя, проживавшего перед своей кончиной в Российской Федерации, он может быть приглашен к наследству в составе одной из семи категорий предполагаемых наследников. В зависимости от того, ка-

¹ Подобное содержание данного понятия используется и в договорах об оказании правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, например в Соглашении между Правительствами Российской Федерации и Кыргызстана от 14 сентября 1992 г. См.: Бюллетень международных договоров. 1995. № 3. С. 26.

² Статья 2 Закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 5 июля 2002 г. различает следующие категории иностранных граждан с точки зрения их нахождения в Российской Федерации: временно пребывающие в Российской Федерации иностранные граждане, иностранные граждане, обладающие разрешением на временное проживание, и постоянно проживающие в России иностранные граждане, которые имеют вид на жительство (см.: РГ. 2002. 27 июля).

кие родственные узы связывали его с наследодателем, он может наследовать в составе первой очереди (ее формируют дети наследодателя, его родители, переживший супруг — ст. 1142 ГК РФ); вступать во владение имуществом в порядке второй очереди наследников (полнородные и неполнородные братья, сестры наследодателя, его дедушки и бабушки — ст. 1143 ГК РФ); может наследовать и как наследник третьей очереди (ст. 1144 ГК РФ); вправе наследовать в составе любой из оставшихся четырех категорий (ст. 1145 ГК РФ). Следует отметить, что наследственные права создаются и в силу усыновления (ст. 1147 ГК РФ), а также если наследник (в том числе иностранец) пребывал на содержании у наследодателя (ст. 1148 ГК РФ)¹.

Наследование недвижимости осуществляется в соответствии с иным критерием установления компетентного права. Речь идет о «законе места нахождения вещи» (*lex rei sitae*). В данном случае российское законодательство продолжает испытывать на себе влияние международных соглашений — договоров об оказании правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам. Эти документы, собственно, и предложили данную формулу. Она приводится в соглашениях между Россией и Литвой, Россией и Молдовой, Россией и Польшей, Россией и Кубой, а также в многосторонней Минской конвенции стран СНГ о взаимном оказании правовой помощи от 22 января 1993 г.

Коллизионная формула «закон места нахождения имущества» с успехом применялась и в ранее действовавших документах. Она создавала условия для подчинения законодательству Российской Федерации отношений по наследованию различных строений, находящихся не ее территории (ст. 169 Основ гражданского законодательства 1991 г.). В настоящее время сфера применения данной коллизионной привязки существенно расширилась. Теперь ее необходимо учитывать, когда объектами наследования выступают не только здания и сооружения, но и многолетние лесные насаждения, участки недр, словом, те объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно (ст. 130 ГК РФ).

Следует отметить, что к недвижимым вещам относятся также корабли, воздушные суда и даже космические объекты. Поскольку эти объекты по своей природе способны перемещаться в пространстве, подчинение режима их наследования российскому праву лишь по причине физического нахождения в России в тот или иной момент было бы недостаточно обоснованным. Этим и объясняется то

¹ Данный индивид может принять наследство в течение шести месяцев со дня его открытия либо со дня вступления в силу решения суда о признании наследодателя умершим. Если право наследования возникло для индивида лишь в силу непринятия наследства другим лицом, то он вступает во владение наследством в течение трех месяцев (ст. 1114, 1154 ГК РФ).

обстоятельство, что в отношении указанных объектов ст. 1224 ГК стремится использовать не принцип *lex rei sitae*, а специальную формулу прикрепления — «закон места государственной регистрации». Эта привязка представляет собой исключение из общего правила об определении права, подлежащего применению к вещным правам. Она содержится в ст. 1207 ГК РФ. Правила этой статьи предельно четки: российское право полномочно в отношении лишь того имущества, что внесено в Государственный реестр РФ. В остальном же вещные права на имущество определяются по праву той страны, где находится это имущество.

Приведенные нормы не упоминают о наследственных правоотношениях, хотя предполагают их существование. Напротив, Кодекс торгового мореплавания прямо указывает на возможность использования «закона места государственной регистрации» и для наследственных процессов. В ст. 33 КТМ РФ утверждается, что только регистрация может подтвердить приобретение прав и обязанностей (в том числе и наследственных) в отношении того или иного судна¹.

Правоположения КТМ РФ придают «закону места государственной регистрации» статус наиболее удобной формулы прикрепления в отношении наследования морских и речных судов. Вместе с тем они порождают ряд вопросов. Вправе ли юрисдикционные органы расширительно подходить к данной формуле прикрепления, если спорные морские или речные корабли внесены в реестр иных стран, и можно ли обращаться к праву этих государств либо нужно руководствоваться более общей формулой — «закон места нахождения вещи»? Не исключено, правда, что оба критерия («закон места нахождения» и «закон места внесения в реестр») могут указать на правопорядок одной и той же страны. Кроме того запись в реестр сама по себе является достаточным основанием для возникновения либо прекращения права собственности или иного вещного права на объект недвижимости. Поэтому правовые положения ст. 1206 ГК РФ имеют значение и для рассматриваемой ситуации. Тем не менее использование «закона места внесения в реестр» может вызывать определенную неясность у иностранных правоприменительных органов.

Содержание ст. 1224 ГК РФ заставляет вспомнить и об общих положениях закона о праве, подлежащем применению к вещным правам. Как следует из ст. 1205 ГК РФ, предписания того государства, на территории которого находится имущество, относятся как к движимым, так и к недвижимым вещам и устанавливают все основные характеристики прав, режимы и стандарты их осуществления. Если же рассматривать ст. 1205 ГК РФ в контексте наследственного права, то возникает необходимость затронуть

¹ См.: СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2207.

проблему коллизионно-правового «расщепления» статута наследования¹.

Явление расщепления статута наследования известно российскому праву. Вместе с тем нужно иметь в виду, что закон (ст. 1224 ГК РФ) прямо не указывает на существование различий в местонахождении движимых и недвижимых объектов, а лишь упоминает об этом факторе. В силу этого те коллизионные принципы, которые призваны установить наиболее компетентное право в данном вопросе, могут сделать выбор и в пользу отечественного права. «Распадения» единого статута на два и более правопорядков в такой ситуации не происходит. Однако изменение общего подхода к регламентации наследственных отношений (отказ от генеральной коллизионной привязки к личному закону наследодателя, применяемой ко всей наследственной массе прежним законодательством) способно привести к раздельному регулированию наследования движимых и недвижимых объектов. В подобных обстоятельствах наследственное правопреемство отдельных категорий имущества вполне может подчиняться различным правопорядкам — как отечественному, так и иностранному, либо правопорядкам двух разных государств.

В результате обращения к разным правовым системам такие понятия, как «место жительства», «движимое и недвижимое имущество», «вещные права», не могут избежать различного толкования. Например, в Республике Венесуэла понятие «место жительства» обладает в принципе теми же правовыми характеристиками, что и в Российской Федерации (Закон Венесуэлы «О международном частном праве» 1998 г.). Напротив, по законодательству Швейцарской Конфедерации лицо может быть признано проживающим в Швейцарии лишь в том случае, если оно пребывает на ее территории в течение определенного срока либо осуществляет там производственную и коммерческую деятельность (Закон «О международном частном праве» 1987 г.)².

В Испании в отличие от России за денежными средствами не признается свойство именоваться движимым имуществом (Вводный титул к Гражданскому кодексу Испании от 24 июля 1889 г. с последующими изменениями и дополнениями от 31 мая 1974 г. и от 18 мая 1999 г.). Законодательство Великобритании допускает подобное признание. Однако если эти средства были вложены в земельный участок, то необходимыми условиями данного признания является наличие доверительного собственника и факта

¹ См.: *Дмитриева Г. К.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей, разделу VI «Международное частное право». М., 2002. С. 237 и след.

² См.: *Международное частное право. Иностранное законодательство.* С. 252, 635.

продажи этого участка с последующей выплатой выручки определенному лицу (Закон «О собственности» 1975 г.)¹.

Применение иностранного закона для детализации перечисленных понятий может повлечь за собой необходимость разъяснения таких терминов, как «место обычного проживания», «место делового обзаведения» (содержатся в законодательстве Швейцарии), «вдовый узурфрукт» (присутствующий в нормативных актах Испании), «реальная и персональная движимость» (понятие известно английскому законодательству о собственности), «судебная ипотека» (содержится в Законе Французской Республики № 55-22 от 4 января 1955 г.). В таком случае российский юрисдикционный орган будет вынужден прибегнуть к ст. 1187 ГК и окажется перед выбором: либо квалифицировать эти понятия в том виде, в каком они изложены в иностранном нормативном акте, либо искать их аналоги в отечественном праве.

Приведенные коллизионные принципы действуют в отношении соответствующих частей наследственной массы. Однако основное свое значение они приобретают в ситуации, когда по завещанию осуществляется переход прав на наследуемое имущество от одного лица к другому. Завещательное распоряжение обычно обязывает компетентные органы установить, удовлетворяет ли оно формальным требованиям по его составлению, не нарушает ли нормы публичного порядка, не затронуты ли права и законные интересы третьих лиц, подлежащих обязательной защите.

В Российской Федерации законодательство по существу воспроизводит общепринятую формулу о том, что завещание должно быть совершено лицом, обладающим дееспособностью в полном объеме (ст. 1118 ГК РФ). Природа завещательной дееспособности отличается известной двойственностью. С одной стороны, способность лица к составлению завещания представляет собой одно из проявлений его общей гражданской дееспособности и входит в содержание личного статуса. В то же время в практическом плане она проявляется лишь тогда, когда рассматривается как предпосылка действительности наследственных правоотношений. Разрешая возникшую коллизию, законодатель предусматривает отдельную коллизионную норму применительно к завещательной дееспособности и предпочитает согласовывать способность индивида к составлению завещания с требованиями того государства, где он проживал в момент его составления (п. 2 ст. 1224 ГК РФ).

На практике данная норма порождает несколько проблем. В первую очередь заявляет о себе следующая ситуация. Российское право, как, впрочем, и право большинства других государств, исходит из тезиса о том, что индивид может свободно составить завещание, если он достиг возраста полного совершенно-

¹ См. там же. С. 311.

летия (как правило, 18 лет) и осознает как значение, так и последствия своих действий. К сожалению, при установлении завещательной дееспособности несовершеннолетних различные государства уже не столь единодушны. Так, французское законодательство допускает, что несовершеннолетний индивид, проживающий на территории Франции, может составлять завещание без каких-либо дополнительных условий. Правда, по такому завещанию наследники приобретают право лишь на половину имущества, принадлежавшего завещателю (ст. 904 ФГК). Напротив, в России несовершеннолетний индивид может стать завещателем имущества только в том случае, если он вступит в брак, либо начнет работать по трудовому контракту, либо займется предпринимательской деятельностью с согласия родителей, усыновителей, опекунов (ст. 27 ГК РФ).

Нельзя не коснуться и так называемой проблемы обратной ссылки. Вполне реальна ситуация, когда наличие места жительства за рубежом приведет к необходимости использования иного критерия установления права применительно к возможности завещать, например критерия гражданства. В частности, закон гражданства определяет способность наследодателя к составлению или отмене завещания в праве Греции, Египта, Италии и других государств. Аналогичен подход и договоров о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам, заключенных между Российской Федерацией и Республикой Польша 16 сентября 1996 г., между Российской Федерацией и Республикой Индия 3 октября 2000 г. Если наследодатель обладает постоянным местом жительства в одной из приведенных стран— участниц такого соглашения, то возникает вопрос, какое право должно быть применено (материальное или коллизионное). Статья 1190 ГК РФ указывает на необходимость применения материального права.

Отдельная норма установлена и в отношении формы завещательного распоряжения. Как указывает действующее законодательство Российской Федерации, форма завещания также определяется в соответствии с законодательством той страны, где проживает наследодатель в момент составления распоряжения на случай смерти. В России в соответствии со ст. 1124 ГК РФ последняя воля индивида должна быть представлена в письменной форме вне зависимости от того, в каких обстоятельствах она совершается и какого имущества касается. Исключения из этого правила строго регламентированы законодателем (ст. 1129 ГК РФ).

В виде общеобязательной нормы закон предусматривает, что завещателю следует удостоверить свое распоряжение. Согласно ст. 13 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. любой нотариус обладает полномочиями удостоверить завещания. Нотариально удостоверенный акт о распоряжении имуществом на случай смерти регистрируется в реестре

нотариальных действий, сведения о нем вносятся в алфавитную книгу учета завещаний (ст. 1125 ГК РФ также предоставляет нотариусу право удостоверить завещание)¹.

Применение закона «места жительства завещателя» вполне может привести к тому, что и российский гражданин будет вынужден подчинить свое завещание той форме, которая воспринята иностранным государством. Тогда при совершении завещания, допустим, во Франции завещателю придется обратиться к услугам не одного, но двух нотариусов (либо одного нотариуса, но двух свидетелей). Швейцарское законодательство вообще исключает нотариуса из круга участников наследственных правоотношений. Его функции исполняет должностное лицо — служащий судебного или административного органа. Присутствие свидетелей по-прежнему обязательно (ст. 86 швейцарского Закона «О международном частном праве» 1987 г.)².

Законодательство Германии, напротив, практически не обращается к статусу свидетеля как одного из непосредственных участников правоотношений по наследованию (§ 2064 ГГУ)³.

В отличие от положений ГГУ Гражданский кодекс Российской Федерации воспринимает приглашение свидетеля как вполне закономерную стадию совершения завещания. Присутствие свидетеля при нотариальном удостоверении завещательного распоряжения представляет собой неотъемлемое право любого завещателя (в том числе иностранца). Естественно, что свидетель должен всецело соблюдать тайну завещания (ст. 1123 ГК РФ). Следует отметить, что с принципом тайны завещания непосредственно связан и порядок выдачи дубликата нотариально заверенного завещания, который вручается только самому завещателю либо его наследнику. Наследники другой очереди приобретают право на дубликат по представлению необходимых документов о смерти завещателя и наследника.

Положения закона о тайне завещания позволяют завещателю не сообщать кому-либо как о содержании завещания, так и о внесенных в него изменениях. Вместе с тем существует вероятность того, что эти сведения все-таки станут достоянием гласности. На этот случай законодатель предлагает завещателю составить закрытое завещание. Структура закрытого завещания и требования, предъявляемые к нему, определяются ст. 1126 ГК РФ. В то же время на территории, скажем, Франции действует свой порядок передачи закрытого завещания нотариусу или подписания его свидетелями. Коллизионная привязка к «закону места жительства» применительно к форме завещания делает весьма существенной проблему принятия обязательной доли в наследстве, которая иногда бывает тесно связа-

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

² См.: Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 645.

³ См.: Савельев В. А. Гражданский кодекс Германии (система, история, институты). М., 1994. С. 92.

на с другими институтами, например с закрытым завещанием. После передачи такого завещания нотариусу последний обязан объяснить завещателю сущность ст. 1149 ГК (об обязательной доле в наследстве) и составить об этом соответствующую запись.

Возникает вопрос, когда индивид вступает во владение имуществом—после оглашения текста завещания либо после подачи нотариальному органу по месту открытия наследства заявления о принятии наследства? Предположим, что иностранный законодатель допускает и первую и вторую формы вступления во владение наследуемым имуществом. Будут ли они признаны в России? Гражданский кодекс пока не дает ответа на этот вопрос, хотя и не содержит строгих указаний на невозможность использования для установления обязательной доли в наследстве любого из перечисленных способов.

Сохраняет свою актуальность и проблема обратной отсылки. Так, немало стран стремится использовать известный нам критерий гражданства в целях установления права, подлежащего применению, и для формы завещания. Достаточно вспомнить Закон Италии № 218 «О реформе итальянской системы международного частного права» от 31 мая 1995 г., законодательство Греции (Гражданский кодекс 1940 г.), Турции (Закон № 2675 «О международном частном праве и международном гражданском процессе» от 20 мая 1982 г.). Все эти законы взаимоувязывают процедуру установления формы завещания и гражданство завещателя. Критерий гражданства известен и международным соглашениям Российской Федерации¹. Российское законодательство не допускает обратной отсылки к наследственным отношениям (ст. 1190 ГК).

Существуют ли какие-либо способы защиты прав и интересов российских граждан, как тех, кто вынужден составлять завещание за рубежом, так и тех, кто является наследником? Искомую защиту можно найти в консульской миссии. Консул участвует при составлении точной описи наследства (в соответствии с консульскими конвенциями он присутствует при опечатывании наследства компетентными органами государства пребывания). Вмешательство консула позволит принять меры по сохранности наследуемого имущества и распоряжению им (консульское должностное лицо правомочно подавать прошения о принятии таких мер и защищать интересы завещателя в различных инстанциях)².

¹ Именно он определяет формы составления завещательного распоряжения в Договоре о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам, заключенном между Российской Федерацией и Республикой Куба 14 декабря 2000 г.

² См.: Консульские конвенции между Российской Федерацией и Украиной от 15 января 1993 г., Российской Федерацией и Республикой Узбекистан от 2 марта 1994 г., Российской Федерацией и Республикой Куба от 2 марта 1998 г. // Бюллетень международных договоров. 1999. № 2. С. 19; 1999. № 3. С. 48; 2000. № 4. С. 26.

В ряде случаев обращение к консулу просто необходимо. Одна из таких ситуаций приведена в Договоре между Российской Федерацией и Республикой Индия о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и торговым делам от 3 октября 2000 г. Если индивид — гражданин договаривающейся страны умирает в поездке на территории другого государства, не имея в последнем постоянного места жительства, то находящееся при нем имущество передается в дипломатическое учреждение или в консульство той страны, гражданством которой обладал умерший, для его последующей передачи потенциальным наследникам.

Принципы, относящиеся к завещательной способности, составляют предмет другого подраздела ст. 1224 ГК РФ. Пункт 2 осуществляет коллизионно-правовое регулирование этого института, закрепляя отсылку, в том числе и в отношении недвижимого имущества, к закону страны, где наследодатель имел последнее место жительства в момент составления завещания или акта о его отмене. Согласно действующему законодательству завещание не может быть признано недействительным в силу несоблюдения формы, если она удовлетворяет требованиям права места составления, акта отмены либо общим требованиям российского права. Таким образом, коллизионные принципы ст. 1224 ГК РФ признают, что завещатель обладает относительной свободой выбора права, подлежащего применению к форме завещания или акта его отмены. Множественность коллизионных привязок создает своеобразные «цепочки» коллизионных норм в качестве гибких инструментов регламентации наследственных отношений.

Одним из необходимых условий получения наследником из одного государства имущества, оставшегося в иной стране, является своевременная уплата в этой стране всех налогов с наследуемого имущества, что и составит предмет следующего раздела.

16.4. Вопросы налогообложения в наследственных отношениях международного характера

Налоги, взимаемые с наследства (inheritance tax, в США — death tax), распространены повсеместно. Законодательная практика различных стран демонстрирует в этом вопросе общность взглядов, руководствуясь тем, что налоги на наследство необходимы для покрытия затрат, понесенных государством при вступлении наследника в права владения, а также на возмещение похоронных и административных расходов. Общим критерием для различных стран является установление взаимозависимости между режимом налогообложения наследуемого имущества и налоговым статусом его владельца. Иными словами, если лицо на момент своей смерти постоянно проживало в том или ином государстве, налоги на передачу наследства должны взиматься со всей собственности,

которая принадлежала ему на момент кончины, независимо от того, где это имущество расположено. Факт простого пребывания иностранного гражданина на территории данного государства означает, что налог на наследство взимается только в отношении того имущества, что было расположено на территории этого государства. Исчисление налога для иностранцев и его уплата, как правило, производятся на тех же основаниях, что и для отечественных граждан. Таким образом, речь идет о предоставлении иностранцам национального режима налогообложения.

Существуют два вида налогов, взимаемых с имущества, переходящего от одного собственника к другому в порядке наследования. Один вид так и именуется налогом с наследства. Другой относится к имуществу, переходящему от одного собственника к другому в виде дара. Эти налоговые платежи взаимосвязаны между собой, поскольку оба подлежат уплате с имущества, право на которое переходит к новому владельцу не в результате коммерческой сделки. Связующим компонентом является то обстоятельство, что названные виды налогов имеют одинаковые ставки и порядок определения облагаемой суммы. Укажем, что в силу данной взаимосвязи приведенные виды государственных доходов принято объединять в одну группу налогов: налоги на переход права собственности на состояние (wealth transfer taxes).

В США, Великобритании, Германии оба вида налога существуют отдельно, причем налогообложение имущества, перешедшего в результате наследования и дарения, осуществляется главным образом на центральном (федеральном) уровне. Исключение из правила составляет Швейцария, где налоги с наследств и дарений взимаются на уровне кантонов, что, несомненно, приводит к появлению особенностей такого налогообложения на уровне каждого из кантонов. Весьма парадоксальная ситуация сложилась в Канаде, где действующим законодательством не предусмотрены ни налог с дохода, составляющего предмет накоплений, ни налог на собственный капитал. В силу этого ни на уровне правительства, ни соответственно на уровне администраций провинций специальные налоги на наследство и на дарение не взимаются. Налог-обложение имущества, переходящего от одного собственника к другому как в пределах семьи, так и вне ее, осуществляется посредством применения налогов на доход.

Следует коснуться содержания трех основных элементов налога на наследство — предмета (объекта) налогообложения, способа обложения налогом и ставки налогообложения. Ответ на вопрос, что же составляет предмет налогообложения по существу, уже приведен выше: это материальные и нематериальные вещи, хотя перечень таких вещей отличается известным разнообразием. Так, в США, Германии, Великобритании это недвижимость, личная собственность, физически расположенная на территории этих

стран, валюта и неосязаемая личная собственность, которая включает в себя долю от доходов в акционерном капитале компании, участие в товариществе или доверительном фонде. В Германии к неосязаемой личной собственности также относятся вклады в страховые компании, денежные средства, хранимые на банковских счетах, а к личной собственности — ценные бумаги. В этой стране налог с наследства взимается только с тех вкладов и тех средств, что принадлежат физическим лицам.

Различают две формы взимания налога с наследств и дарений. Так, одним государствам свойственно взимать налог с наследств и дарений со всего объема стоимости наследуемого или предоставляемого в качестве дара имущества (estate-type). Отчасти этот тип налогообложения нашел применение в Великобритании, Северной Ирландии и США. В этих государствах в целях расчета налога на первой стадии устанавливают налог с суммарной стоимости имущества умершего. Далее рассчитывают предварительный налог с оценочной стоимости налогооблагаемого имущества и суммарной стоимости налогооблагаемого дарения, не включенного в общую стоимость собственности. Для исчисления налога на дарение предварительно необходимо определить размер налогового платежа с общей суммы всех дарений, произведенных в текущем и в предшествующих годах, далее из этой величины вычесть налоги, связанные с более ранними дарениями.

В иных странах налогом облагается только доля каждого получателя имущества (inheritance-type). Непосредственно размеры налоговых платежей с имущественных и земельных долей, переходящих в порядке наследования или дарения, исчисляются исходя из их стоимости. Необходимым условием налогообложения доли наследуемого или переходящего в порядке дарения имущества является документальное подтверждение наличия долевой собственности наследодателя или дарителя.

Ставки обложения налогом наследств и дарений устанавливаются с учетом принадлежности (по степени родства) индивида-наследника и получателя дарений к тому или иному налоговому классу. Каждому классу свойствен свой размер налоговых ставок, повышающихся при уменьшении степени родства. От налогового класса зависит и размер налогооблагаемого имущества. Интересен в этом отношении опыт Германии, в которой существуют четыре группы плательщиков налога на наследство и на дарение. Величина ставки налогообложения зависит от размера оценочной стоимости имущества и может меняться от 3 до 30 процентов при предельном размере в 70 процентов¹.

Однако не все государства прибегают именно к такому методу расчета налога. Так, в ЮАР ставка налога на наследство и даре-

¹ См.: Князев В. Г. Налоговые системы зарубежных стран. М., 1997. С. 50.

ние не зависит от принадлежности лица к кругу наследников или индивидов, имеющих право на получение дарственной, и одинаково для всех, кто постоянно проживает на территории ЮАР (ее величина—25% с суммарной оценочной стоимости имущества). Налог с наследств и дарений в ЮАР уплачивают не только физические лица, но и правосубъектные образования, обладающие статусом юридического лица (компаний).

Как показывает международный опыт, налогам на наследство и на дарение свойственны высокие уровни предельных налоговых ставок. Однако наблюдается любопытная деталь: в общей сумме поступлений в бюджет государства доля от налогообложения наследств и дарений невелика (менее 1%). Это объясняется тем, что практически во всех странах действуют системы разрешенных вычетов из суммы наследования, подлежащей налогообложению. Так, в облагаемую сумму не включаются возмещения по страхованию. В ряде стран, в частности в Германии, значительная часть стоимости земельной собственности и жилых домов подлежит вычету. Нельзя не учитывать и фактор льготного налогообложения (имущество благотворительных фондов).

Налогообложение наследуемого имущества все же остается выгодным государству, поскольку по существу предоставляет ему право участвовать в разделе имущества и таким образом нередко приобретать весьма значительные его части¹.

Нельзя пройти мимо такой проблемы, как устранение избыточного налогового бремени. Именно здесь необходимо упомянуть о специальных международных актах — двусторонних соглашениях об устранении двойного налогообложения в отношении наследования недвижимости, дарений и иных форм перехода собственности. Эти соглашения содержат указания, какими именно методами государству следует руководствоваться при определении своей налоговой юрисдикции.

В заключение укажем, что практика совершенствования международных соглашений по наследованию уже сейчас позволяет выявить некоторые тенденции их развития. Одна из них состоит в том, что регламентация правоотношений в сфере наследования в основном будет осуществляться посредством многостороннего регулирования вопросов наследования. Очевидным стимулом к этому является непрерывное углубление разнообразных форм сотрудничества между странами и народами. Многосторонние соглашения позволяют создать прочную основу для подготовки двусторонних договоров по наследованию и, следовательно, большей детализации тех норм, которые регламентируют разрешение спорных вопросов наследования.

¹ См.: *Русакова И. Г.* Налоги и налогообложение. М., 1998. С. 196.

Глава 17. ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

17.1. Коллизионные принципы в сфере международных трудовых отношений

Наряду с гражданско-правовыми отношениями предметом международного частного права являются также трудовые отношения с иностранным элементом. Право, регулирующее трудовые отношения, носит двойственный характер: ему кроме частноправового элемента присущ и элемент публично-правовой. По мнению Л. А. Лунца, нельзя сказать, чтобы было ясно, какие вопросы относятся к публично-правовым, а какие — к гражданско-правовым элементам трудового права¹. В. П. Звеков считает, что система норм, воздействующих на трудовые отношения с иностранным элементом, образует подотрасль международного частного права — международное частное трудовое право, состоящее из материально-правовых и коллизионных предписаний². В числе источников международного частного трудового права значительную роль играют уставы и положения о персонале международных организаций, что обусловлено особенностями транснациональных трудовых отношений.

В области трудовых отношений сложились следующие основные коллизионные принципы.

1. *Свобода выбора права (автономия воли — lex voluntatis)*. Этот принцип применяется в Великобритании, Италии, Канаде, ФРГ, Польше. Например, согласно ст. 32 Закона Польши 1965 г. о международном частном праве «стороны могут подчинить трудовые правоотношения выбранному им закону, если он находится во взаимосвязи с этими правоотношениями».

2. *Закон места работы (lex loci laboris)*. В соответствии с этим принципом к иностранцам применяется закон страны места работы. Он закреплен в законодательстве Австрии, Албании, Венгрии, Испании, России, Швеции и других стран. Например, в соответствии с § 51 венгерского Закона о международном частном праве 1979 г. к трудовому правоотношению, если нормативный акт не предусматривает иного, применяется закон того государства, на территории которого следует выполнять работу.

3. *Закон места нахождения работодателя*. В соответствии с этим коллизионным принципом, если согласно трудовому дого-

¹ См.: Лунц Л. А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 477.

² См.: Звеков В. П. Международное частное право: Курс лекций. М., 1999. С. 410.

вору работу следует выполнять на территории нескольких государств, к трудовому отношению применяется закон места нахождения, места жительства или места коммерческой деятельности работодателя.

Согласно ст. 101 Закона Румынии применительно к регулированию отношений международного частного права 1992 г. трудовой договор подчиняется, если только стороны не договорились об ином, закону того государства, на территории которого: а) работник обычно выполняет свою работу согласно договору, даже если временно он направлен в другое государство; б) находится предприятие, нанявшее работника, если такой работник выполняет работу, в силу характера самой своей деятельности, в нескольких государствах; в случае, когда тем не менее существует более тесная связь договора с другим государством, применимым является закон этого государства¹. Аналогичный принцип закреплен в ст. 30 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению².

4. *Закон флага судна (lex flagi)*. Трудовое соглашение работника, исполняющего службу на водном или воздушном транспорте, регламентируется законом страны, где зарегистрировано транспортное средство. Например, согласно ст. 57 КТМ РФ порядок приема на работу членов экипажа судна (в том числе иностранцев), их права и обязанности, условия труда и оплаты труда, а также порядок и основания их увольнения определяются трудовым законодательством Российской Федерации и КТМ РФ.

Статья 140 Румынского закона гласит: закон флага морского или речного судна или закон того государства, в котором воздушное судно было зарегистрировано, регулирует договор найма экипажа судна, если стороны не избрали другой закон³.

5. *Личный закон работодателя — физического или юридического лица (lex personalis или lex societatis)*. Например, если работники венгерского работодателя выполняют работу за границей по командировке или на более длительной зарубежной службе, то к правовому отношению следует применять венгерский закон. Данный принцип применяется также и тогда, когда место работы определить точно невозможно (например, ввиду командировок) или работа подлежит исполнению в двух или более странах.

6. *Закон страны заключения контракта о найме (lex loci contractus)*. Например, по законодательству Англии и США к трудовым отношениям, заключенным в этих странах, применяется местное право.

¹ См.: Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 510.

² См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 454—455; см. также: Кох Х. и др. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001. С. 438.

³ См.: Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 517.

По мнению российских ученых, экстерриториальное применение трудового права допустимо в двух случаях: а) с помощью заключения специального соглашения; б) иностранное право применяется во всех случаях, когда коллизионные нормы прямо отсылают к иностранному закону¹. Любое государство вправе запретить на своей территории применение норм иностранного трудового права, если они противоречат публичному порядку.

Некоторые государства стремятся расширить экстерриториальное действие своего трудового законодательства. К таким актам, например, относятся законы США о справедливых условиях труда, об инвалидах, о запрете дискриминации пожилых трудящихся. Эти законы действуют не только на территории США; но распространяются на трудовые отношения проживающих за рубежом американских граждан с американскими компаниями, функционирующими за пределами США².

В Российской Федерации применение законодательства о труде государств — членов СНГ возможно лишь на базе соответствующих межгосударственных соглашений.

17.2. Международно-правовое регулирование условий труда иностранцев

Всеобщая декларация прав человека 1948 г. признает за каждым человеком право на труд, на свободный выбор работы, на справедливые и благоприятные условия труда и на защиту от безработицы (ст. 23).

Государства — участники Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. признают право на труд, которое включает право каждого человека на получение возможности заработать себе на жизнь трудом, который он свободно выбирает или на который он свободно соглашается, и предпримут надлежащие шаги к обеспечению этого права (ст. 6). Участвующие в этом Пакте государства признают право каждого на справедливые и благоприятные условия труда, включая, в частности: а) вознаграждение, обеспечивающее как минимум всем трудящимся справедливую зарплату и равную оплату за труд равной ценности без какого бы то ни было различия. Кроме того, должны быть гарантированы условия работы, отвечающие требованиям безопасности и гигиены, одинаковая для всех возможность продвижения по работе на соответствующие более высокие ступени исключительно на основании трудового стажа и квалификации.

* См.: *Киселев И. Я.* Зарубежное трудовое право. М., 1998. С. 182.

² Там же. С. 184.

Конвенции и рекомендации МОТ. МОТ является одной из старейших специализированных учреждений ООН. Она создана в 1919 г. в соответствии с Версальским мирным договором. Одна из основных задач МОТ сводится к подготовке и принятию конвенций и рекомендаций по вопросам условий труда и жизни трудящихся. Российская Федерация участвует в 47 конвенциях МОТ.

Так, в 1958 г. МОТ одобрила Конвенцию «Дискриминация в области труда и занятий», в 1949 г.—Конвенцию «О трудовых статьях в договорах, заключенных государственными органами власти» и Конвенцию «О трудящихся-мигрантах», в 1975 г. — Конвенцию «О злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения»¹.

Конвенция 1949 г. «О трудящихся-мигрантах» (пересмотренная) устанавливает, что государство — член МОТ, участвующее в данной Конвенции, обязуется предоставлять без дискриминации по признаку национальности, расы, религии или пола иммигрантам, законно пребывающим на его территории, условия не менее благоприятные, чем те, которыми пользуются его собственные граждане в отношении таких вопросов, как заработная плата, рабочее время, сверхурочные работы и т. д.

Конвенции и рекомендации МОТ защищают мигрантов на всех стадиях. Приоритет в полномочиях и надзоре над вербовкой мигрантов должен быть у компетентных государственных органов власти (Конвенция № 97). В соответствии с Рекомендацией № 100 мигранты не должны оплачивать проезд в страну, куда направляются по найму. Рекомендация № 97 предусматривает освобождение работников от уплаты таможенных пошлин по прибытию к месту работы, кроме того, им должна оказываться помощь в обустройстве и получении соответствующей работы. Ряд конвенций МОТ определяет, в частности, такие вопросы, как минимальный размер и форма выплаты зарплаты, условия труда, техника безопасности, поощрение, социальное обеспечение, здравоохранение и безопасность, права профсоюзов, свобода передвижения и право обращения в суд. Согласно Рекомендации № 151 мигранты имеют право обжаловать решение о досрочном прекращении их занятости и не несут расходов по осуществлению административных или юридических процедур, если они выдворены из страны.

Ряд вопросов, касающихся условий труда, закреплен в Конвенциях «О прекращении трудовых отношений» 1982 г., «Об оплачиваемых отпусках» 1970 г., «О равноправии граждан страны и иностранцев и лиц без гражданства в области социального

¹ Тексты конвенций и рекомендаций МОТ см.: Международная организация труда. Конвенции и рекомендации. 1919—1956 (Т. 1) и 1957—1990 (Т. 2). Женева, 1991.

обеспечения», «О сохранении прав в области социального обеспечения» 1982 г., «О свободе ассоциаций и защите права на организацию» 1948 г.

В декабре 1990 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла Международную конвенцию о защите прав всех трудящихся — мигрантов и членов их семей. Согласно ст. 8 Конвенции трудящиеся-мигранты и члены их семей могут свободно покидать любое государство, включая государство своего происхождения. По окончании своего пребывания в государстве работы по найму трудящиеся-мигранты имеют право переводить свои заработанные средства и сбережения, согласно применимому законодательству соответствующего государства, вывозить свое личное имущество.

Международные нормы по защите мигрантов содержатся в двусторонних договорах, конвенциях, принятых в рамках ООН, МОТ и других организаций. Двусторонние договоры в большинстве случаев стали заключаться в 60-х годах. Испытывая острый дефицит в рабочей силе, ряд западноевропейских стран, в частности Бельгия, Нидерланды, ФРГ, Франция, Швейцария, заключили двусторонние договоры об импорте рабочей силы с Алжиром, Испанией, Грецией, Португалией, Турцией, Марокко и Тунисом. В 70-е годы развивающиеся страны подписали договоры о вербовке рабочих под государственным надзором. В качестве примера можно упомянуть соглашение между Бангладеш и Ливией, Оманом и Ираном, Иорданией и Габоном.

В двусторонних договорах решаются следующие вопросы.

1. *Статус компетентного органа государства*, занимавшегося вопросами направления трудящихся в зарубежные страны.

2. *Порядок обмена информацией и уведомление о вакансиях*. Должна ли страна эмиграции обмениваться со страной иммиграции? Каким образом рабочие из стран эмиграции могут получать информацию о наличии индивидуальных вакансий или однопрофильных групповых вакансий?

3. *Нелегальные мигранты*. Каков порядок урегулирования статуса мигрантов, если их въезд, пребывание и занятость являются незаконными? Должны ли они быть отправлены обратно? Обязана ли страна эмиграции принять их назад?

4. *Список кандидатов*. Каким образом страна эмиграции должна составлять списки кандидатов, желающих получить работу за рубежом? Какие сведения о трудящихся необходимо включать в список?

5. *Предварительный отбор*. Несет ли компетентный орган отправляющей стороны ответственность за предварительный отбор из списка кандидатов тех лиц, которых можно считать подходящими на предлагаемые вакансии?

6. *Медицинское обслуживание.* Должны ли кандидаты пройти до отбора медицинское обследование? Если да, то врач какой страны должен проводить обследование?

7. *Въездные документы.* Какие удостоверения личности, визы, паспорта и другие документы требуются для въезда?

8. *Вид на жительство и разрешение на трудоустройство.* Обязаны ли трудящиеся-мигранты получать разрешение на проживание и трудоустройство в принимающей стране? Если да, то кто их выдает? Сколько должно быть разрешений?

9. *Трудовой договор.* Должен ли к договору прилагаться основной договор или образец договора? Должен ли он составляться на нескольких языках?

10. *Жилище.* Кто несет расходы на жилище, когда рабочий приезжает в страну миграции?

11. *Юрисдикция.* В случае возникновения спора между сторонами договора правоприменительные органы какого государства вправе рассмотреть этот спор?

Трудовые правоотношения в рамках СНГ. Учитывая важность в области миграции трудовых ресурсов в странах СНГ, в целях сближения национальных законодательств и обеспечения гарантий прав трудящихся-мигрантов в сфере трудовых отношений Межпарламентская ассамблея государств — участников СНГ приняла рекомендательный законодательный акт «Миграция трудовых ресурсов в странах СНГ». Действие этого документа распространяется на трудящихся-мигрантов и членов их семей, органы власти и управления, субъекты всех форм хозяйствования, занимающиеся направлением граждан для трудовой деятельности за границу, привлечением на территорию государств-участников рабочей силы в соответствии с международными соглашениями и двусторонними межгосударственными договорами.

В соответствии со ст. 3 трудовой миграцией признаются: а) выезд граждан за границу для получения оплачиваемой работы по договору (контракту); б) въезд граждан других государств для получения оплачиваемой работы на территорию государства, гражданами которого они не являются; в) приграничная (маятниковая) трудовая миграция трудящихся-мигрантов сопредельных территорий в целях получения оплачиваемой работы на территории другого государства с учетом проживания на территории государства выезда.

В ст. 5 Рекомендательного законодательного акта закреплён коллизийный принцип *lex loci laboris*. В частности, въезд граждан на территорию государства трудоустройства, их пребывание там и выезд осуществляются согласно действующему на территории государства трудоустройства законодательству и соответствующим соглашениям. Соответствующие органы могут потребовать досрочного прекращения трудовых отношений и возвращения

трудящегося-мигранта в государство выезда в случаях нарушения им законодательства.

Ограничения на въезд трудящихся-мигрантов допускаются лишь в случаях, прямо предусмотренных в законодательстве государства трудоустройства. Въезд трудящихся-мигрантов может быть ограничен: а) с учетом ситуации на внутреннем рынке труда; б) по соображениям национальной безопасности; в) в целях обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения; г) для определенных категорий лиц, совершавших преступления против мира, человечества или иные тяжкие преступления, предусмотренные в законодательстве государства трудоустройства.

В Рекомендательном законодательном акте закреплён ещё один важный принцип — принцип равенства. При заключении договоров (контрактов) о трудоустройстве трудящиеся-мигранты имеют равные права с гражданами государства при приеме на работу и расторжении трудовых отношений, установлении условий оплаты труда, режима работы, охраны здоровья и гигиены труда, социальной защиты. Не допускается дискриминация трудящихся-мигрантов и членов их семей по признаку национальности, расы, религии и пола.

Трудящимся-мигрантам из стран СНГ гарантируется признание на всей территории дипломов, свидетельств об образовании, соответствующих документов о присвоении звания, разряда, квалификации и других необходимых для трудоустройства документов, полученных в государстве выезда, а также трудового стажа, включая стаж на льготных условиях и по специальности.

Право трудящегося-мигранта на жизнь и охрану здоровья гарантируется в соответствии с действующим законодательством государства постоянного места жительства и государства трудоустройства. Возмещение ущерба, причиненного здоровью трудящегося-мигранта вследствие увечья либо иного повреждения здоровья, связанного с исполнением трудовых обязанностей, а также вследствие наступления смерти потерпевшего, производится государством, законодательство которого распространяется на трудящегося-мигранта в момент получения увечья или иного повреждения здоровья.

Наниматели (работодатели) должны обеспечить уполномоченные органы и трудящихся-мигрантов объективной информацией о характере работы, об оплате труда и условиях проживания, социального обеспечения, медицинского обслуживания, проезда трудящихся-мигрантов и членов их семей к месту трудовой деятельности и возвращения в государство выезда.

В апреле 1994 г. Российская Федерация, Украина, Молдова, Армения подписали Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов. В дальнейшем к этому соглашению присоединились Таджикистан, Казахстан, Узбекистан, Кыргызстан, Азербайджан и Белоруссия. Оно регулирует основные направления сотрудничества государств-

участников в области трудовой деятельности и социальной защиты лиц и членов их семей, которые постоянно проживают на территории одного из государств и осуществляют свою трудовую деятельность на предприятиях, учреждениях, организациях всех форм собственности на территории другого государства — участника Соглашения. В ст. 1 Соглашения заложен коллизионный принцип применения закона страны места работы (*lex loci laboris*). Под «страной трудоустройства» понимается государство, на территории которого трудящиеся-мигранты, прибывшие из другого государства, осуществляют свою трудовую деятельность на условиях трудового договора (контракта). Порядок привлечения работников, квалификационные, возрастные и иные требования к ним устанавливаются страной трудоустройства исходя из действующего на ее территории законодательства. Численность принимаемых работников определяется на основе двусторонних соглашений.

Каждая из сторон Соглашения признает (без легализации) дипломы, свидетельства об образовании, соответствующие документы о присвоении звания, разряда, квалификации и другие необходимые для осуществления трудовой деятельности документы и заверенный в установленном на территории страны выезда порядке их перевод на государственный язык страны трудоустройства или русский язык. Трудовая деятельность работника оформляется трудовым договором (контрактом), заключенным с работодателем на государственном языке страны трудоустройства и русском языке, в соответствии с трудовым законодательством страны трудоустройства, договор (контракт) вручается работнику до его выезда на работу.

Налогообложение трудовых доходов работников страны трудоустройства производится в соответствии с законодательством этой страны.

Вопросы пенсионного обеспечения работников и членов их семей регулируются Соглашением о гарантиях прав граждан государств — участников СНГ в области пенсионного обеспечения от 13 марта 1992 г. и (или) двусторонними соглашениями. Трудящиеся-мигранты пользуются социальным страхованием и социальным обеспечением (кроме пенсионного) в соответствии с действующим на территории страны трудоустройства законодательством. Их медицинское обслуживание осуществляется за счет работодателя (нанимателя) страны трудоустройства на одинаковом уровне с ее гражданами. Порядок возмещения работнику вреда, причиненного увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением им трудовых обязанностей, регулируется законодательством страны трудоустройства (если иное не предусмотрено отдельным соглашением).

Двусторонние договоры РФ. Российская Федерация заключила большое количество двусторонних договоров, в которых отражены

вопросы регулирования труда иностранцев. В частности, таковыми являются:

— Российско-китайское соглашение о принципах направления и приема китайских граждан на работу на предприятиях, в объединениях и организациях России 1992 г.;

— Российско-вьетнамское соглашение о принципах направления и приема вьетнамских граждан на работу на предприятиях, в объединениях и организациях Российской Федерации 1992 г.;

— Соглашение между Правительством Российской Федерации и 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.;

— Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь о трудовой деятельности и социальной защите граждан Российской Федерации, работающих на территории Республики Беларусь, и граждан Республики Беларусь, работающих на территории Российской Федерации, 1993 г.;

— Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Молдова о защите граждан Российской Федерации и Республики Молдова, работающих за пределами границ своих государств, 1993 г.;

— Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Украины о трудовой деятельности граждан России и Украины, работающих за пределами границ своих государств, 1993 г.

В рамках СНГ тоже заключены многосторонние соглашения. Среди них: Соглашение между Правительствами государств СНГ о сотрудничестве в области охраны труда 1994 г., о порядке расследования несчастных случаев на производстве, происшедших с работниками при нахождении их вне государства проживания, 1994 г.; о временном признании прав на возмещение вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей, 1994 г.; Соглашение о гарантиях прав граждан государств — участников Содружества Независимых Государств в области пенсионного обеспечения 1992 г.

17.3. Трудовые права мигрантов и иностранцев

По мнению зарубежных специалистов, около 80 млн человек живет сейчас в чужих странах (не считая бывшего Советского Союза и Югославии) и их число постоянно растет. Каждый год эмигрируют около 1 млн человек, кроме того, еще 1 млн ищут политического убежища в разных странах. К этому следует прибавить еще

18 млн беженцев, которые покинули свои дома из-за природных катастроф или преследования по политическим мотивам¹.

Трудящиеся-мигранты — это лица, которые занимались, занимаются или будут заниматься оплачиваемой деятельностью в государстве, гражданами которого они не являются.

В соответствии с Концепцией государственной миграционной политики, утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации 3 августа 1996 г., основными задачами государственной миграционной политики являются защита прав и интересов мигрантов; соблюдение государственных интересов при реализации миграционных программ и мероприятий, совершенствование системы иммиграционного контроля; регулирование миграционных потоков с учетом социально-экономического развития принимающего региона, национальной совместимости, специфики психологии мигрантов с учетом климатических особенностей мест расселения; создание условий приема и размещения, стимулирующих активное участие мигрантов в процессе адаптации к существующему социально-экономическому положению.

Миграция — это совокупность различных по своей природе территориальных перемещений населения, сопровождающихся изменением места жительства. Миграция может различаться по причинам (добровольная или вынужденная), типу (внешняя и внутренняя), виду (возвратная и безвозвратная). Вынужденная миграция может быть внешней (лица, ищущие убежища, в том числе беженцы) и внутренней (перемещенные лица, вынужденные переселенцы и др.), возвратной и безвозвратной.

Незаконная миграция может быть внешней и внутренней (в том числе вынужденной и добровольной).

Внешняя трудовая миграция относится к добровольной возвратной, может быть незаконной. Переселение рассматривается как безвозвратный вид миграции.

Субъектами внешней миграции являются: а) эмигранты, в том числе граждане России, выезжающие с ее территории по причинам политического, экономического и этнического характера, а также по личным мотивам (воссоединение семей, вступление в брак); лица ранее прибывшие на территорию Российской Федерации и получившие статус беженцев либо вынужденных переселенцев, выезжающие с ее территории; б) эмигранты транзитные — граждане бывшего Союза ССР, не являющиеся гражданами России, постоянно проживающие в государствах — бывших республиках Союза ССР и прибывающие в Россию с целью упрощения процедуры выезда в третьи страны; в) иммигранты-иностран-

¹ См.: *Стокер П.* Работа иностранцев. Обзор международной миграции рабочей силы. М., 1996. С. 3. По прогнозам, к 2010 г. число нелегальных мигрантов в России может возрасти до 19 млн человек.

цы (иностранцы, граждане и лица без гражданства), прибывшие в Россию (находящиеся на территории Российской Федерации) в поисках убежища, в том числе с намерением подать ходатайство о предоставлении им статуса беженца в соответствии с Конвенцией ООН 1951 г., Протоколом к ней 1967 г. и Законом Российской Федерации «О беженцах»; г) иммигранты транзитные—иностранцы, прибывающие в Россию с целью упрощения процедуры выезда в третьи страны.

Субъектами вынужденной миграции являются лица, ищущие убежища на территории Российской Федерации, в том числе: а) граждане бывшего Союза ССР; б) граждане государств—бывших республик Союза ССР, в том числе граждане Российской Федерации; в) граждане других государств; г) лица без гражданства (апатриды); д) лица, имеющие двойное гражданство (бипатриды).

Субъектами незаконной миграции являются: а) эмигранты неконтролируемые—граждане Российской Федерации, выезжающие с территории государств—бывших республик Союза ССР в другие иностранные государства; б) эмигранты нелегальные—граждане Российской Федерации, нелегальным способом выезжающие за рубеж или пересекающие государственную границу Российской Федерации с иностранными государствами; в) иммигранты незаконные: иностранцы, у которых объявленная цель въезда не соответствует их намерениям; иностранцы, въезжающие по поддельным документам; иностранцы, прибывающие в Россию нелегально, в том числе через государства—бывшие республики Союза ССР.

Временные иммигранты—это лица, имеющие визу и разрешение на работу на определенный период. Некоторые из них совершают ежедневные поездки через границу. Другие являются сезонными рабочими и приезжают на несколько недель или месяцев. Временные работники обычно имеют очень низкий уровень социальной защиты, поскольку они не живут в стране достаточно длительный период, чтобы внести свою долю в систему социального страхования. В США временные работники не могут получить пособие по инвалидности, поскольку они не платили налогов. Они также не получают пособия по безработице. Большинство стран Персидского залива, которые ввели бесплатное медицинское обслуживание для своих граждан, не распространяют его на временных иммигрантов.

Нелегальные иммигранты обычно находятся в наиболее ненадежном положении, поскольку в любое время могут быть депортированы. Однако это не означает, что они полностью лишены каких-либо прав. Например, в 1982 г. Верховный суд США постановил, что дети нелегальных иммигрантов могут иметь свободный доступ к системе образования, поскольку Конституция США провозглашает равную защиту законом всех людей, вне зависимости от того, являются ли они гражданами Америки или иностранца-

ми. «Нелегалам» может быть также предоставлена медицинская помощь. В Японии нелегальные рабочие получают компенсацию за несчастные случаи на работе.

Иммигрантами могут быть граждане конкретного государства, имеющие статус «постоянно проживающего». Им открыт доступ к большинству общественных институтов, включая социальное страхование, образование, жилье и здравоохранение. Обычно их нельзя вынудить покинуть страну, если они вдруг окажутся безработными. В ряде стран мигранты имеют право голоса, хотя в этом отношении часто устанавливаются ограничения. Например, в Нидерландах иностранцы, прожившие в этой стране минимум пять лет, имеют право голоса, но только на выборах в местные органы. В некоторых случаях они также могут сами быть избранными: в Швеции в 1988 г. 100 иностранцев были избраны в муниципальные советы. Наиболее часто встречающимся ограничением для постоянно проживающих является то, что они не имеют права занимать государственные должности. Например, в Австралии они не могут стать государственными служащими.

Согласно Закону о правовом положении иностранцев в Литовской Республике 1991 г. иностранцы, находящиеся на постоянном жительстве в Литовской Республике, могут заниматься любой трудовой или хозяйственной деятельностью, если она не запрещена законами Литвы и если для занятия такой деятельностью не предусматривается обязательное условие — иметь гражданство Литовской Республики.

Закон Украины о правовом статусе иностранцев 1994 г. признает за иностранцами право на трудовую деятельность. Согласно ст. 8 этого Закона иностранцы имеют равные с гражданами Украины права и обязанности в трудовых отношениях, если иное не предусмотрено законодательством Украины и международными договорами Украины. Иностранцы, постоянно проживающие в Украине, имеют право работать на предприятиях, в учреждениях и организациях или заниматься иной трудовой деятельностью. Иностранцы, иммигрировавшие в Украину для трудоустройства на определенный срок, могут заниматься трудовой деятельностью в соответствии с полученным в установленном порядке разрешением на трудоустройство. Однако они не могут назначаться на отдельные должности или заниматься определенной деятельностью, если в соответствии с законодательством Украины назначение на эти должности или занятие такой деятельностью связано с принадлежностью к гражданству Украины.

Иностранные граждане могут постоянно проживать в Российской Федерации, если они имеют на это разрешение и вид на жительство, выданные органами внутренних дел. Они вправе работать по трудовому договору на предприятиях, в учреждениях и организациях или заниматься иной трудовой деятельностью.

В Российской Федерации лицензирование деятельности, связанной с трудоустройством российских граждан за границей, осуществляется в соответствии с Положением, утвержденным Приказом Федеральной миграционной службы (ФМС) № 109 от 8 июля 1993 г. Под деятельностью, подлежащей лицензированию, понимается любая деятельность организации, направленная на осуществление трудовой эмиграции российских граждан за границу.

Для принятия решения о выдаче лицензии организации представляют соответствующим органам ФМС России следующие документы: а) заполненное по установленной форме заявление; б) заверенные копии учредительных документов организации; в) заверенную копию свидетельства о регистрации организации; г) копии соглашений, контрактов или их проектов с иностранными работодателями или иностранными посредническими фирмами на трудоустройство граждан Российской Федерации за границей. ФМС и ее территориальные органы проводят проверку деятельности организаций, на предмет соблюдения ими условий выполнения лицензий.

В соответствии с Конституцией Российской Федерации особенности регулирования труда иностранных граждан могут устанавливаться федеральным законом или международным договором. Такие особенности определены, например, в Законе РФ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г.

В Российской Федерации 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.

В соответствии с Федеральным законом «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 21 июня 2002 г. работодателем 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 трудовых договоров¹.

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 или заказчика работ (услуг) может выступать в том числе иностранный гражданин, за-

¹ : РГ. 2002. 31 июля.

регистрированный на территории РФ в качестве индивидуального предпринимателя.

Таким образом, иностранный гражданин может вступить в трудовые правоотношения двумя способами: а) по приглашению; б) в результате заключения трудового договора или гражданско-правового договора на выполнение работ (оказание услуг).

Для приглашения иностранного гражданина на работу работодатель или заказчик работ (услуг) обязан иметь разрешение на привлечение и использование иностранных работников; обеспечить получение иностранным гражданином разрешения на работу; предоставить документы, необходимые для регистрации иностранного гражданина по месту пребывания в РФ. Работодатель или заказчик должны содействовать выезду иностранного работника из РФ по истечении срока заключенного с ним договора.

Разрешение на привлечение и использование иностранных работников (кроме моряков и рыбаков) и приглашение на въезд в РФ иностранного работника выдаются федеральным органом исполнительной власти, ведающим вопросами внутренних дел, или его территориальным органом по ходатайству работодателя или заказчика работ. Одновременно с ходатайством о выдаче приглашения работодатель или заказчик работ (услуг) представляет в соответствующий орган разрешение на привлечение и использование иностранных работников, а также документы, необходимые для выдачи разрешения на работу для каждого иностранного работника. Вместе с приглашением в целях осуществления трудовой деятельности работодателю или заказчику работ выдается разрешение на работу для каждого иностранного работника.

Изложенный выше порядок найма иностранного гражданина не распространяется на иностранных граждан:

постоянно проживающих в РФ;

временно проживающих в РФ;

являющихся сотрудниками дипломатических представительств, работниками консульских учреждений иностранных государств в РФ, сотрудниками международных организаций, а также частными домашними работниками указанных лиц;

являющихся работниками иностранных юридических лиц (производителей или поставщиков), выполняющих монтажные (шеф-монтажные) работы, сервисное и гарантийное обслуживание, а также послегарантийный ремонт поставленного в РФ технического оборудования;

являющихся журналистами, аккредитованными в РФ;

обучающихся в РФ в образовательных учреждениях профессионального образования и выполняющих работы (оказывающих услуги) в течение каникул;

обучающихся в РФ 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;

приглашенных в РФ в качестве преподавателей для проведения занятий в образовательных учреждениях, за исключением лиц, въезжающих в РФ для занятия преподавательской деятельностью в учреждениях профессионального религиозного образования (духовных образовательных учреждениях).

Временно проживающий в РФ иностранный гражданин не вправе осуществлять трудовую деятельность вне пределов субъекта РФ, на территории которого ему разрешено временное проживание.

Иностранный гражданин не имеет права:

находиться на государственной или муниципальной службе; замещать должности в составе экипажа судна, плавающего под Государственным флагом РФ, в соответствии с ограничениями, предусмотренными Кодексом торгового мореплавания РФ;

быть членом экипажа военного корабля РФ или другого эксплуатируемого в некоммерческих целях судна, а также летательного аппарата государственной или экспериментальной авиации;

быть командиром воздушного судна гражданской авиации;

быть принятым на работу на объекты и в организации, деятельность которых связана с обеспечением безопасности РФ. Перечень таких объектов и организаций утверждается Правительством РФ;

заниматься иной деятельностью и замещать иные должности, допуск иностранных граждан к которым ограничен федеральным законом.

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

Контроль за трудовой деятельностью иностранных работников осуществляется федеральным органом, выдавшим разрешение на работу. В случае, если иностранный работник нарушил условия трудового договора или гражданско-правового договора на выполнение работ (оказание услуг), его разрешение изымается.

Согласно Федеральному закону Российской Федерации «О беженцах» 1993 г. беженец — это лицо, которое не является гражданином Российской Федерации и которое в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может пользоваться защитой этой страны или не желает пользоваться такой защитой вследствие этих опасений, или, не имея определенного гражданства и находясь вне страны своего прежне-

го обычного местожительства в результате подобных событий, не может или не желает вернуться в нее вследствие таких опасений.

В России лицо, признанное беженцем, имеет право на работу по найму или предпринимательскую деятельность наравне с гражданами Российской Федерации, за исключением случаев, предусмотренных законодательством и международными договорами Российской Федерации. Такие лица также имеют право на социальную защиту, в том числе социальное обеспечение, наравне с гражданами Российской Федерации (Закон РФ «О беженцах» 1993 г.).

Иностранные граждане, лица без гражданства, в том числе беженцы, пользуются на территории России в сфере социального обслуживания теми же правами, что и граждане Российской Федерации (ст. 6 Федерального закона «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов» 1995 г.).

Иностранные граждане и лица без гражданства, в том числе беженцы, проживающие на территории Российской Федерации, вправе получать государственные пособия на детей.

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 Российской Федерации (ст. 2 Федерального закона «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» 1995 г.).

17.4. Трудовые права российских граждан за рубежом

По экспертным оценкам, число российских граждан, желающих выехать на временную работу за границу, может составить от 2 до 5 млн человек в год.

В соответствии с Концепцией государственной миграционной политики, утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации, обеспечивается защита прав российских трудящихся-мигрантов; улучшается ситуация на внутреннем рынке труда за счет трудоустройства российских граждан за границей; защищается российский рынок труда от неконтролируемого притока иностранной рабочей силы; обеспечиваются поступление валютных средств за счет их переводов от трудящихся мигрантов и эффективное использование этих средств. При решении задач внешней трудовой миграции Российская Федерация учитывает необходимость: признания и соблюдения прав человека и гражданина на свободу перемещения, свободный выбор страны пребывания и места работы, а также возвращения на родину; обеспечения равенства трудовых прав мигрантов с правами граждан принимающей страны; обеспечения равенства гражданских, трудовых

и социальных прав российских граждан вне зависимости от того, в какой стране протекает их профессиональная деятельность.

Законодательство ряда стран, например Российской Федерации, Португалии, Филиппин, Пакистана и Индии, обязывает рабочих перед отъездом за рубеж представлять свои трудовые договоры на утверждение в службы миграции или внешней занятости. Только после того как выяснится, что условия договора отвечают установленным минимальным стандартам, рабочим выдается разрешение на миграцию. Минимальные стандарты включают в себя вопросы, касающиеся не только зарплаты и комплекса социальных льгот, но обычно и бесплатного проезда в оба конца, рабочего и сверхурочного времени, подъемных и жилищных средств, лечения, выходных, ежегодного отпуска, компенсации в случае производственной травмы, расходов на социальное обеспечение, расходов на случай смерти, а также оговорок об обоснованном досрочном прекращении или возобновлении трудового договора.

Трудовой договор должен быть составлен в соответствии с Конвенцией МОТ № 94 «О трудовых статьях и договорах, заключенных государственными органами власти» 1949 г. Такой договор должен включать в себя по крайней мере следующие положения: описание характера работы, место работы и продолжительность договора; размер основного месячного оклада и размер оплаты сверхурочных работ; продолжительность основного рабочего времени; выходные и праздничные дни; производственные травмы и бюллетень, скорая медицинская помощь и стоматологическое лечение; основания для расторжения трудового договора; безналичная компенсация и льготы¹.

Труд российских граждан, направляемых на работу в дипломатические представительства и консульские учреждения РФ, а также в представительства федеральных органов исполнительной власти и государственных учреждений РФ за границей, регламентируется гл. 53 Трудового кодекса 2002 г., постановлениями Правительства РФ и нормативными правовыми актами министерств и ведомств.

Направление работников на работу за границу производится специально уполномоченными федеральными органами исполнительной власти и государственными учреждениями РФ.

С работником, направляемым на работу в представительство РФ за границей, заключается трудовой договор на срок до трех лет. По окончании указанного срока трудовой договор может быть перезаключен на новый срок. Условия труда таких работников определяются трудовыми договорами, которые не могут ухуд-

¹ См.: *Маноло И., Абелла*. Направление трудящихся в зарубежные страны. Тбилиси, 1997. С. 96-97.

шать их положение по сравнению с требованиями Трудового кодекса РФ.

За время работы в учреждениях России за границей за работником сохраняется средний заработок по месту основной работы в Российской Федерации. Оплата труда российских граждан производится в российской и иностранной валютах исходя из установленных окладов и надбавок к ним. Работникам заграничных учреждений Российской Федерации предоставляются ежегодные оплачиваемые отпуска, продолжительность которых зависит от климатических и иных условий. Замена отпусков денежной компенсацией не допускается, за исключением случаев увольнения работников, не использовавших отпуск.

Трудовой договор, заключенный с работником, направляемым за границу, должен содержать характеристику его труда¹.

Работники, занятые на работах с вредными условиями труда, имеют право на дополнительный отпуск, продолжительность которого устанавливается в соответствии с законодательством Российской Федерации о труде.

Продолжительность рабочего времени и времени отдыха (в том числе праздничные дни) для работников учреждений Российской Федерации за границей определяется в соответствии с законодательством Российской Федерации. Выходные дни могут устанавливаться применительно к местным условиям.

В стаж работы по специальности включается время работы в учреждениях Российской Федерации за границей по данной специальности.

На условия труда российских специалистов, направленных за границу для оказания технического содействия и других услуг, и членов семей российских работников, принятых за границей на должности, предусмотренные контрактами, распространяются практически те же нормы, что и на работников, направленных на работу в российские учреждения.

В трудовые книжки специалистов, направляемых на работу за границу, предприятия, учреждения и организации производят запись об откомандировании их в распоряжение министерств (ведомств) для использования на работе за границей.

Российские специалисты за границей обеспечиваются бесплатно жилой площадью с мебелью, коммунальными услугами и в необходимых случаях переводчиками и транспортными средствами для служебных целей.

Российские специалисты подчиняются режиму рабочего времени и времени отдыха, установленному на предприятиях, в организациях и учреждениях, в которых они фактически работают

¹ См.: Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / Под ред. К. Н. Гусова. М., 2002. С. 550.

(*lex loci laboris*). Работа в этих условиях дополнительно не компенсируется.

В случае временной нетрудоспособности в период работы за границей специалистам полностью выплачивается зарплата в иностранной и российской валютах, но не свыше двух месяцев. Если период нетрудоспособности продолжается свыше двух месяцев, специалист возвращается в Российскую Федерацию.

Возмещение ущерба, причиненного специалистам увечьем либо иным повреждением здоровья, связанного с их работой за границей, производится министерством (ведомством), направившим специалистов за границу.

Работа в представительстве РФ за границей прекращается в связи с истечением срока, установленного при направлении работника. Такая работа может быть прекращена досрочно в случаях возникновения чрезвычайной ситуации в стране пребывания; объявления работника персоной нон грата либо получения уведомления от компетентных властей страны пребывания о его неприемлемости в стране пребывания; уменьшения установленной квоты дипломатических или технических работников соответствующих представительств; невыполнения работником принятых на себя при заключении трудового договора обязательств по обеспечению соблюдения членами его семьи законов страны пребывания, общепринятых норм поведения и морали, а также правил проживания, действующих на территории соответствующего представительства; однократного грубого нарушения трудовых обязанностей; временной нетрудоспособности продолжительностью свыше двух месяцев или при наличии заболевания, препятствующего работе за границей и т. п.

Условия труда российских граждан в коммерческих обществах, созданных за границей с участием наших предприятий и организаций, определяется контрактом, который не должен противоречить трудовому законодательству страны нахождения совместного предприятия или смешанного общества. При этом условия труда российских граждан не могут быть хуже условий труда иностранцев—граждан других государств.

Деятельность по трудоустройству российских граждан за пределами РФ подлежит лицензированию (постановление Правительства РФ от 14 июня 2002 г. № 424).

17.5. Правовое регулирование труда персонала межправительственных организаций

Трудовые отношения между межправительственной организацией и ее персоналом независимо от категории и гражданства регулируются исключительно положениями и правилами о персонале и не подпадают под сферу действия норм национального

(внутригосударственного) трудового права. Как отмечается в заключении юрисконсульта ФАО от 4 сентября 1970 г. «Вопрос о законе, применимом к трудовым отношениям между Организацией и ее персоналом категории общего обслуживания», контракты о найме, заключаемые между каким-либо учреждением ООН и ее персоналом, регулируются исключительно внутренним правом организации и не подпадают под действие положений какого-либо внутригосударственного права¹.

Международные административные трибуналы, так же как и национальные суды, неоднократно подчеркивали, что трудовые отношения, в которые вступают международные организации с их персоналом, подпадают под сферу действия не государственного права, а внутреннего права соответствующей организации. Еще в 1932 г. Комитет юристов, назначенный Лигой Наций, в своем заключении отметил, что официальные лица Лиги «образуют часть международной гражданской службы, и правовые отношения, существующие между ними и Секретариатом, Международным бюро труда и Регистратурой, как это может быть в данном случае, не являются правовыми взаимоотношениями частного права по смыслу гражданского права любой страны»². Этот принцип был подтвержден Административным трибуналом МОТ в 1957 г. в *деле Вагорна*. В споре, касающемся соглашения о найме на работу, Трибунал вынес решение, что «истец неверно утверждает, что английское право применимо как право его государства, в то время как Трибунал обязан подчиняться только внутреннему праву организации»³. Гражданский трибунал Версаля в решении от 27 июля 1945 г. в *деле Шемидлен* против Международного бюро весов и мер признал, что национальное трудовое право не применимо к отношениям между Бюро и французскими служащими. Трибунал в своем определении отметил: «Общепризнанно, что международные гражданские служащие выполняют свои обязанности в интересах общества, но под эгидой международного органа и вне правовой системы того государства, гражданами которого они являются. Представляется, что конвенции и правила, которые подлежат применению, должны находиться вне рамок законодательства Франции и, таким образом, служащие обладают исключительно международным статусом»⁴.

Неприменимость внутригосударственного законодательства о труде и социальном страховании к межправительственной орга-

¹ См.: Юридический ежегодник ООН. 1970. Нью-Йорк, 1972. С. 270.

² League of Nations. Official Journal, Special Supplement № 107. P. 206—208.

³ См.: ILO Official Bulletin. Vol. XL. № 8. 1957. P. 416.

⁴ См.: Annual Digest and Report of Public International Law Cases, 1943-1945. Washington, 1983. P. 281.

низации никоим образом не основывается на том, что контракты о найме между организацией и сотрудником могли быть заключены на территории штаб-квартиры, поскольку они практически могут заключаться в другом месте или заочно, а основывается на том, что межправительственная организация, являющаяся субъектом международного права, пользуется полной автономией в отношении рассмотрения вопросов, касающихся ее внутренней деятельности. Все судебные решения, приведенные выше, в которых признается неприменимость внутригосударственного трудового законодательства, основаны на характере правосубъектности международной организации. Этот принцип применяется независимо от места возможного заключения контракта о найме или места исполнения сотрудником своих обязанностей.

Трудовые споры ООН и ее специализированных учреждений со своим персоналом рассматриваются административными трибуналами этих организаций.

В соответствии со своим Статутом Административный трибунал ООН уполномочен заслушивать и выносить решения по заявлениям, касающимся нарушения контрактов найма персонала Секретариата ООН или условий найма такого персонала. Статья 14 Статута предусматривает, что компетенция Трибунала может распространяться на любое специализированное учреждение на условиях, предусматриваемых специальным соглашением, которое должно быть заключено с каждым таким учреждением Генеральным секретарем ООН.

Административный трибунал Международной организации труда полномочен рассматривать жалобы, связанные с соблюдением по содержанию или по форме условий назначения на должность и применимых к данному случаю соответствующих предписаний Положения о персонале сотрудников Международного бюро труда и сотрудников тех международных организаций, которые признали правомочность Трибунала (например, Всемирная организация здравоохранения, ЮНЕСКО, Международный союз электросвязи, Всемирная метеорологическая организация, Продовольственная и сельскохозяйственная организация, Всемирный почтовый союз и др.). В Трибунал может обратиться любой служащий Международного бюро труда и организаций, признавших его юрисдикцию, даже после прекращения его службы, любой правопреемник такого служащего в случае смерти последнего и любое другое лицо, которое может доказать, что ему принадлежат права, вытекающие из условий назначения покойного служащего или предписаний Положения о персонале, на которые мог бы сослаться такой служащий.

Административный трибунал МОТ в 1957 г. принципиально отвергает коллизионный способ регулирования трудовых отношений МОТ с ее персоналом. Бывший инструктор МОТ, работав-

ший в центре профессионального обучения МОТ в Индонезии, в своем иске ссылался на английское право на том основании, что контракт о найме с ним был заключен в Англии и что он является лицом, домицилированным в Англии. Административный трибунал МОТ отверг отсылку к английскому праву на том основании, что он применяет только внутреннее право МОТ, восполняя пробелы общими принципами права¹.

Секретариат ООН в своем юридическом заключении от 26 февраля 1976 г. отметил: договоры о найме персонала ООН становятся частью развивающейся системы международного административного права Организации, независимой от конкретных систем внутригосударственного права. Ссылки на внутригосударственное право, содержащиеся в договорах о найме, имеют скорее конкретный, чем общий характер (например, правовые нормы, относящиеся к социальному обеспечению). В очень редких случаях они вводились для установления удобного критерия при определении размера выплат, связанных с компенсацией или прекращением службы. Однако отмеченное заключение никогда еще не приводило к выбору какой-либо существующей системы внутригосударственного права с целью регулирования всех положений договора о найме. Административный трибунал ООН при толковании договоров о найме ссылается как на внутреннее право Организации, так и на общепризнанные принципы. В основном он избегает ссылки на внутригосударственные системы².

Положения о персонале международных организаций закрепляют права, обязанности и основные условия труда лиц, работающих по найму на постоянной или временной основе. Все члены персонала организаций являются международными гражданскими служащими. Ответственность их носит международный характер.

В положениях о персонале предусматриваются порядок найма персонала, выплаты зарплаты и других денежных вознаграждений, командировки, а также пенсионное обеспечение.

Согласно ст. 8 Устава ООН Организация не устанавливает никаких ограничений в отношении права мужчин и женщин участвовать в любом качестве и на равных условиях в ее главных и вспомогательных органах. Секретариат состоит из Генерального секретаря и такого персонала, который может потребоваться Организации. При исполнении своих обязанностей Генеральный секретарь и персонал Секретариата не должны запрашивать или получать указания от какого бы то ни было правительства или власти, посторонней для Организации (ст. 100). При приеме на службу и определении условий службы Генеральный секретарь руководствуется главным образом необходимостью обеспечить высо-

¹ См.: Луиц Л. А. Указ. соч. С. 488—489.

² См.: Юридический ежегодник ООН, 1976. Нью-Йорк, 1978. С. 219.

кий уровень работоспособности, компетентности и добросовестности. Должное внимание уделяется важности подбора персонала на возможно более широкой географической основе (ст. 101). Правовой статус служащих Секретариата ООН и их трудовые права детально регламентируются Положением о персонале и Правилами о персонале (Staff Rules and Staff Regulations)¹.

Положение о персонале ООН регулирует процедуру назначения служащих на неограниченный и ограниченный срок работы. Это положение (в редакции на 1 марта 1998 г.) определяет основные условия службы, а также основные права, обязанности и обязательства сотрудников Секретариата ООН. Документ представляет собой общие принципы кадровой политики по вопросам укомплектования штатов и управления Секретариатом. Генеральный секретарь в качестве главного административного должностного лица устанавливает и проводит в жизнь такие правила о персонале, отвечающие этим принципам, которые он считает необходимым.

Сотрудники Секретариата являются международными гражданскими служащими. Они имеют не национальные, а исключительно международные обязанности. Принимая назначение, они обязуются исполнять свои функции и строить свое поведение, руководствуясь только интересами ООН.

Сотрудники подчинены Генеральному секретарю ООН и назначаются им на любую работу и в любое отделение ООН, несут перед ним ответственность за выполнение своих функций. Сотрудники все свое время находятся в распоряжении Генерального секретаря. Последний устанавливает продолжительность обычной рабочей недели. Сотрудники Секретариата подписывают присягу и торжественное заявление.

Оклады сотрудников устанавливаются Генеральным секретарем по соответствующей шкале.

При назначении на службу каждый сотрудник получает письмо о назначении, подписанное Генеральным секретарем или от его имени другим должностным лицом.

В соответствии с принципами Устава ООН подбор сотрудников производится без различия по признаку расы, пола или религии. По мере возможности подбор сотрудников производится на конкурсной основе.

Генеральный секретарь устанавливает, какие сотрудники имеют право на получение постоянных контрактов. Испытательный срок, необходимый для предоставления или подтверждения постоянного контракта, как правило, не должен превышать двух лет, при условии, что в отдельных случаях Генеральный секретарь

¹ См.: Митрофанов М. В. Служащие международных организаций. М, 1981. С. 58-79.

может продлить испытательный срок на дополнительный период не свыше одного года.

В соответствии со ст. V Положения о персонале сотрудникам предоставляется надлежащий ежегодный отпуск. Каждые два года имеющим на то право сотрудникам предоставляется отпуск на родину.

Сотрудники Секретариата вправе участвовать в пенсионном фонде персонала ООН в соответствии с положениями этого фонда.

Генеральный секретарь может уволить сотрудника, который работает по постоянному контракту или у которого закончился испытательный срок, если интересы данного сотрудника оказались неудовлетворенными или если по состоянию своего здоровья сотрудник не может продолжать работу. Кроме того, Генеральный секретарь может уволить сотрудника, который работает на постоянном контракте: а) если поведение этого сотрудника свидетельствует о том, что он не отвечает высоким требованиям добросовестности; б) если вскрываются факты, предшествовавшие назначению этого сотрудника и относящиеся к его или ее пригодности, которые, если бы о них было известно во время назначения сотрудника, должны были в соответствии с требованиями, установленными в Уставе, воспрепятствовать его или ее назначению. Генеральный секретарь может уволить „сотрудника, который работает на срочном контракте, до окончания срока контракта по любой из причин, перечисленных выше, или по любой другой причине, которая может быть указана в письме о назначении.

В случае увольнения Генеральным секретарем сотрудник получает соответствующее уведомление и выходное пособие, предусмотренное в Положении о персонале и Правилах о персонале.

Генеральный секретарь может принимать дисциплинарные меры к сотрудникам, поведение которых неудовлетворительно. За серьезные проступки он может уволить сотрудника в дисциплинарном порядке.

К Положению о персонале приложены шкала окладов, образец письма о назначении, правила исчисления выходного пособия для всех категорий сотрудников, порядок выдачи субсидий на репатриацию.

Правила о персонале, регулирующие назначение на ограниченный срок службы (в редакции 1995 г.), применяются в следующих двух случаях: а) при привлечении сотрудников по краткосрочным контрактам (КС) для обслуживания конференций и выполнения другой краткосрочной работы на срок, не превышающий шести месяцев подряд; б) в случае набора по контрактам на срок ограниченной продолжительности (ОП) специально для участия в деятельности в течение ограниченного срока, предполагаемая продолжительность которого составляет от трех месяцев до трех лет, в том числе в операциях по поддержанию мира

и миротворческих операциях, в гуманитарных операциях, в сфере технического сотрудничества и в чрезвычайных операциях.

Генеральный секретарь ООН определяет обычные часы работы для каждого места службы и уведомляет об этом сотрудников. Он же устанавливает официальные праздники для каждого места службы и уведомляет об этих праздниках сотрудников.

В соответствии с Правилами ни один сотрудник не должен принимать от каких-либо органов, посторонних для ООН, никаких почетных званий, наград, услуг, подарков или вознаграждения, не получив предварительного разрешения Генерального секретаря.

Рассматриваемые Правила подробно регламентируют вопросы установления окладов, предоставления отгулов и ежегодного отпуска, назначения по временному контракту, медицинского осмотра, компенсации в случае смерти, увечья или других видов потери трудоспособности в связи с выполнением служебных обязанностей.

Таким образом, правовое регулирование труда персонала ООН и других межправительственных организаций осуществляется только на основе положений о персонале. Одни организации (ООН, МОТ, ЕС и др.) делают это детально, а другие (например, ВОЗ, ВМО) определяют лишь общие условия труда. Конкретные вопросы трудовой деятельности сотрудников решает высшее должностное лицо организации. Правила о персонале этих организаций не предусматривают применения внутригосударственных правовых норм.

В Юридическом заключении Секретариата ООН от 16 февраля 1976 г. по этому поводу отмечается, что ООН может лишь иногда в порядке консультации запрашивать мнение местных властей о существующем положении в области внутригосударственного права¹.

¹ См.: Юридический ежегодник Организации Объединенных Наций. Нью-Йорк, 1976. С. 222.

Глава 18. БРАЧНО-СЕМЕЙНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

18.1. Особенности правового регулирования брачно-семейных отношений международного характера

Общепринято, что область брачно-семейных отношений не полностью, а лишь частично входит в объект регулирования международного частного права. Это объясняется тем, что брачно-семейные отношения имеют не только гражданско-правовую, но и административно-правовую природу. А преобладающей в доктрине международного частного права является сегодня позиция, согласно которой объектом МЧП могут быть только гражданско-правовые отношения международного характера. Из этого следует, что отношения, выходящие за рамки гражданско-правовых, уже будут регулироваться не МЧП, а нормами других отраслей права. К таким отношениям можно отнести порядок государственной регистрации актов гражданского состояния, порядок и сроки хранения книг государственной регистрации и аналогичные отношения, которые имеют административно-правовой характер и регулируются исключительно нормами национального права, хотя традиционно рассматриваются при изучении вопросов семейного права. В Российской Федерации регламентация указанных отношений предусмотрена Федеральным законом «Об актах гражданского состояния» 1997 г.

Итак, МЧП регулирует только те отношения из области брачно-семейных, которые имеют гражданско-правовую природу. Сразу следует обратить внимание на то, что четкой дифференциации институтов на имеющие публично-правовую и частноправовую природу в семейном праве не существует. Можно указать критерии, по которым в праве происходит деление отношений на частные и публичные, приемлемые и при характеристике брачно-семейных отношений. При выделении отношений частноправового (гражданско-правового) характера руководствуются следующими критериями: наличие имущественного или личного неимущественного характера, диспозитивность, равенство сторон. В случае, когда отношения различных институтов семейного права удовлетворяют названным критериям, можно вести речь об объекте регулирования МЧП. Кроме того, помимо наличия гражданско-правовой природы необходимо, чтобы отношения были осложнены иностранным элементом, что позволяет характеризовать их как международные.

К брачно-семейным отношениям в международном частном праве относят вопросы заключения и расторжения брака, признания брака недействительным, определения режима имущества между супругами, регулирования алиментных обязательств, усыновления и связанные с ними другие вопросы (например, взаимоотношения

в приемной семье) при условии, что указанные отношения имеют международный характер. При этом надо помнить, что международный характер проявляется не только тогда, когда иностранцы заключают брак на территории России. Международными могут быть и отношения, когда их участниками являются только российские граждане. Это происходит в ситуации, когда отношения складываются за пределами Российской Федерации. К примеру, рождение российского ребенка на территории иностранного государства и возникающие в связи с этим вопросы по защите его имущественных прав (в частности, права на получение алиментов) означают включение этих отношений в объект регулирования МЧП. Для того чтобы можно было говорить о международном характере, достаточно, чтобы любой элемент в правоотношении (субъект, объект или юридический факт) имел иностранную характеристику¹.

Характеризуя область брачно-семейных отношений, нельзя не отметить такой отличающий ее признак, как преобладание в каждом государстве правовых норм, имеющих свои давние исторические и религиозные корни, наличие обычаев, традиций, правил вежливости, нравственных, моральных и бытовых норм, одним словом, все те социальные регуляторы, которые отражают специфику каждой народности и определенной общности людей. Именно это обстоятельство и является препятствием для унификации материальных и даже (хотя в значительно меньшей степени) коллизионных норм в семейном праве.

Коллизии в правовом регулировании различных семейно-брачных отношений проявляются не только в правовых системах государств, где господствуют разные религии, но и в государствах с одинаковым вероисповеданием и правовыми системами одной «семьи» (например, в странах романо-германского права). Различия проявляются практически во всех институтах семейного права, при этом сам набор институтов во многом совпадает. Так, в законодательстве большинства государств предусмотрены нормы, определяющие материальные условия для лиц, вступающих в брак, однако содержание этих условий в законодательстве каждого государства имеет свои особенности. К примеру, в российском законодательстве условиями для заключения брака являются взаимное добровольное согласие мужчины и женщины и достижение ими брачного возраста, который устанавливается по общему правилу с 18 лет. В других государствах может быть установлен более низкий или, напротив, более высокий возрастной ценз, при этом определяемый индивидуально для женщин и мужчин. В законодательстве некоторых государств, преимущественно му-

¹ О присутствии иностранного элемента в правоотношении или о различных вариантах осложнения иностранным элементом правоотношения см. гл. 1 настоящего учебника.

сультманских, вообще можно встретить непривычные для менталитета российского человека условия: истечение определенного срока после смерти супруга для регистрации нового брака (так называемый «обет верности»), учет разницы в возрасте между женихом и невестой, возможность регистрации брака при условии материальной обеспеченности жениха и др. Что касается российского законодательства, то помимо перечисленных условий в СК имеется специальная статья, закрепляющая обстоятельства, препятствующие заключению брака. В их числе отсутствует необходимость получения согласия родителей, что является необходимым условием для регистрации брака во Франции в случае, если желающие вступить в брак не достигли возраста 21 года.

Соблюдение материальных условий обеспечивает в будущем действительность брака, и каждое государство внимательно следит за выполнением его гражданами установленных правовых норм. Отсутствие единообразия в содержании понятия материальных условий порождает в последующем «хромяющие браки» — браки, признаваемые в одном государстве и не признаваемые в другом. Получается, что при регистрации брака между гражданкой Франции и гражданином России гражданка Франции, не достигшая 21 года, должна получить согласие родителей (как того требует французское законодательство), а для гражданина Российской Федерации в СК РФ такое требование не предусмотрено.

Существование в брачно-семейной области «хромяющих отношений» неразрывно связано и обусловлено коллизией проблемной, которую, в отличие от других цивилистических областей, в данном случае очень трудно решить. Однако и в семейном праве государства предпринимали и предпринимают попытки унифицировать отдельные институты. Одной из таких попыток стало принятие в 1902—1905 гг. серии Гагских конвенций: о браке, разводе и судебном разлучении супругов, о личных и имущественных отношениях между супругами, об опеке над несовершеннолетними, попечительстве над совершеннолетними. Уже сам факт появления в начале XX столетия международных конвенций имел большое значение. Подобная унификация показала реальные возможности государств в достижении компромисса и в этой, казалось бы, недоступной для единообразного регулирования сфере. Вслед за конвенциями 1902—1905 гг., которые, к сожалению, не получили широкого признания, появились другие Гагские конвенции: о законе, применимом к алиментным обязательствам в пользу детей, 1956 г.; о признании и исполнении решений по делам об алиментных обязательствах в отношении детей 1958 г.; о юрисдикции и применимом праве в отношении защиты несовершеннолетних 1961 г.; о признании разводов и решений о судебном разлучении супругов 1970 г.; о праве, применимом к алиментным обязательствам, 1973 г.; о праве, применимом к режимам собственности супругов, 1978 г.

Универсальная унификация, к сожалению, не стала эффективным регулятором брачно-семейных отношений международного характера. Значительно результативнее оказалась региональная унификация, осуществляемая на разных континентах. Одной из первых стала унификация стран Латинской Америки, завершившаяся принятием в 1928 г. Кодекса Бустаманте (известного как Конвенция по международному частному праву). Кодекс Бустаманте—это прежде всего унификация коллизионного права. Вопросы семейного права в нем посвящены специальные главы: «О браке и разводе», «Отцовство и установление отцовства», «Алиментные обязанности родственников», «Отцовская власть», «Усыновление», «Опека», «Эмансипация и совершеннолетие», «Регистрация актов гражданского состояния».

Между государствами—членами СНГ унификация коллизионных норм семейного права была осуществлена в результате принятия в 1993 г. Конвенции о правовой помощи и правоотношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (известная как Конвенция стран СНГ 1993 г.). Подобно Кодексу Бустаманте, в Конвенции 1993 г. имеется специальная часть «Семейные дела». В ней сформулированы нормы, закрепляющие принципы выбора права при регулировании следующих отношений: материальных условий заключения брака; расторжения брака; признания брака недействительным; отношений между супругами, между родителями и детьми; установления или оспаривания отцовства (материнства); установления или отмены усыновления, опеки и попечительства. Особое внимание в Конвенции уделяется определению компетенции судебных учреждений государств-участников, рассматривающих споры в области брачно-семейных отношений. Так, по делам о правоотношениях между родителями и детьми компетентен суд государства, законодательство которого подлежит применению; по делам о расторжении брака компетентны учреждения государства, гражданами которого являются супруги в момент подачи заявления, если супруги имеют разное гражданство—учреждения государства, на территории которого проживают супруги (если один из супругов проживает на территории одного государства, а второй—на территории другого, компетентными будут учреждения обоих государств).

Излишне сравнивать количество международных материальных и международных коллизионных норм, принятых в области брачно-семейных отношений. Унификация семейного права ограничивается в основном созданием коллизионных норм. Материальных международных норм в области брачно-семейных отношений принято очень мало¹. Необходимо обратить внимание и на

¹ К конвенциям, содержащим материальные нормы, можно отнести Конвенцию о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков 1962 г., участницей которой является, кстати, и Российская Федерация.

такое обстоятельство, как регулирование многих отношений, непосредственно относящихся к брачно-семейным или связанным с ними, конвенциями, традиционно рассматриваемыми в курсе международного публичного права. К примеру, в 1980—1990 гг. был принят ряд «детских» конвенций: Конвенция о гражданских аспектах международного похищения детей 1980 г., Конвенция о правах ребенка 1989 г., Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления 1993 г.¹ Первые две из перечисленных всегда рассматриваются при изучении подотрасли международного публичного права «Права человека». Опять-таки это обстоятельство лишний раз подтверждает тот факт, что из-за тесного переплетения публичных и частных отношений четкой дифференциации конвенций на источники международного публичного и международного частного права не существует. Анализ традиционннх «публичных» семейных конвенций показывает, что в них наряду с международными стандартами, относящимися к публично-правовым предписаниям, содержатся нормы, регулирующие гражданские правоотношения. Например, в Конвенции о правах ребенка 1989 г. имеются нормы, относящиеся к личным неимущественным отношениям: положения, закрепляющие право ребенка на имя с момента его рождения, неимущественное право знать своих родителей, нормы, посвященные иностранному усыновлению.

Что касается участия Российской Федерации в унификации семейного права, то помимо Конвенции стран СНГ 1993 г., а также принятого Протокола к этой Конвенции 1997 г. Россия является участницей около 20 двусторонних международных договоров о правовой помощи, в которых кроме разделов, посвященных общегражданским вопросам, имеются разделы, регулирующие брачно-семейные отношения международного характера².

18.2. Коллизионные вопросы заключения и расторжения брака в Российской Федерации

Коллизионно-правовое регулирование брачно-семейных отношений международного характера в Российской Федерации приобрело качественно новое содержание с принятием Семейного кодекса 1995 г. Взамен ранее действовавших односторонних кол-

¹ Из указанных конвенций Россия является участницей только Конвенции о правах ребенка 1989 г.

² Двусторонние международные договоры заключены с Албанией, Болгарией, Венгрией, Кубой, Югославией, Азербайджаном, Грузией, Молдавией и некоторыми другими государствами. Необходимо иметь в виду, что двусторонних договоров о правовой помощи, участницей которых является Российская Федерация, гораздо больше, однако не во всех из них имеются нормы, регулирующие семейные отношения.

лизионных привязок, предусматривавших применение исключительно советского законодательства, в ныне действующем СК содержатся двусторонние коллизионные нормы, закрепляющие такие формулы прикрепления, как закон гражданства и закон места жительства супругов, известные законодательству большинства государств. В ключевом относительно коллизионного регулирования брачно-семейных отношений международного характера разд. VII СК большое количество норм посвящено вопросам заключения и расторжения брака.

Заключение брака. При заключении брака как на территории России, так и за ее пределами возможны два варианта «присутствия» иностранного элемента. В России брак может быть заключен: 1) между гражданами иностранных государств — так называемый «иностраный» брак и 2) между лицами, одно из которых имеет российское гражданство, а другое — гражданство иностранного государства, так называемый смешанный брак. Аналогичная ситуация возможна при регистрации брака и на территории иностранного государства: 1) брак может быть заключен между только российскими гражданами; 2) брак может быть заключен между лицами, имеющими российское и иностранное гражданство.

Во всех перечисленных случаях имеет значение определение применимой правовой системы, регуливающей порядок, форму и материальные условия заключения брака. Что касается первых двух вопросов — порядка и формы, то по существу они относятся к публично-правовым отношениям и решаются каждым государством путем принятия соответствующих законов или правовых норм, регламентирующих данные отношения независимо от того, кто — отечественные граждане или иностранцы — являются субъектами этих правоотношений. Вместе с тем в разд. VII СК РФ 1995 г. имеется норма (аналогичные нормы содержались и в КоБС 1969 г.), рассматриваемая международниками как односторонняя коллизионная норма. Согласно этой норме форма и порядок заключения брака на территории Российской Федерации определяются законодательством РФ¹.

Важное значение при регулировании заключения брака приобретает выбор права, определяющего материальные условия. При заключении брака на территории России действует следующая коллизионная норма: условия заключения брака определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого является лицо (п. 2 ст. 156 СК). *Данная норма — это новелла, она впервые в российском семейном*

¹ На страницах настоящего учебника не будем впадать в полемику о правильности рассмотрения данной нормы в качестве коллизионной нормы МЧП и отнесения формы и порядка заключения брака к отношениям, регулируемым МЧП.

праве допускает применение иностранного права при определении материальных условий. Для обоих лиц, вступающих в брак, имеет также значение соблюдение требований российского законодательства о препятствиях к заключению брака: согласно ст. 14 СК не допускается заключение брака между лицами, из которых хотя бы одно уже состоит в другом браке, близкими родственниками, усыновителями и усыновленными, лицами, из которых кто-либо признан недееспособным вследствие психического расстройства.

В СК предусмотрена ситуация, когда лицо, вступающее в брак, является бипатридом, т. е. имеет два гражданства. В случае, когда одно из гражданств российское, к условиям заключения брака будет применяться российское законодательство. Если же лицо является гражданином двух иностранных государств, то условия заключения брака будут определяться законодательством одного из государств гражданства по выбору самого лица. Что касается лиц без гражданства, то условия заключения брака на территории России устанавливаются законодательством государства, в котором эти лица имеют постоянное место жительства.

Российские граждане вправе регистрировать брак не только в Российской Федерации, но и на территории иностранных государств. Условно различают «консульские» и «общефажданские» браки: «консульскими» называют браки, заключаемые в дипломатических и консульских учреждениях, а общефажданскими — регистрируемые в компетентных государственных органах иностранного государства. Российские фаждане могут заключать в иностранном государстве и консульские, и общефажданские браки. Аналогичное право предоставляется и иностранцам, регистрирующим браки на территории Российской Федерации. Немного иначе обстоит дело с регистрацией «смешанных» браков в консульских учреждениях. Как правило, такая возможность обусловлена соответствующим международным договором.

Для признания брака, заключенного на территории иностранного государства, действительным требуется соблюдение определенных условий. В случае если речь идет о заключении брака между российскими фажданами или между лицами, одним из которых является российский фажданин, необходимо: 1) соблюдение российского законодательства применительно к материальным условиям вступления в брак (ст. 14 СК РФ) и 2) соблюдение законодательства государства, на территории которого заключается брак. Для признания браков, заключенных между иностранцами, достаточно только соблюдения законодательства государства, на территории которого они заключены.

В отношении браков, зарегистрированных между российскими фажданами или с участием российских граждан за пределами Российской Федерации, в юридической литературе высказывается мнение о том, что брак, заключенный несовершеннолетней фаж-

данкой РФ (в возрасте, например, 12—16 лет) или несовершеннолетним гражданином РФ, в соответствии с законодательством государства, где регистрируется брак, будет потом признан в РФ, поскольку в СК 1995 г., в отличие от ранее действовавшего КоБС 1969 г., содержится только одно требование — о выполнении гражданами РФ ст. 14 СК¹. Что касается требования о соблюдении гражданами РФ брачного возраста, то оно уже не закрепляется в этой статье и соответственно может не выполняться. Однако в силу публичного порядка, представляющего в области брачно-семейных отношений по многим вопросам императивные начала, правовые нормы о взаимном согласии лиц, вступающих в брак, достижении брачного возраста не могут быть проигнорированы брачующимися.

Новеллой в российском законодательстве является коллизонная норма о недействительности брака. Она закреплена в ст. 159 СК РФ и предусматривает, что недействительность брака, независимо от того, где он был зарегистрирован, определяется законодательством, которое применялось при заключении брака. Аналогичные нормы содержатся в международных договорах, в частности в Конвенции стран СНГ 1993 г. и двусторонних договорах о правовой помощи с участием Российской Федерации.

Расторжение брака. В отличие от заключения брака коллизонное регулирование расторжения брака претерпело значительно меньше изменений. Подобно ранее действовавшей ст. 163 КоБС в п. 1 ст. 160 СК сформулирована норма о том, что расторжение брака между гражданами Российской Федерации и иностранными гражданами на территории России производится в соответствии с российским законодательством. В том случае, если по российскому законодательству брак может быть расторгнут в органах ЗАГСа (например, при взаимном согласии супругов, не имеющих несовершеннолетних детей), то на территории иностранного государства это можно сделать в соответствующем дипломатическом представительстве или консульском учреждении Российской Федерации.

Расторжение брака за пределами России между гражданами РФ, гражданами РФ и иностранными гражданами или лицами без гражданства будет признаваться действительным при выполнении следующего условия: соблюдении законодательства соответствующего иностранного государства о компетенции органов, принимавших решение о расторжении брака, и подлежащем применению праве. Следует отметить, что коллизонные привязки, опосредующие выбор права, в законодательстве иностранных государств по-разному определяют подлежащий применению право-

¹ Такая позиция высказывается, в частности, Ануфриевой Л. П. (см.: Международное частное право. Особенная часть. М.: БЕК, 2000. Т. 2. С. 566).

порядок. Расторжение брака может подчиняться либо законодательству страны гражданства, либо законодательству места жительства супругов или одного из них.

В российском семейном законодательстве предусмотрена норма, позволяющая гражданам РФ, проживающим за границей, расторгнуть брак в суде Российской Федерации независимо от гражданства своего супруга. Единственной проблемой, возникающей на практике в подобных ситуациях, является вопрос о выборе территориальной подсудности. Этот вопрос в настоящее время законодательно не решен. Необходимо включить соответствующую норму о подсудности в гражданско-процессуальное законодательство для того, чтобы возможность рассмотрения иска о расторжении брака для российских граждан, проживающих за пределами РФ, могла быть реализована на практике.

Признание в России иностранных решений о расторжении брака означает, что иностранные решения обладают такой же юридической силой, как и аналогичные решения, вынесенные компетентными органами Российской Федерации. Наличие иностранного решения о расторжении брака, которое вступило в законную силу, является достаточным основанием для того, чтобы считать супругов разведенными, и не требует «дублирования» со стороны соответствующих российских органов. Лицо, имеющее решение иностранного суда о расторжении брака, может зарегистрировать новый брак в РФ.

В российском законодательстве не содержится норм, регламентирующих «реализацию» признания иностранного решения. Поэтому не существует какой-либо специальной процедуры, связанной с признанием. В случае если заинтересованное лицо возражает против признания, вопрос решается в судебном заседании на основании поданного заявления (ст. 413 ГПК РФ) и в соответствии с гл. 45 ГПК РФ «Признание и исполнение решений иностранных судов и иностранных третейских судов (арбитражей)». Указом Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей». Кроме того, отдельные положения о признании судебных решений о расторжении брака, а также о выборе права при расторжении брака содержатся в договорах о правовой помощи. Так, в соответствии со ст. 52 Конвенции стран СНГ 1993 г. решение о расторжении брака признается при соблюдении следующих условий: 1) учреждения юстиции запрашиваемого государства ранее не принимали решения; 2) дело согласно нормам Конвенции, а также, законодательству государства, на территории которого решение должно быть признано, не относится к исключительной компетенции учреждений юстиции этого государства.

18.3. Коллизионные вопросы взаимоотношений между супругами и другими членами семьи

Указанные в названии параграфа вопросы в ранее действовавшем семейном законодательстве вообще не были отражены: в КоБС 1969 г. не было коллизионных норм, посвященных регулированию личных неимущественных и имущественных прав и обязанностей супругов, а также алиментных обязательств совершеннолетних детей и других членов семьи. В ныне действующем СК 1995 г. эти пробелы восполнены благодаря включению в разд. VII двух самостоятельных статей: «Личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов» и «Алиментные обязательства совершеннолетних детей и других членов семьи». В соответствии с п. 1 ст. 161 СК личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов определяются следующим образом: законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства либо при отсутствии совместного места жительства — законодательством государства, на территории которого они имели последнее совместное место жительства. Для супругов, не имевших совместного места жительства, — законодательством Российской Федерации при условии, что дело рассматривается в российском суде.

Таким образом, основным принципом регулирования отношений между супругами является территориальный принцип. Исходя из изложенного следует, что к регламентации отношений между супругами-иностранцами будет применяться российское законодательство, если они проживают на территории России. Отметим, что в европейских странах (Австрия, Венгрия, Польша) в этих случаях преимущественно применяется закон гражданства супругов, и лишь при отсутствии общего гражданства действует закон совместного места жительства¹.

Одним из наиболее значимых положений, обновившим коллизионное регулирование рассматриваемых отношений, является закрепление принципа «автономии воли». Принцип «автономии воли» в международном частном праве Российской Федерации ранее действовал только при регулировании международных хозяйственных сделок. С введением в действие СК он стал применяться в брачно-семейных отношениях. Однако законодатель ограничил возможность использования «автономии воли» двумя ситуациями — заключением брачного договора и составлением соглашения об уплате алиментов. Только при рассмотрении данных вопросов стороны мо-

¹ Статья 17 польского Закона о международном частном праве 1965 г., § 18 и 19 австрийского Закона о международном частном праве 1978 г., § 39 венгерского Закона о международном частном праве 1979 г. и др. (см.: *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Указ. соч. С. 465—475).

гут воспользоваться «автономией воли» и избрать право, подлежащее применению, для определения их прав и обязанностей. Кроме того, выбор права при указанных обстоятельствах обусловлен дополнительно следующими требованиями: супруги не должны иметь общего гражданства или совместного места жительства. В других случаях действуют установленные законодателем коллизионные привязки. Что касается формы соглашения о выборе права, то этот вопрос решается на основе общего коллизионного правила о форме сделки, т. е. по праву места совершения сделки.

Коллизионные вопросы личных неимущественных и имущественных отношений между супругами получили закрепление в договорах о правовой помощи. Подобно российскому законодательству, в Конвенции стран СНГ 1993 г. в качестве основной привязки закрепляется закон государства совместного места жительства. Наряду с этим предусмотрены субсидиарные нормы, действующие в случае, когда меняется объем генеральной нормы — супруги не имеют совместного места жительства. Одной из таких субсидиарных норм является правило о том, что в случае, если один из супругов проживает на территории одного государства, а второй — на территории другого и при этом они имеют одинаковое гражданство, их личные неимущественные и имущественные отношения определяются по закону их общего гражданства.

Алиментные обязательства совершеннолетних детей в пользу родителей. В СК 1995 г. имеется специальная коллизионная норма, закрепляющая правило выбора права при регулировании алиментных обязательств совершеннолетних детей в пользу родителей, а также алиментных обязательств других членов семьи. Согласно ст. 164 СК алиментные обязательства указанных лиц определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства. При отсутствии такового эти отношения регулируются законом гражданства лица, претендующего на получение алиментов. Круг вопросов, решаемых посредством выбора права, достаточно широк: это и размер алиментов, включая уменьшение или увеличение взыскиваемых сумм, и определение лиц, обязанных уплачивать алименты, и основания получения алиментов. Что касается порядка исполнения решений о взыскании алиментов, то эти отношения регулируются уже публично-правовыми нормами, которые могут содержаться либо в национальном процессуальном законодательстве государства, либо в соответствующих международных договорах (ими, как правило, являются договоры о правовой помощи).

Коллизионное регулирование алиментных обязательств может быть предусмотрено и в международных договорах. При этом необходимо учитывать, что национальное и международное коллизионное регулирование может не совпадать. В частности, в рассматриваемой в качестве универсального примера, подходящего для иллюстрации любых институтов семейного права, Конвенции

стран СНГ 1993 г. закрепляется коллизионная норма, отличающаяся от российской коллизионной нормы: алиментные обязательства согласно международной норме определяются законодательством государства, на территории которого проживает лицо, претендующее на получение алиментов. Как известно, выбор в случае противоречия между международной и национальной коллизионными нормами осуществляется в пользу первых в силу приоритетного применения международных норм.

18.4. Защита прав и интересов детей в международном частном праве

Проблема защиты прав и интересов детей — вопрос не только международного частного, но и международного публичного права. Для правоприменительных органов было бы намного удобнее, если бы законодатель четко обозначил ситуации, при которых допустимо применение иностранного права, и отношения, которые регулируются исключительно нормами национального права. В странах Латинской Америки этот вопрос решен следующим образом: в Кодексе Бустаманте 1928 г. закреплён круг вопросов, относящихся к публичному порядку, которые, следовательно, не подлежат регулированию нормами иностранного права. В семейном законодательстве РФ подобного перечня нет.

В международном частном праве РФ защита прав и интересов детей включает рассмотрение и регулирование таких отношений, как установление и оспаривание отцовства, выполнение обязанностей родителей по содержанию детей, усыновление (удочерение). Как и другие вопросы в области семейного права, данные отношения регулируются в основном коллизионно-правовыми нормами, причем в равной степени как национальными, так и международными.

Установление и оспаривание отцовства. В соответствии со ст. 162 СК вопросы установления и оспаривания отцовства решаются в соответствии с законодательством государства, гражданином которого является ребенок по рождению. Ранее установление отцовства в России производилось по российскому законодательству независимо ни от гражданства, ни от места жительства ребенка. Ныне действующее законодательство обязывает производить установление и оспаривание отцовства в отношении детей, являющихся иностранными гражданами, в соответствии с правом иностранного государства, гражданином которого является ребенок. В случае если к моменту установления отцовства ребенок будет иметь гражданство другого государства, отличное от гражданства по рождению, применяется закон первоначального гражданства. Если законодательством Российской Федерации допускается установление отцовства в органах ЗАГСа, то родители ребенка, проживающие на территории иностранного государства, из которых хотя бы один является гражданином РФ, вправе обращаться с за-

явлением об установлении отцовства в дипломатические и консульские учреждения Российской Федерации.

Материальные отношения по установлению и оспариванию отцовства неразрывно связаны и с процедурными вопросами — порядком установления отцовства. Учитывая, что порядок по существу является процедурой и регулируется каждым законодательством в соответствии с национальными процессуальными нормами, этот вопрос лежит вне международного частного права. Однако еще раз отметим необходимость учета не только материального права, регулирующего возможность установления или оспаривания отцовства, но и порядок его производства, а также отсутствие законодательного разделения отношений на частноправовые и публично-правовые. В силу этого обоснованность рассмотрения обоих вопросов в рамках МЧП никем не оспаривается.

Решение об установлении отцовства может быть принято соответствующим учреждением иностранного государства. Такое решение будет признаваться и исполняться на территории России, как правило, если это предусмотрено международным договором (им может быть договор о правовой помощи или о сотрудничестве). В противном случае остается надеяться только на соблюдение государствами международной вежливости, поскольку решения судов и других государственных органов иностранных государств не являются юридически обязательными для других государств.

Права и обязанности родителей и детей. В 1995 г. в российском законодательстве была закреплена норма, определяющая выбор права при установлении статуса правоотношений между родителями и детьми. В соответствии со ст. 163 СК права и обязанности родителей и детей, в том числе обязанности родителей по содержанию детей, определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства; при его отсутствии — законодательством государства, гражданином которого является ребенок. Таким образом, права и обязанности родителей и детей, проживающих в России, независимо от того, являются ли они российскими гражданами или гражданами иностранного государства, устанавливаются материально-правовыми нормами семейного законодательства РФ.

Российский законодатель сформулировал также в ст. 163 положение о том, что по требованию истца к алиментным обязательствам и другим отношениями между родителями и детьми может быть применено законодательство государства, на территории которого ребенок постоянно проживает. В связи с этим следует обратить внимание на тот факт, что речь в данном случае идет не о безусловном выполнении судом требования истца, а о возможности применения права по требованию истца. При решении данного вопроса суд будет учитывать обстоятельства, позволяющие обеспечить благоприятный правовой режим, исходя из интересов ребенка.

Останавливаясь подробно на содержании российского коллизионного регулирования, следует заметить, что законодательство иностранных государств по вопросам, связанным с защитой интересов детей в брачно-семейных отношениях, устанавливает различные коллизионные принципы. Например, согласно ст. 57 ГК Португалии отношения между родителями и детьми, рожденными в браке, подчиняются общему национальному закону родителей, а при отсутствии такового — закону их обычного места жительства; при проживании отца и матери на территории разных государств применяется национальный закон отца, и лишь в случаях, когда мать осуществляет в полном объеме родительскую власть, — ее национальный закон.

Коллизионные нормы, регулирующие правоотношения, непосредственно или косвенно затрагивающие права ребенка, содержатся не только в национальном законодательстве государств, но и в большинстве международных договоров о правовой помощи. В Конвенции стран СНГ 1993 г. правоотношения родителей и детей определяются по праву государства, на территории которого постоянно проживают дети. По делам о правоотношениях между родителями и детьми компетентен суд государства, право которого подлежит применению.

В двусторонних договорах о правовой помощи, участником которых является Российская Федерация, этот вопрос решается по-разному. Так, в соответствии со ст. 30 Договора между Российской Федерацией и Республикой Молдова о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1994 г. правоотношения между родителями и детьми определяются законодательством государства, на территории которого стороны имеют совместное место жительства. В случае, если стороны проживают на территории разных государств, правоотношения между ними определяются правом государства, гражданином которого является ребенок.

Учитывая наличие различных коллизионных привязок не только в национальном законодательстве, но и в различных международных договорах, следует очень внимательно устанавливать применимое право, соблюдая иерархию общей и специальной нормы. При конкуренции норм двустороннего и многостороннего международных договоров выбор делается в пользу нормы двустороннего договора, при конкуренции норм региональной и универсальной конвенций — в пользу нормы региональной конвенции.

Международное усыновление (удочерение)¹. Пожалуй, центральным моментом в защите прав детей, получившим закрепление в законодательстве большинства государств и нашедшим отражение в международных конвенциях, является регулирование усыновления. Помимо национальных коллизионных норм, опосре-

¹ В данном разделе вся информация, относящаяся к усыновлению, касается и удочерения.

дующих выбор права, когда речь идет о международном усыновлении, последнее определяется международными коллизионными нормами, содержащимися в двусторонних и региональных договорах об оказании правовой помощи, и международными материальными нормами. В качестве примера унификации материального права по вопросам международного усыновления можно назвать Европейскую конвенцию об усыновлении детей 1967 г. и Гагскую конвенцию о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления 1993 г. Тот факт, что Россия не является участницей данных соглашений, не умаляет их значения. Более того, возможность ратификации Гагской конвенции 1993 г. уже положительно решена депутатами Государственной Думы.

Гагская конвенция 1993 г. применяется, когда ребенок, постоянно проживающий в одном государстве, после его усыновления либо для осуществления усыновления переезжает или собирается переехать в другое государство. Целью Конвенции является обеспечение гарантий того, чтобы иностранное усыновление осуществлялось в интересах ребенка. Одним из основных положений Конвенции можно назвать норму о незаконности любых средств обогащения при решении вопроса об усыновлении. Это не значит, что Конвенция не разрешает оплату необходимых издержек, связанных с проводимыми мероприятиями по усыновлению. Запрещается коммерческая деятельность, направленная только на извлечение прибыли при осуществлении усыновления. В качестве доказательства соблюдения международных требований 28 марта 2000 г. Правительством РФ было принято постановление «О деятельности органов и организаций иностранных государств по усыновлению детей на территории Российской Федерации и контроле за ее осуществлением». В соответствии с данным постановлением в России запрещается осуществление посреднической деятельности при усыновлении. Федеральным органам исполнительной власти предоставлено право проводить проверки деятельности иностранных организаций, занимающихся вопросами усыновления и желающих открыть представительства в России. Отныне иностранные организации, намеревающиеся открыть представительства на территории РФ, обязаны предоставить определенный пакет документов, подтверждающих полномочия по осуществлению рассматриваемой деятельности, а также доказательства того, что данная организация является некоммерческой.

Вопросы иностранного усыновления нашли отражение и в Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г. В отличие от предыдущих Россия является участницей данной Конвенции и нормы, закрепленные в ней, включены в правовую систему РФ. В Конвенции 1989 г. содержится норма, отсутствующая в российском законодательстве: усыновление в другой стране может рассматриваться в качестве альтернативного способа ухода за ребенком, если ребе-

нок не может быть передан на воспитание или помещен в семью в стране происхождения *и если обеспечение какого-либо подходящего ухода в стране происхождения является невозможным* (ст. 21 Конвенции). В ст. 124 СК РФ последнее условие не закреплено¹.

В Российской Федерации усыновление, имеющее международный характер, регулируется коллизионными нормами, закрепленными в ст. 165 СК. При этом в данной статье обозначены различные ситуации, каждая из которых придает международный характер усыновлению. В равной степени коллизионные нормы ст. 165 определяют выбор права и при удочерении. Усыновление считается международным, когда оно осуществляется:

1) иностранными гражданами (или лицами без гражданства) в отношении ребенка — гражданина РФ на территории Российской Федерации;

2) иностранными гражданами (или лицами без гражданства) в отношении ребенка — гражданина РФ за пределами территории Российской Федерации;

3) российскими гражданами в отношении ребенка, являющегося иностранным гражданином, на территории Российской Федерации;

4) российскими гражданами в отношении ребенка, являющегося иностранным гражданином, на территории иностранного государства.

В семейном законодательстве РФ с принятием СК 1995 г. основным коллизионным принципом, применяемым при усыновлении (или отмене усыновления) иностранными гражданами российских детей на территории России, стал *закон гражданства усыновителя*. В случае, если усыновителем является лицо без гражданства, применяется закон постоянного места жительства усыновителя². Нормы семейного законодательства РФ, регулирующие международное усыновление, совпадают с коллизионными нормами законодательства большинства государств. Такой подход вполне объясним, поскольку, как правило, если усыновитель является иностранным гражданином и проживает на территории иностранного государства, то дальнейшая судьба ребенка будет связана с иностранным правом. Именно поэтому важно знать, как подходит к вопросам усыновления иностранный законодатель: какие требования предъявляются к усыновителю, имеет ли значение разница в возрасте между усыновителем и усыновленным, наличие у усыновляемого родственников и другие вопросы.

¹ Особо следует отметить, что о значении международных норм, в данном случае — о несоответствии ст. 124 СК ст. 21 Конвенции 1989 г., высказываются юристы-практики (см.: *Завражний В.* Усыновление иностранцами детей — российских граждан //РГ. 2001. № 7).

² В КоБС 1969 г. по вопросам усыновления действовали жесткие коллизионные привязки, опосредующие выбор только в пользу советского законодательства.

Помимо соблюдения норм иностранного права, когда речь идет об усыновлении в России ребенка — гражданина РФ, должны быть также соблюдены нормы российского законодательства. Только двойная защита со стороны как иностранного, так и национального права позволит в наибольшей степени обеспечить интересы ребенка.

Что касается усыновления на территории Российской Федерации гражданами РФ ребенка — гражданина иностранного государства, то в данном случае не требуется соблюдения определенных статей СК РФ (ст. 124—126 и 129—132), как это необходимо, когда речь идет об усыновлении ребенка — гражданина РФ. В этой ситуации необходимо получить согласие законного представителя ребенка и компетентного органа государства, гражданином которого ребенок является. Может потребоваться также получение согласия на усыновление и самого усыновляемого в том случае, если это предусмотрено законодательством государства, гражданином которого он является.

В заключение необходимо заметить, что начиная с 1997 г. в Российской Федерации уделяется особое внимание вопросам, связанным с международным усыновлением. 19 сентября 1997 г. Государственной Думой было принято постановление «О неотложных мерах по повышению государственного контроля за усыновлением», в котором обращено внимание на необходимость государственного контроля за соблюдением прав детей — граждан РФ, усыновляемых иностранцами. В 1998 г. в соответствии со ст. 4 Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Семейный кодекс Российской Федерации» в ст. 165 СК была включена норма о том, что при усыновлении в Российской Федерации детей — граждан РФ иностранными гражданами или лицами без гражданства, состоящими в браке с гражданами РФ, усыновление производится в порядке, установленном для граждан Российской Федерации. Позднее, 29 марта 2000 г., Правительством РФ были приняты еще два постановления: одно — ранее упоминавшееся (о запрете посреднической деятельности по усыновлению) и второе — «О правилах постановки на учет консульскими учреждениями Российской Федерации детей, являющихся гражданами Российской Федерации и усыновленных иностранными гражданами или лицами без гражданства». К сожалению, возложение обязанности на иностранных граждан ставить на учет в консульских учреждениях усыновленных детей на практике может быть малоэффективным. Однако уже сам факт постановки проблемы по вопросам международного усыновления на государственном уровне является для России важным как в политическом, так и в правовом аспектах.

ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

Глава 19. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

19.1. Понятие международного гражданского процесса

В советской, а ныне в российской науке международного частного права «международный гражданский процесс» с традиционным единодушием включался исследователями в отрасль правоведения МЧП. Однако при этом делалась оговорка, что в область объективного права — отрасль права МЧП — «международный гражданский процесс» не входит, будучи частью национального гражданско-процессуального права. Проблемы международного гражданского процесса относятся к гражданскому процессу как отрасли права, регулирующей деятельность органов юстиции по гражданским делам¹. В то же время, когда речь идет о системе отраслей юридических наук, соответствующие проблемы принято относить к дисциплине международного частного права, ибо «каждая из них тесно связана с вопросами о подлежащем применению законе (т. е. с проблемами коллизии законов) или с вопросами гражданской правоспособности лица»².

Соответствующий список имен российских авторов — сторонников отнесения международного гражданского процесса к национальному гражданскому процессуальному праву весьма представительен: И. С. Перетерский, Л. А. Лунц, В. П. Звеков, О. Н. Садилов, В. С. Поздняков, И. А. Грингольц, М. Г. Розенберг и др.³

Нелишне напомнить в данном случае, что в свое время некоторым русским ученым приходилось отстаивать материальную природу международного частного права ввиду того, что господствующим представлением было именно процессуальное видение

¹ См.: Лунц Л. А., Марышева Н. И. Курс международного частного права. Международное гражданское право. М., 1976. С. 10.

² Лунц Л. А. Международное частное право. М., 1970. С. 30.

³ Однако подобный взгляд в течение последнего десятилетия подвергся ревизии, (см.: Кузнецов М. Н. Некоторые особенности развития международного частного права // Советский журнал международного права. 1991. № 1. С. 21—22). В последнем издании своего учебника М. М. Богуславский указывает, что он придерживается широкой концепции международного частного права, что не вносит ясности в рассматриваемую проблему (см.: Богуславский М. М. Международное частное право. М., 2001. С. 21—24).

этой совокупности правовых норм. Так, П. Е. Казанский отмечал: «...недостаток большинства определений (МЧП — Л. А.) состоит в том, что они рассматривают международное частное право исключительно с судебной точки зрения. В прежнее время, как известно, изучали с этой точки зрения и внутреннее гражданское право. Она, конечно, несостоятельна. Главная роль гражданского права не на суде, а в обыденной жизни в отношениях частных лиц»¹.

Под международным гражданским процессом в науке международного частного права традиционно понимается совокупность норм процессуального характера, связанных с защитой прав иностранцев и иностранных юридических лиц в суде и арбитраже. Согласно преобладающей в доктрине России точке зрения термин «международный гражданский процесс» носит условный характер/ Л. А. Луниц пишет, что «к международному гражданскому процессу относятся вопросы о подсудности гражданских дел с иностранным элементом...; о гражданском процессуальном положении иностранных граждан и юридических лиц; о гражданском процессуальном положении государства и его дипломатических представителей; о порядке установления содержания подлежащего применению иностранного закона; о поручениях судов одного государства судам другого государства; о признании и принудительном исполнении иностранных судебных решений и признании иностранных административных актов по гражданским делам; о признании иностранных арбитражных соглашений и принудительном исполнении решений иностранного арбитража». «Все это, — подчеркивает он, — отдельные специальные вопросы, выделенные из состава гражданского процесса как отрасли права по признаку их связи с делами, возникающими в условиях международного оборота, международной жизни»².

Что касается зарубежных государств, то в странах «общего права» (Англии, США, Канаде, Австралии, Индии, ЮАР и т. д.) включение международного гражданского процесса в МЧП не представляет собой проблему в силу традиционности подхода к международному частному праву как к праву прежде всего процессуальному.

Ряд европейских государств ответы на данный вопрос включили непосредственно в свое национальное законодательство по международному частному праву. К примеру, в венгерском Законе о международном частном праве так очерчена сфера его действия: «Целью настоящего закона является определение... права того государства, которое применяется к гражданским, семейным или

¹ Казанский П. Учебник международного публичного и гражданского права. Одесса, 1902. С. 505.

² Луниц Л. А. Международное частное право. М., 1970. С. 28.

трудовым отношениям, в которых участвуют иностранные субъекты, имущества или право (в дальнейшем именуемые иностранным элементом) и которые подчинены правопорядку нескольких государств; норм, определяющих подсудность и юрисдикцию, а также процессуальных правил, которые должны регулировать споры, содержащие иностранный элемент» (ст. 1). В этом отношении показателен швейцарский Закон о международном частном праве 1987 г., который устанавливает сферу действия недвусмысленным образом: а) компетенция швейцарских судов или ведомств; б) применимое право; в) предпосылка признания и исполнения иностранных решений, г) арбитраж и подсудность.

В Германии международное частное право конструируется в принципе как коллизионное право, поэтому ответы на процессуальные вопросы должны быть получены с помощью норм гражданского процессуального права ФРГ. Однако ввиду отмечаемой тесной связи отношений, регулируемых международным частным правом с процессуальными аспектами, некоторые учебники и курсы немецких авторов по международному частному праву содержат разделы, посвященные международному гражданскому процессу. Между тем в ФРГ в последние годы нарастает и другая тенденция: выделение международного гражданского процесса в особую отрасль права (наряду с международным частным правом) — международное гражданское процессуальное право¹.

19.2. Международная подсудность

В международном частном праве под «международной подсудностью», которая также используется с известной долей условности, понимается разграничение компетенции национальных судов различных государств по разрешению гражданских дел «с международными характеристиками». Определение подсудности следует отличать от определения права, подлежащего применению к отношениям, регулируемым международным частным правом. Вопрос определения сферы и пределов компетенции судов и иных национальных органов юстиции и правоприменительных учреждений каждого отдельно взятого государства в принципе решается им суверенно, т. е. независимо от других государств, в соответствии с теми предписаниями внутригосударственного права (конституционными и иными), которые оно разрабатывает и вводит в действие самостоятельно.

В то же время в мировой практике сложился ряд критериев, воспринятых различными государствами и их правовыми системами, основываясь на которых их национальное право определяет

¹ См.: Жак Х. Международное гражданское процессуальное право / Пер. с нем. М., 2001.

пределы и сферу компетенции собственных судебных и иных учреждений. В этом плане наиболее четко сформировались три известные системы определения подсудности: романская, или латинская, германская и система общего права. Примерами стран, стоящих на позициях первой из поименованных систем, являются Франция и последовавшие за ней страны, воспринявшие Кодекс Наполеона 1804 г. и в известной мере французский ГПК 1806 г. Германская система основана на Германском уставе гражданского судопроизводства (*Zivilprozessordnung* — ZPO) 1877 г., также принятого рядом государств материковой части Европы и других континентов, например Японией. Наконец, в числе государств, следующих третьей системе, выступают страны англо-американского права (*common law*). В соответствии с изложенной последовательностью систем разграничения компетенции национальных судов в международной теории и практике существуют в качестве закрепленных в законодательстве или иных источниках права следующие критерии разграничения.

Признак гражданства сторон спора. Так, французский суд объявит себя компетентным рассмотреть любой спор, вытекающий из отношений по сделке, заключенной французским гражданином: «Француз может быть привлечен к французскому трибуналу по обязательствам, заключенным им в иностранном государстве даже с иностранцами», что предусмотрено ст. 15 Кодекса Наполеона. Указанная сфера действия «национального» закона (закона гражданства) расширяется еще более предписаниями ст. 14: «Иностранец, даже не проживающий во Франции, может быть вызван во французские трибуналы для выполнения обязательств, заключенных им во Франции и с французом; он может быть привлечен к французскому трибуналу по обязательствам, заключенным им в иностранном государстве с французом».

Признак места нахождения ответчика. Подсудность определяется местожительством ответчика (при этом имеет место распространение правил внутренней территориальной подсудности). Для юридических лиц местожительством является место нахождения административного центра (головного офиса). Из этого следует логический вывод, что если лицо не имеет места жительства или в случае с юридическим лицом «оседлости» внутри страны, то к нему невозможно предъявить искомое требование в суде Германии.

Признак «фактического присутствия» ответчика. В странах «общего права» понятие фактического присутствия изменялось с течением времени. Квалифицирующий его прежде фактор физического нахождения лица в определенном месте (в Англии либо другой стране данной правовой системы) и возможности вручить судебную повестку (*writ of summons*), являющийся началом процесса в собственном смысле слова, уступает место другим при-

знакам, особенно если это касается соответствующих категорий исков. При этом в рамках предъявления иска *in personam* фактическое присутствие не обязательно должно быть длительным (домициль или резиденция) — достаточно и кратковременного пребывания на территории данной страны. Дж. Чешир и П. Норт пишут по этому поводу: «Согласно нормам общего права любое лицо на земном шаре может воспользоваться юрисдикцией английского суда или подпасть под его юрисдикцию при одном лишь условии, что ответчик надлежащим образом вызван в суд... Такая повестка должна быть вручена ему лично. Этого достаточно для подчинения его компетенции английского суда, даже если он иностранец, находящийся в Англии проездом, и даже если основание иска не имеет никакой фактической связи с Англией, ответчик должен находиться в Англии. Ничто другое не является достаточным. Если не удастся ему лично вручить повестку о явке в суд, потому что он находится за границей, никакое дело против него не может быть начато. То обстоятельство, что Англия — это его *forum domicilii* или место, где он заключил договор, провел деловую операцию либо совершил деликт, недостаточно" по общему праву для осуществления в отношении него юрисдикции *in personam*»¹.

В целях предъявления иска *in rem* (вещно-правовых требований) фактическое присутствие толкуется как нахождение имущества (собственности) ответчика.

Например, в США обычно заявление, адресуемое федеральному суду, должно содержать обоснование его компетентности по рассмотрению данного дела, т. е. иметь не только указание на соответствующую норму закона, но и квалификацию спорного взаимоотношения (ст. 8 Федеральных правил гражданского процесса). Однако если речь идет о разном гражданстве спорящих сторон (§ 1332 разд. 28 Свода законов США), то подобное требование не применяется.

Статья 4 тех же Федеральных правил гражданского процесса США закрепляет общие рамки территориальной подсудности применительно к акту вручения судебного приказа о вызове в суд. В частности, выписанная клерком федерального районного суда повестка вручается лишь в границах штата, где суд расположен, а по отношению к третьим лицам и вновь привлекаемым ответчикам еще и в радиусе ста миль от места возникновения или рассмотрения дела².

В Российской Федерации разграничение компетенции собственных и иностранных судов строится преимущественно с использованием территориального критерия места нахождения от-

¹ Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 76—77.

² См.: Путинский В. К. Гражданский процесс США. М., 1985. С. 18—19.

ветчика¹. Однако при этом не исключается и критерий гражданства. В частности, в соответствии с ч. 2 ст. 160 Семейного кодекса Российской Федерации «гражданин Российской Федерации, проживающий за пределами территории Российской Федерации, вправе расторгнуть брак с проживающим за пределами территории Российской Федерации супругом независимо от его гражданства в суде Российской Федерации».

Вопросы подсудности решаются новым ГПК РФ от 14 ноября 2002 г.² в гл. 44 «Подсудность дел с участием иностранных лиц судам в Российской Федерации». Статья 402 устанавливает общее (генеральное) правило подсудности, согласно которому российские суды рассматривают дела с участием иностранных лиц, если организация-ответчик находится на территории РФ или гражданин-ответчик имеет место жительства в России. Как видим, используется критерий места нахождения ответчика. Кроме того, п. 3 этой же статьи предусматривает ряд дополнительных (субсидиарных) критериев для признания компетенции российских судов в случае, если ответчик не находится на российской территории. Суды также вправе рассматривать дела, если: 1) орган управления, филиал или представительство иностранного лица находятся на территории РФ; 2) ответчик имеет имущество, находящееся на территории РФ; 3) по делу о взыскании алиментов и об установлении отцовства истец имеет место жительства в Российской Федерации; 4) по делу о возмещении вреда, причи-

¹ С точки же зрения распределения внутренней подсудности в нынешних условиях Российской Федерации принципиальное значение стало иметь общее разграничение компетенции между судами общей юрисдикции и арбитражными судами. В связи с принятием 24 июля 2002 г. нового Арбитражного процессуального кодекса РФ определение подсудности дел арбитражным судам Российской Федерации происходит по линии предметного признака: все споры, связанные с осуществлением экономической, в том числе предпринимательской деятельности, отнесены к ведению арбитражных судов. В частности, к арбитражным судам перешли споры между гражданами-акционерами и хозяйственными обществами, все споры с участием иностранных предпринимателей, рассмотрение дел, связанных с признанием и исполнением решений третейских судов, а также иностранных судов по экономическим спорам (подробнее об этом см.: *Яковлев В. Ф.* О новом Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Специальное приложение к № 8. 2002. Авг. С. 171—174). Вместе с тем ввиду того, что понятие «экономический спор» или спор, связанный с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельностью», которыми оперирует новый АПК, не сопровождается легальными дефинициями, окончательное решение вопроса о разграничении компетенции судов общей юрисдикции и арбитражных судов с участием иностранных лиц далеко от своего завершения (см. в этой связи: *Мурате А. И.* Компетенция судов общей юрисдикции рассматривать предпринимательские споры с участием иностранных лиц в свете нового АПК РФ // МЖМП. 2002. М 3. С. 127-150).

²РГ. 2002. 20 нояб.

ненного увечьем, иным повреждением здоровья или смертью кормильца, вред причинен на территории Российской Федерации или истец имеет место жительства в Российской Федерации; 5) по делу о возмещении вреда, причиненного имуществу, действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для предъявления требования о возмещении вреда, имело место на территории Российской Федерации; 6) иск вытекает из договора, по которому полное или частичное исполнение должно иметь место или имело место на территории Российской Федерации; 7) иск вытекает из неосновательного обогащения, имевшего место на территории Российской Федерации; 8) по делу о расторжении брака истец имеет место жительства в Российской Федерации или хотя бы один из супругов является российским гражданином; 9) по делу о защите чести, достоинства и деловой репутации истец имеет место жительства в Российской Федерации.

Российскому гражданско-процессуальному праву известен такой институт, как исключительная подсудность. Согласно ч. 1 ст. 403 ГПК РФ к исключительной подсудности судов в Российской Федерации относятся: 1) дела о праве на недвижимое имущество, находящееся на территории Российской Федерации; 2) дела по спорам, возникающим из договора перевозки, если перевозчики находятся на территории Российской Федерации; 3) дела о расторжении брака российских граждан с иностранными гражданами или лицами без гражданства, если оба супруга имеют место жительства в Российской Федерации; 4) дела, предусмотренные гл. 23—26 ГПК РФ, касающиеся производства по спорам, возникающим из публичных правоотношений¹.

В рамках рассмотрения дел в порядке особого производства суды Российской Федерации компетентны, если: 1) заявитель по делу об установлении факта, имеющего юридическое значение, имеет место жительства в Российской Федерации или факт, который необходимо установить, имел или имеет место на территории Российской Федерации; 2) гражданин, в отношении которого подается заявление об усыновлении (удочерении), об ограничении дееспособности или о признании его недееспособным, об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипации), о принудительной госпитализации в психиатрический ста-

¹ В производстве по некоторым из дел, упомянутых в этих разделах ГПК РФ (гл. 24 «Производство по делам о признании недействующими нормативных правовых актов полностью или в части»; гл. 25 «Производство по делам об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих»), несмотря на то, что преимущественное значение в силу самого характера регулируемых отношений они имеют, конечно, для граждан Российской Федерации, субъектами могут выступать и иностранные граждане, и лица без гражданства.

ционар, о продлении срока принудительной госпитализации гражданина, страдающего психическим расстройством, о принудительном психиатрическом освидетельствовании, является российским гражданином или имеет место жительства в Российской Федерации; 3) лицо, в отношении которого подается заявление о признании безвестно отсутствующим или об объявлении умершим, является российским гражданином либо имело последнее известное место жительства в Российской Федерации и при этом от разрешения данного вопроса зависит установление прав и обязанностей граждан, имеющих место жительства в Российской Федерации, организаций, имеющих место нахождения в Российской Федерации; 4) подано заявление о признании вещи, находящейся на территории Российской Федерации, бесхозяйной или о признании права муниципальной собственности на бесхозяйную недвижимую вещь, находящуюся на территории Российской Федерации; 5) подано заявление о признании недействительными утраченных ценной бумаги на предъявителя или ордерной ценной бумаги, выданных гражданином или гражданину, имеющим место жительства в Российской Федерации, либо организацией или организацией, находящимся на территории Российской Федерации, и о восстановлении прав по ним (вызывное производство).

Компетенция специализированных судебных учреждений—российских арбитражных судов—по экономическим спорам налицо даже в тех случаях, когда ответчиком выступает иностранное физическое (иностранный гражданин или лицо без гражданства, осуществляющее предпринимательскую деятельность) или юридическое лицо, если на территории РФ находится орган управления последнего, филиал или представительство либо имущество; если в РФ имеет место или должно иметь место исполнение договора, находится истец по делу о защите деловой репутации и т. п. (ст. 247 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации от 24 июля 2002 г.)¹.

Наряду с этим новое арбитражно-процессуальное регулирование характеризуется включением принципиально иных подходов к определению компетенции арбитражных судов. Так, при установлении подсудности спора российским судебным учреждениям в случаях причинения вреда имуществу действием или иным обстоятельством в основу положен признак места его совершения на территории РФ (пп. 4—5 ч. 1 ст. 247). Кроме того, компетенция российского арбитражного суда предусматривается по спорам, возникшим из обращения ценных бумаг, если местом их выпуска является Российская Федерация, или по спорам из отноше-

¹ См.: РГ. 2002. 27 июля. Некоторые из приведенных критериев подсудности были характерны и для Арбитражного процессуального кодекса 1995 г. (см. ст. 212 АПК 1995 г.).

ний, связанных с государственной регистрацией имен и других объектов и оказанием услуг в международной ассоциации сетей Интернет на территории РФ (пп. 7, 9 ч. 1 ст. 247). Особый случай составляет вопрос о подсудности спора российскому арбитражному суду, когда заявитель по делу об установлении факта, имеющего юридическое значение, указывает на наличие этого факта на территории Российской Федерации (п. 8 ч. 1 ст. 247 АПК). Кардинально новым для российского гражданского процессуального права является использование «гибкого» критерия в определении юрисдикции собственных судов. В частности, в ст. 247 АПК устанавливается, что арбитражные суды Российской Федерации будут рассматривать дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности с участием иностранных организаций, международных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства, а также в других случаях «при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией Российской Федерации» (п. 10 ч. 1 ст. 247). Стоит подчеркнуть, что подобный признак подсудности до сего времени не встречался в отечественном правопорядке.

Отвечая потребностям хозяйственной жизни, АПК РФ 2002 г. существенно расширил сферу исключительной подсудности арбитражных судов. Так, исключительной подсудностью обладают арбитражные суды по делам с участием иностранных лиц в отношении находящегося в государственной собственности РФ имущества, в том числе по спорам, связанным с приватизацией государственного имущества и принудительным его отчуждением для государственных нужд; по спорам, предметом которых является недвижимое имущество, находящееся на территории РФ, равно как и права на него; по спорам, связанным с регистрацией и выдачей патентов, регистрацией и выдачей свидетельств на товарные знаки, промышленные образцы, полезные модели или регистрацией других прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые требуют регистрации или выдачи патента либо свидетельства в Российской Федерации; по искам о признании недействительными записей в государственные реестры (регистры, кадастры), произведенных компетентным органом Российской Федерации, ведущим такой реестр (регистр, кадастр), а также по спорам, связанным с учреждением, ликвидацией или регистрацией на территории России юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, а также с оспариванием решений органов этих юридических лиц (ч. 1 ст. 248).

В соответствии со ст. 32, 404 ГПК РФ и ст. 37, 249 АПК РФ стороны могут по соглашению между собой изменить территориальную подсудность для данного дела. В этом случае необходимо говорить о «договорной подсудности». Законодательство и прак-

тика большинства государств допускают договорную подсудность. По письменному соглашению сторон конкретное дело может быть отнесено к юрисдикции иностранного государства, хотя по закону страны суда это дело подсудно местному суду, и наоборот.

Однако соглашение сторон о подсудности спора не может изменять исключительную подсудность дела судам соответствующего государства (установленную, например, в предписаниях ст. 26, 27, 30 и 403 ГПК РФ). Важным уточнением норм о соглашении сторон о подсудности, присутствующим в АПК, является требование об обязательности письменной формы такого соглашения (ч. 2 ст. 249).

Часть 1 ст. 249 АПК РФ 2002 г. уделяет особое внимание правовым последствиям договорной подсудности применительно к решению вопроса о «конфликте юрисдикции» в ситуациях, затрагивающих исключительную компетенцию судебных учреждений иностранного государства: «В случае, если стороны, хотя бы одна из которых является иностранным лицом, заключили соглашение, в котором определили, что арбитражный суд Российской Федерации обладает компетенцией по рассмотрению возникшего или могущего возникнуть спора, связанного с осуществлением ими предпринимательской и иной экономической деятельности, арбитражный суд в Российской Федерации будет обладать *исключительной* (курсив наш. — Л. А.) компетенцией по рассмотрению данного спора при условии, что такое соглашение не изменяет исключительную компетенцию иностранного суда».

Положения, воспрещающие изменение правил об исключительной подсудности посредством заключения соглашений между сторонами, закрепляются как во внутреннем праве различных государств, так и в международных договорах. В частности, ст. 21 Минской конвенции стран СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. содержит следующую норму: «Исключительная компетенция, вытекающая из п. 3 ст. 20 (определяющего исключительную подсудность дел судам договаривающихся государств. — Л. А.) и других норм, установленных частями I—V настоящего раздела (касающихся соответственно личного статуса, семейных дел, имущественных правоотношений и наследования. — Л. А.), а также внутреннего законодательства соответствующей Договаривающейся Стороны, не может быть изменена соглашением сторон». Наличие соглашения между сторонами о передаче дела на рассмотрение определенного судебного учреждения конкретного государства, если не нарушены соответствующие правила об исключительной подсудности, делает невозможным¹ рассмотрение спора в суде иной страны. Так, п. 2 ст. 21 Минской конвенции предписывает, что при наличии соглашения о подсудности суд по заявлению ответчика прекращает производство по делу.

Соглашения сторон, устанавливающие выбор учреждения, которое будет компетентно рассмотреть гражданско-правовой спор в изъятие из действующих правил подсудности, называются *пророгационными* и *дерогационными* соглашениями. Пророгационные и дерогационные соглашения могут иметь место только в рамках неисключительной или альтернативной подсудности, допускающей договоренность субъектов спора. Соглашение, в силу которого неподсудный по общим диспозитивным нормам определения компетенции данного суда спор становится подсудным, называется *пророгационным*. Соглашение, в силу которого подлежащий разрешению данным учреждением на основании общих диспозитивных норм об определении компетенции суда изымается из сферы его юрисдикции и передается другому суду, именуется *дерогационным соглашением*.

Альтернативная подсудность предусматривает возможность выбора истцом компетентного суда. Она может быть закреплена как в правилах национального законодательства, так и в предписаниях международных договоров. В частности, Монреальская конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок от 28 мая 1999 г. устанавливает: «Иск об ответственности должен быть предъявлен по выбору истца в пределах территории одного из государств-участников либо в суде по месту жительства перевозчика, по месту его основного коммерческого предприятия или по месту, где он имеет коммерческое предприятие, посредством которого был заключен договор, либо в суде места назначения перевозки» (ст. 33).

В практике международного сотрудничества при осуществлении отношений в сфере международного хозяйственного и гражданского оборота нормы права, регламентирующего пределы компетенции национальных судов, неодинаковы по своему содержанию. Вышеобозначенные три критерия, которыми в основном оперируют перечисленные системы «международной подсудности», т. е. определения компетенции местных судов различных государств, не должны считаться исчерпывающими. Соответствующие правовые порядки могут избрать для целей решения этого вопроса и другие признаки: место заключения и место исполнения договора, место жительства истца, место нахождения имущества и пр. В результате в практике международных частноправовых отношений нередко встречаются случаи, когда применительно к одному и тому же спору объявляются компетентными судебные учреждения двух или более стран. Подобные ситуации принято называть «*конфликты юрисдикции*».

В XX столетии в западной правовой теории и практике, особенно англо-американской, в связи с проблемой конфликта юрисдикции появились новые термины и понятия: *forum non conveniens* (неудобный для рассмотрения дела суд) и *forum shopping* (выбор

«выгодной» юрисдикции). Доктрина *forum non conveniens* развита английскими и шотландскими судами, в США начала применяться в первой трети XX в. Согласно ей суд, правомерно обладающий юрисдикцией, отказывается из-за особых обстоятельств от компетенции в пользу иностранного суда, в котором рассмотрение дела будет более соответствовать интересам сторон и принятию объективного решения. Смысл понятия *forum shopping*, пришедшего из американского права, заключается в том, что истец стремится обосновать подчинение своего иска юрисдикции судов того штата, право которого в наибольшей степени для него благоприятно. Немецкие авторы по этому поводу замечают, что в международном масштабе эта идея не может быть реализована в чистом виде, а применительно к немецкой действительности для теории *forum non conveniens* нет предпосылок¹.

Означает ли «конфликт юрисдикции» аналогию с «конфликтом законов» в материальном праве? Здесь следует дать отрицательный ответ. Во-первых, после того как на основании закрепленной в праве соответствующего государства нормы о подсудности произведен выбор компетентного учреждения для рассмотрения спора, процессуальные отношения подчиняются правопорядку той страны, суд которой разрешает дело. Во-вторых, упомянутые признаки не являются коллизионными формулами прикрепления — коллизионными принципами, хотя внешне они и выражены, как подобные. В силу отсутствия в их структуре необходимых элементов, свойственных коллизионным нормам, они не могут быть квалифицированы в качестве таковых. Рождающиеся же вследствие этого «конфликты юрисдикции» по своему наименованию и характеру достаточно специфичны, поскольку подразумевают иную трактовку понятия «конфликт», нежели в международном частном праве. «Конфликт юрисдикции» разрешается в международном сотрудничестве государств посредством договорно-правовых средств, т. е. с помощью заключения многосторонних и двусторонних соглашений.

Существует немало международных соглашений двустороннего характера по вопросам правовой помощи. Этот вид договоров традиционен и практикуется Российской Федерацией (ранее — СССР). Однако вопросы подсудности решаются и в широких, многосторонних конвенциях, заключенных в области урегулирования специальных видов отношений, в рамках которых критериям разграничений компетенции национальных судов участвующих в договоре государств отводится определенное место, а также в соглашениях регионального характера, имеющих предметом международную подсудность и связанные с ней аспекты. Примерами первой категории международных договоров являются Конвенция об унификации некоторых правил, относящихся к граж-

¹ См.: Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Указ соч. С. 59—60.

данской юрисдикции по делам о столкновении судов, от 10 мая 1952 г., Варшавская конвенция от 1 октября 1929 г. и дополняющая ее Гвадалахарская конвенция 1961 г. относительно унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, Монреальская конвенция для унификации некоторых правил международной воздушной перевозки от 28 мая 1999 г., Конвенция о перевозках грузов водным путем по Рейну от 17 октября 1968 г., Конвенция о договоре международной перевозки грузов автомобильным транспортом от 19 мая 1956 г., Конвенция от 5 октября 1961 г. о компетентных органах и праве, применяемом по делам о защите несовершеннолетних, и др. В качестве примеров второй группы соглашений следует назвать Брюссельскую конвенцию стран — членов ЕЭС (ныне ЕС) о подсудности, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам от 27 сентября 1968 г., Конвенцию о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам от 16 сентября 1988 г., заключенную в Лугано и повторяющую положения Брюссельской конвенции в целях регулирования соответствующих отношений стран — участниц Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ), Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, стран СНГ от 20 марта 1992 г. и Минскую конвенцию 1993 г. стран СНГ, а также Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества от 6 марта 1998 г. и др.

Как отмечено выше, Брюссельская конвенция о международной подсудности и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам от 27 сентября 1968 г. (вступила в силу 1 февраля 1973 г.), а также Конвенция, подписанная в рамках ЕАСТ в Лугано, вступившая в силу с 1 января 1992 г., характеризуются не только аналогичным духом и одинаковыми принципами, но и практически идентичным текстом, что позволило специалистам говорить о параллельности конвенций, заключенных в Брюсселе и Лугано. Основным отличием последней от Брюссельской конвенции выступает положение, согласно которому она открыта для присоединения любому не участвующему в ЕАСТ государству¹.

В качестве господствующего признака разграничения компетенции национальных судов в данных конвенциях используется место жительства сторон и прежде всего ответчика. Вот почему

¹ Это обусловило интерес к ней и Российской Федерации, вследствие чего в будущем ожидается присоединение последней к Луганской конвенции. Текст Брюссельской и Луганской конвенций см.: *Ануфриева Л. П.* Международное частное право. В 3 т. М., 2001. Т. 3. С. 712—758.

применение, например, отмеченных выше ст. 14 и 15 французского Гражданского кодекса как страны — участницы ЕАСТ и ЕС в необходимых случаях должно учитывать содержание рассматриваемых международных соглашений (ст. 3), если речь идет о лицах, домицилированных в договаривающихся государствах, в частности во Франции. В то же время в данных соглашениях имеется ряд специальных изъятий, формирующих исключительную подсудность (вещные права на недвижимость, юридические лица, ведение реестров и др.).

Российская Федерация является участником ряда многосторонних и двусторонних договоров о правовой помощи, которые устанавливают подсудность гражданских дел судам договаривающихся государств, участвующих в соответствующем договоре.

Так, ст. 20 разд. II Минской конвенции стран СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам формулирует следующие общие положения по определению компетенции судов государств СНГ: «1. Если в частях II—V настоящего раздела не установлено иное, иски к лицам, имеющим место жительства на территории одной из договаривающихся сторон, предъявляются независимо от их гражданства в суды этой договаривающейся стороны, а иски к юридическим лицам предъявляются в суды договаривающейся стороны, на территории которой находится орган управления юридического лица, его представительство или филиал. Если в деле участвуют несколько ответчиков, имеющих местожительство (местонахождение) на территориях разных договаривающихся сторон, спор рассматривается по местожительству (местонахождению) любого ответчика по выбору истца. 2. Суды договаривающейся стороны компетентны также в случаях, когда на ее территории: 1) осуществляется торговля, промышленная или иная хозяйственная деятельность предприятия (филиала) ответчика; 2) исполнено или должно быть полностью или частично исполнено обязательство из договора, являющегося предметом спора; 3) имеет постоянное местожительство или местонахождение истец по иску о защите чести, достоинства и деловой репутации. 3. По делам о праве собственности и иных вещных правах на недвижимое имущество исключительно компетентны суды по месту нахождения имущества. Иски к перевозчикам, вытекающие из договоров перевозки грузов, пассажиров и багажа, предъявляются по месту нахождения управления транспортной организации, к которой в установленном порядке была предъявлена претензия». Как отмечалось ранее, ст. 21 Конвенции устанавливает договорную подсудность.

В соответствии со ст. 48 Конвенции производство по делам о наследовании движимого имущества компетентны вести учреждения договаривающейся стороны, на территории которой имел место жительства наследодатель в момент своей смерти. Произ-

водство по делам о наследовании недвижимого имущества компетентны вести учреждения договаривающейся стороны, на территории которой находится имущество. Данные положения применяются также при рассмотрении споров, возникающих в связи с производством по делам о наследстве.

В силу ст. 49 Конвенции по делам о наследовании, в том числе по наследственным спорам, дипломатические представительства или консульские учреждения каждой из договаривающихся сторон вправе представлять (за исключением права на отказ от наследства) без специальной доверенности в учреждениях других договаривающихся сторон граждан своего государства, если они отсутствуют или не назначили представителей.

Вопрос о взаимосвязи судебных процессов разрешен в конвенционных положениях ст. 22: «В случае возбуждения производства по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям в судах двух договаривающихся сторон, компетентных в соответствии с настоящей Конвенцией, суд, возбужденный позднее, прекращает производство». Встречный иск и требование о зачете, вытекающие из того же правоотношения, что и основной иск, подлежат рассмотрению в суде, который рассматривает основной иск.

Нормы международного гражданского процесса содержатся и в двусторонних договорах Российской Федерации с иностранными государствами, заключенных ею в собственном качестве, и в таких, которые действуют для Российской Федерации как продолжательницы международных договоров СССР¹.

19.3. Процессуальное положение иностранцев

Процессуальное положение иностранцев, развивавшееся параллельно с гражданской правоспособностью, не во все времена характеризовалось благоприятным статусом. Однако с победой буржуазных революций пришло провозглашение принципа равенства в правах иностранных и отечественных граждан.

В области процессуальной защиты своих нарушенных прав истцы-иностранцы нередко подвергались дискриминации, в некоторых странах подобное положение сохраняется и сейчас². Имеется в виду институт, направленный исключительно против истцов-иностранцев, который заключается в том, что при подаче иска иностранный гражданин или подданный либо лицо без гражданства обязан внести залог в обеспечение судебных издержек (как своих, так и ответчика) на случай, если ему будет отказано

¹ Перечень договоров с участием Российской Федерации см.: Бюллетень Министерства юстиции РФ. 1999. № 5. С. 72—106.

² См.: Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Указ соч. С. 53.

в иске (судебный залог — *cautio judicatum solvi*). Ряд государств, практиковавших это средство ограничения допуска к процессуальной защите прав иностранцев, согласились устранить его в порядке заключенного многостороннего международного договора — Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. или Конвенции об облегчении международного доступа к правосудию от 25 октября 1980 г., другие — в порядке двусторонних соглашений (например, договоров о правовой помощи), третьи — на основе применения принципа взаимности.

В частности, при рассмотрении дела Земельным судом г. Гамбурга (ФРГ) по иску российского лица к немецкому ответчику суд отверг ссылку ответчика на неуплату со стороны истца суммы в обеспечение судебных расходов. Положения п. 1 ст. 2 §110 Германского устава гражданского судоприводства, предусматривающие освобождение истца от уплаты судебного залога, если по закону государства истца германский гражданин не обязан вносить залог, были признаны судом применимыми к данному делу, поскольку Россия является участницей Гаагской конвенции и в ее внутреннем праве не имеется подобного требования, в силу чего германский гражданин или юридическое лицо не должны были бы вносить судебный залог в обеспечение расходов по иску при обращении в российский суд.

Международным договором, как отмечалось выше, может быть предусмотрено устранение каких-либо специальных требований в отношении истцов — иностранных граждан¹. Так, согласно ст. 17 Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. от граждан одного из договаривающихся государств, имеющих место жительства в одном из этих государств и выступающих в судах другого из этих государств в качестве истцов или третьих лиц, не могут быть истребованы залог или обеспечение в какой бы то ни было форме на основании того, что они являются иностранцами или не имеют постоянного или временного места жительства в данной стране. Это же правило применяется в отношении любых платежей, которые могли бы быть истребованы от истцов или третьих лиц в обеспечение судебных издержек.

В соответствии со ст. 18 Конвенции судебные решения об уплате судебных издержек и расходов, понесенных ответчиком и государством по делу, в котором истец или третья сторона освобождены от внесения обеспечения или залога в силу ст. 17 или законодательства государства, приводятся в исполнение бесплатно компетентными властями в каждом* другом договаривающемся го-

¹ Например, в Индии некоторые категории иностранных граждан — так называемых «враждебных иностранцев» — не допускаются в индийские суды в качестве истцов без специального разрешения.

сударстве по поручениям, передаваемым в дипломатическом порядке.

Возможность взимания судебного залога в принципе может рассматриваться в современных условиях даже и в отношении государства, когда оно выступает истцом в иностранном суде в виду того, что многие страны сегодня в своем внутреннем законодательстве предусматривают отход от идей абсолютного иммунитета, презюмируя, что государство при осуществлении коммерческой или вообще частноправовой деятельности молчаливо соглашается на отказ от иммунитета и, следовательно, в юридическом плане должно быть уравнено в правах с иными субъектами частного права. Поскольку *cautio judicatum* — процессуальный институт, применяемый к иностранцам вообще, он не может быть исключен, если следовать указанной логике, и в случаях, когда в иностранном суде выступает истцом государство. Характерно, что в Европейской конвенции об иммунитете государств от 16 мая 1972 г. вопрос о судебном залоге в отношении иностранного государства решается категорическим образом: «Никакой залог или взнос под каким-либо наименованием, которые не могут быть истребованы в государстве, где происходит судебное разбирательство, от гражданина этого государства или лица, которое там проживает или имеет место пребывания, не могут быть предписаны договаривающемуся государству в качестве гарантии оплаты судебных издержек или расходов» (ст. 17).

Двусторонние договоры о правовой помощи, заключенные в последние годы Российской Федерацией (ранее СССР), всегда уделяли внимание вопросу о *cautio judicatum*, предусматривая взаимное освобождение от обеспечения судебных расходов. Многосторонний документ, связывающий страны СНГ, в свою очередь, закрепил аналогичный подход. В соответствии со ст. 1 Минской конвенции 1993 г. 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. Они 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.

Согласно положениям ст. 2 Минской конвенции граждане каждого из договаривающихся государств и лица, проживающие на его территории, освобождаются от уплаты и возмещения судебных и нотариальных пошлин и издержек, а также пользуются

бесплатной юридической помощью на тех же условиях, что и собственные граждане. Еще один многосторонний акт, действующий в рамках стран СНГ, — Киевское соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, также устанавливает свободный доступ иностранных граждан, лиц без гражданства, проживающих на территориях участников, и юридических лиц, учрежденных на их территориях.

В отличие от Минской конвенции, которая имеет в виду любые гражданско-правовые споры, Киевское соглашение касается лишь хозяйственных споров, которые рассматриваются, как правило, арбитражными или хозяйственными (экономическими) судами. В случае подобных споров хозяйствующие субъекты каждого из государств — участников СНГ пользуются на территории другого государства-участника правовой и судебной защитой своих имущественных прав и законных интересов, равной с хозяйствующими субъектами данного государства (ст. 3). Они имеют на территории других государств — участников СНГ право беспрепятственно обращаться в суды, арбитражные (хозяйственные) суды, третейские суды и другие органы, к компетенции которых относится разрешение дел, могут выступать в них, возбуждать ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия.

Особое значение для реализации иностранными гражданами процессуальных прав в конкретных ситуациях имеют консульские конвенции, в которых предусматривается, как правило, широкий перечень правомочий консула в стране пребывания: представление интересов граждан государства, направившего консула, без специальной доверенности в суде, обращение в компетентные местные и центральные органы государства пребывания, передача судебных и несудебных документов или исполнение судебных поручений или же поручений по снятию показаний для судов представляемого государства в соответствии с действующими международными соглашениями или при отсутствии таких соглашений в любом ином порядке, не противоречащем законам и правилам государства пребывания, охрана интересов граждан (физических и юридических лиц) представляемого государства в случае преемства «*mortis causa*» на территории государства пребывания в соответствии с законами и правилами государства пребывания, исполнение обязанностей нотариуса, регистратора актов гражданского состояния и других подобных обязанностей, а также выполнение некоторых функций административного характера и т. д.

В России процессуальное положение иностранцев закреплено прежде всего в Конституции, ч. 1 ст. 46 которой гласит, что «каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод». В соответствии с ч. 3 ст. 62 Конституции «иностранцы граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации пра-

вами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации». Данная формула, определяющая в целом основы правового положения иностранных граждан в России, закреплена и в Федеральном законе «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 25 июля 2002 г. (ст. 4). В полном соответствии с указанным Законом гражданские процессуальные права иностранных граждан, иностранных предприятий и организаций установлены как общими нормами (ст. 36), так и специальными положениями (ст. 398) Гражданского процессуального кодекса РФ, а также ст. 254 Арбитражного процессуального кодекса РФ. Иностранные граждане имеют право обращаться в суды Российской Федерации и пользуются гражданскими процессуальными правами наравне с российскими гражданами. Иностранные предприятия и организации имеют право обращаться в суды Российской Федерации и пользуются гражданскими процессуальными правами для защиты своих интересов.

Изъятия из принципа национального режима, закрепленного в действующем праве России, которые сужали бы сферу его применения, могут устанавливаться только в виде ответных ограничений (реторсий) на ограничения, установленные в иностранных государствах по отношению к российским гражданам. В таких случаях Правительством Российской Федерации могут предусматриваться ответные меры применительно к гражданам, предприятиям и организациям тех государств, в которых допускаются особые ограничения гражданских процессуальных прав российских граждан, предприятий и организаций (ч. 4 ст. 398 ГПК РФ и ч. 4 ст. 254 АПК РФ). Это исключительная мера. Однако возможность ответных ограничений не означает предоставления в Российской Федерации иностранным гражданам процессуальных прав под условием взаимности: при рассмотрении конкретных дел суды не должны рассматривать вопрос о взаимности, требовать от иностранного гражданина, участвующего в деле, подтверждения того, что в государстве его гражданства российским гражданам предоставляются процессуальные права наравне с гражданами этого государства.

Законодательное закрепление права иностранных граждан и лиц без гражданства обращаться в российские органы правосудия и пользоваться гражданскими процессуальными правами наравне с российскими гражданами означает предоставление им национального режима в области защиты своих прав и охраняемых законом интересов. При этом речь идет о всей совокупности прав, которые могут иметь место в порядке гражданского судопроизводства. На иностранных граждан распространяются нормы гражданского процессуального права о процессуальной право- и дееспособности.

способности, они могут на общих основаниях выступать в процессе в качестве стороны или третьего лица. Процессуальные права и обязанности иностранных граждан и лиц, участвующих в деле, предусмотрены ст. 398—401 ГПК, а также ст. 41 и 254 АПК РФ.

В то же время действующие процессуальные акты исходят из необходимости учета особенностей рассмотрения дел с участием иностранных лиц. Например, применительно к делам, разрешаемым арбитражным судом с участием иностранных лиц, находящихся или проживающих вне пределов Российской Федерации, ст. 253 АПК РФ 2002 г. устанавливает, что такие лица извещаются о судебном разбирательстве определением арбитражного суда путем направления поручения в учреждение юстиции или другой компетентный орган иностранного государства. В этих случаях срок рассмотрения дела продлевается арбитражным судом на срок, установленный договором о правовой помощи для направления поручений в компетентный орган иностранного государства, а при отсутствии в договоре такого срока или отсутствии указанного договора — не более чем на шесть месяцев (ч. 3 ст. 253). Наряду с этим сроки рассмотрения дел с участием иностранных лиц, проживающих или находящихся на территории России, предусмотрены в Кодексе на общих основаниях (ч. 2 ст. 253).

Важной новеллой отечественного процессуального законодательства стало введение в его содержание правил определения права, применимого к процессуальной право- и дееспособности иностранных физических и юридических лиц и организаций (ст. 399, 400 ГПК РФ). Ранее вопрос о применимом к этому аспекту личных прав порядке не стоял специальным образом, поскольку гражданская дееспособность устанавливалась по личному закону, а процессуальная подчинялась закону суда. В нынешних условиях действие закона суда — российского права предусматривается лишь для тех специфических ситуаций, когда в силу личного закона иностранные граждане и лица без гражданства, а также юридические лица и организации не обладают гражданской процессуальной дееспособностью, но в то же время являются процессуально дееспособными по российскому закону. Процессуальная правоспособность международной организации устанавливается на основе международного договора, в соответствии с которым она создана, ее учредительных документов или соглашения с компетентным органом Российской Федерации (ч. 3 ст. 400 ГПК РФ).

19.4. Оказание правовой помощи. Исполнение иностранных судебных поручений

Под правовой помощью в современных международных отношениях, как правило, подразумевается совершение отдельных процессуальных действий, предусмотренных законодательством запра-

шивающей стороны: составление, пересылка, вручение документов, получение вещественных доказательств, допрос свидетелей, экспертов и иных лиц для целей осуществления гражданского процесса по гражданским, семейным и торговым делам. Просьбы об оказании правовой помощи обычно составляются на языке запрашивающей стороны. Однако по договоренности стороны могут использовать бланки на двух языках. Часто органы юстиции оказывают взаимно по просьбе другой стороны содействие в установлении адреса лиц, находящихся на их территории, в рамках оказания правовой помощи по гражданским или уголовным делам. Большая часть процессуальных действий, входящих в объем правовой помощи, связана с деятельностью суда по рассмотрению дел международного характера. Они исполняются в форме судебных поручений. Судебные поручения и другие виды правовой помощи в современной международной практике осуществляются в значительной мере на основе международных договоров.

Европейские и некоторые другие государства, в том числе США, заключили соглашения по частным аспектам международного гражданского процесса и правовой помощи в области разрешения гражданских и торговых дел: Гаагскую конвенцию о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам от 15 ноября 1965 г.¹, Гаагскую конвенцию о сборе за границей доказательств по гражданским и торговым делам от 18 марта 1970 г.² Российская Федерация Федеральными законами от 12 февраля 2001 г. присоединилась к названным конвенциям³.

¹ Участниками по состоянию на апрель 2001 г. являлись: Антигуа и Барбада, Багамские острова, Барбадос, Белоруссия, Бельгия, Болгария, Ботсвана, Великобритания, Венесуэла, Германия, Греция, Дания, Египет, Израиль, Ирландия, Испания, Италия, Канада, Кипр, Китай, Латвия, Люксембург, Малави, Мексика, Нидерланды, Норвегия, Пакистан, Польша, Португалия, Республика Корея, Сейшельские острова, Словакия, США, Турция, Финляндия, Франция, Чешская Республика, Швейцария, Швеция, Эстония, Япония. В 2001 г. к Конвенции присоединилась Россия (см.: Федеральный закон «О присоединении Российской Федерации к Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам» от 12 февраля 2001 г. № 10-ФЗ).

² В ней участвуют: Австралия, Аргентина, Барбадос, Болгария, Великобритания, Венесуэла, Германия, Дания, Израиль, Испания, Италия, Кипр, Китай, Латвия, Литва, Люксембург, Мексика, Монако, Нидерланды, Норвегия, Польша, Португалия, Сингапур, Словакия, Словения, США, Украина, Финляндия, Франция, Чешская Республика, Швейцария, Швеция, Шри-Ланка, Эстония, ЮАР. Турция также подписала Конвенцию. В 2001 г. к Конвенции присоединилась Россия (см.: Федеральный закон «О присоединении Российской Федерации к Конвенции о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам» от 12 февраля 2001 г. № 11-ФЗ).

³ Подробнее об этих конвенциях см.: *Марышева Н. И.* Присоединение России к Гаагским конвенциям 1965 и 1970 годов по вопросам гражданского процесса // Журнал российского права. 2001. № 6. С. 66–87.

7 июня 1968 г. подписана Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства, а 15 марта Дополнительный протокол к ней¹. С учетом состава участников Гаагских конвенций 1965 и 1970 гг., круг которых, как видно, выходит за пределы одного континента (в частности, Европы), они способны обеспечить больший географический охват оказания правовой помощи и сотрудничества государств в области гражданского процесса в целом, нежели Гаагская конвенция 1954 г., связывающая преимущественно европейские страны. В этом отношении Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов важна прежде всего тем, что ее положения направлены на упрощение и ускорение процедуры вручения документов, а также на выработку компромиссных вариантов, устраивающих страны не только континентального, но и «общего права», внутреннее законодательство которых отличается известной спецификой.

Так, помимо вручения документов по дипломатическим каналам или через центральные органы юстиции, а также через органы, специально создаваемые согласно Конвенции 1965 г. государствами-участниками для этих целей, допускается вручение документов находящимся за границей лицам непосредственно дипломатическими или консульскими представительствами, если в соответствии со ст. 8 Конвенции государство не заявило в силу ст. 21, что оно возражает против подобного вручения на своей территории, кроме случаев, когда документ вручается гражданину того государства, откуда поступил документ. Поскольку Федеральный закон о присоединении Российской Федерации к Гаагской конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов от 12 февраля 2001 г. не содержит упоминания о таком заявлении, следует заключить, что любым находящимся на территории России лицам вручение судебных и внесудебных документов, подпадающих под сферу действия Конвенции, может быть осуществлено дипломатическими или консульскими представителями государств-участников. Равным образом российские дипломатические или консульские учреждения за рубежом вправе вручать документы не только российским гражданам, но и иностранным гражданам или юридическим лицам участвующих в Конвенции стран, находящимся на территории конкретного государства.

Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским и торговым делам 1970 г., в свою очередь, как и Конвенция 1965 г., устанавливает упрощенный порядок сношения соответствующих органов в части исполнения судебных поручений

¹ Подписанная в Лондоне Конвенция вступила в силу для РФ с 13 мая 1991 г. В Дополнительном протоколе 1978 г. Россия не участвует.

о выполнении отдельных процессуальных действий по гражданским и торговым делам, например о допросе свидетелей, производстве судебного осмотра, получении заключений экспертов и т. д., через специально назначаемые органы, а также через дипломатические и консульские учреждения, находящиеся на территориях иностранных государств — участников. При этом, однако, в последнем случае необходимо получение особого разрешения со стороны компетентных институтов государства, направившего дипломатического представителя или консула, если речь идет о гражданах страны пребывания или гражданах третьих стран¹. Стоит отметить в связи с этим, что, хотя международная практика признает возможность исполнения поручений иностранных судов и совершения иных действий по оказанию правовой помощи на принципах международной вежливости и в отсутствие международного соглашения², система отношений в данной области, основанная на договорно-правовых началах, обеспечивает гарантированный порядок и соблюдение необходимых процедур в ходе выполнения обязательств.

В соответствии со ст. 20 Конвенции 1970 г. граждане каждого из договаривающихся государств пользуются во всех других договаривающихся государствах бесплатной правовой помощью наравне с собственными гражданами этих государств в соответствии с законодательством государства, где требуется бесплатная право-

¹ Следует подчеркнуть, что расширение возможности получения доказательств через дипломатических и консульских представителей с точки зрения действующего российского законодательства, согласно которому выполнение иностранных судебных поручений отнесено к ведению судов (ст. 407 ГПК РФ, ст. 256 АПК РФ), требует четкого понимания статуса последних применительно к гражданскому судопроизводству — их действия предназначены «в помощь судебным разбирательствам» (абз. 1 ст. 15 Конвенции) в случаях, когда они осуществляются в отношении граждан представляемого государства. Статья 17 Конвенции предусматривает выполнение отдельных процессуальных действий «в помощь судебному разбирательству» уполномоченными, которыми в принципе могут быть любые лица, в том числе дипломатические или консульские должностные лица, надлежащим образом уполномоченные иностранным судом, ведущим рассмотрение дела. Институт уполномоченных известен судебной практике США, но не знаком российской правовой системе, что вполне способно породить возникновение определенных проблем при применении Конвенции.

² Принцип международной вежливости («*comitas gentium*») не чужд и правовой системе России, что подтверждается ее высшими судебными инстанциями. Так, в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса» предусматривается, что «направление судебного поручения в порядке правовой помощи возможно и на условиях международной вежливости в отсутствие международного договора об оказании правовой помощи» (п. 20) (см.: Вестник ВАС РФ. 1999. № 8).

вая помощь. Согласно ст. 26 тюремное заключение за долги как средство исполнения или как предупредительная мера по гражданским или торговым делам не может быть применено к иностранцам, являющимся гражданами одного из договаривающихся государств, в тех случаях, когда оно не применяется к местным гражданам. Рассматриваемая Конвенция, будучи действенным инструментом осуществления сотрудничества государств по выполнению судебных поручений, не распространяется ни на вручение документов с целью возбуждения процедур принудительного исполнения иностранных судебных решений, ни на самое их исполнение.

Универсальный документ в рассматриваемой сфере — Конвенция о международном доступе к правосудию 1980 г. заменяет положения ч. III—VI Гаагской конвенции 1954 г. С некоторыми изменениями она воспроизводит основные положения Гаагской конвенции 1954 г. Наиболее существенное изменение касается порядка сношений при оказании правовой помощи. Статья 9 Гаагской конвенции 1954 г. устанавливала, что «...судебные поручения передаются консулом запрашивающего государства властям, указанным запрашиваемым государством,.. Каждое договаривающееся государство может заявить, уведомив другие договаривающиеся государства, что оно желает, чтобы судебные поручения, подлежащие исполнению на его территории, передавались ему дипломатическим путем» (ст. 9). Аналогичный порядок предусмотрен ст. 1 Конвенции о вручении судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам. Конвенция 1980 г. ввела порядок сношения через специально создаваемые органы (центральные органы), хотя каждое государство может использовать и дипломатические или консульские каналы.

Каждое участвующее государство назначает центральный орган, на который возлагается получение судебных поручений, исходящих от судебного органа другого договаривающегося государства, и передачу их компетентному органу на исполнение. Каждое государство организует центральный орган в соответствии со своим законодательством. Судебные поручения передаются центральному органу запрашиваемого государства без вмешательства какого-либо другого органа этого государства.

В судебном поручении должно быть указано: а) запрашивающий орган и, если возможно, запрашиваемый орган; б) фамилии и адреса сторон судебного разбирательства и, в случае необходимости, их представители; в) характер и предмет судебного разбирательства и краткое изложение фактической стороны дела; г) доказательства, которые требуется получить, или иные судебные действия, которые необходимо выполнить. При необходимости в судебном поручении указываются: е) фамилии и адреса лиц, которых необходимо допросить; ф) вопросы, которые необхо-

димо задать допрашиваемым лицам, или факты, по которым их необходимо допросить; g) документы или иные объекты, которые необходимо исследовать; j) просьба о получении свидетельских показаний под присягой или путем торжественного заявления и, в случае необходимости, особые формулировки, которые необходимо использовать; i) особые формы, применение которых требуется в соответствии со ст. II (особые процессуальные формы по законодательству запрашивающего государства). Никакой легализации или иных аналогичных формальностей не требуется. Судебное поручение не исполняется в той мере, в какой лицо, которого оно касается, ссылается на освобождение или запрет на дачу показаний, установленные: а) либо законодательством запрашиваемого государства; б) либо законодательством запрашивающего государства, о чем было указано в судебном поручении или что было подтверждено запрашивающим органом по просьбе запрашиваемого органа.

Кроме того, каждое договаривающееся государство может заявить, что оно будет признавать такие освобождения и запреты, установленные законодательством государства, иного, чем запрашивающее и запрашиваемое государства, в той мере, в какой это будет указано в его заявлении.

В исполнении судебного поручения может быть отказано лишь в той мере, в какой:

а) его исполнение в запрашиваемом государстве не входит в функции судебных органов;

б) запрашиваемое государство считает, что исполнение поручения может нанести ущерб его суверенитету или безопасности.

В исполнении поручения не может быть отказано лишь на том основании, что законодательство запрашиваемого государства предусматривает исключительную компетенцию по данному делу или не предусматривает возбуждение дела по данным основаниям.

Соответствующие положения в области оказания правовой помощи установлены и специальным многосторонним соглашением в этой сфере стран СНГ—Минской конвенцией 1993 г. В изъятие из общепринятого порядка сношения между органами юстиции по дипломатическим каналам или через посредство центральных органов юстиции в силу Протокола к Минской конвенции 1993 г. стран СНГ, подписанного 28 марта 1997 г., допускается возможность сношения через территориальные и другие органы (ст. 5), что, безусловно, значительно упрощает процедуры оказания правовой помощи и осуществления конкретных юридических актов.

Согласно положениям Минской конвенции правовая помощь оказывается в следующем объеме: выполнение процессуальных действий, предусмотренных законодательством запрашиваемого государства, составление и пересылка документов, пересылка и выдача вещественных доказательств, проведение экспертизы,

допрос сторон, свидетелей, экспертов и т. п. в целях обеспечения признания и исполнения судебных решений по гражданским делам и т. п., исполнительных надписей, а также вручения документов.

Общим правилом, причем применяемым не только в отношении стран СНГ, является положение о том, что порядок и форма совершения процессуального действия по запросу суда или иного органа иностранного государства определяются законом государства, на территории которого совершается процессуальное действие. Вместе с тем могут быть допущены и исключения, в силу которых, если это не противоречит публичному порядку страны, исполняющей иностранное судебное поручение, будут соблюдаться требования к форме согласно законодательству запрашивающего государства. Так, согласно ст. 8 Минской конвенции «по просьбе запрашивающего учреждения оно может применить процессуальные нормы запрашивающей Договаривающейся Стороны». М. М. Богуславский приводит пример, когда советские суды не отказывались при допросе свидетелей на территории СССР по поручениям судов Великобритании или США руководствоваться исходящими от этих судов вопросниками (*interrogatories*), составленными по обычной для судов «общего права» форме для прямого или перекрестного допроса¹.

Необходимо учитывать, что п. 5 Киевского соглашения стран СНГ предусмотрен особый порядок выполнения судебных поручений в рамках разрешения хозяйственных споров, направляемых в Азербайджан, Армению, Белоруссию, Казахстан, Кыргызстан, Молдову, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан, Украину, в силу которого судебные поручения посылаются в названные страны почтовой связью, без перевода, непосредственно в суды, компетентные разрешать экономические споры на территории этих государств.

В ряде случаев договоры предусматривают предоставление по запросу помощи в установлении места работы и размера доходов ответчика, если в суде одной из сторон предъявлен иск о взыскании алиментов с лица, находящегося на территории другого договаривающегося государства (ст. 14 Российско-польского договора 1996 г.). Договаривающиеся государства принимают на себя обязательства по взаимному удовлетворению просьб по пересылке друг другу в дипломатическом порядке без перевода на язык другой стороны и бесплатно документы об образовании, трудовом стаже и иные документы, которые касаются личных прав и интересов граждан другой договаривающейся стороны. Отказ в оказании правовой помощи может иметь место только в случае, если

¹ См.: Богуславский М. М. Международное частное право. М., 1999. С. 371.

это наносит ущерб суверенитету, безопасности, общественному порядку или другим важным интересам запрашиваемой стороны.

Важным аспектом предоставления государствами правовой помощи друг другу выступает признание документов, выданных органами одной страны, на территории другой. Весьма распространенным ныне конвенционным принципом в этом отношении является положение о том, что в подобных случаях для признания так называемого экстерриториального действия национальных документов одного государства в пределах юрисдикции другого не требуется их официальной легализации: будучи снабженными государственными печатями и надлежащими подписями должностных лиц, такие документы должны приниматься на территории другой страны — участницы договора без дополнительных требований по их удостоверению или легализации. В свете этого к документам, происходящим из стран, с которыми Россия заключила договоры о правовой помощи, предусматривающим освобождение от легализации, не может быть предъявлено требование об апостиле (проставлении особого штампа на самом документе или отдельном листе, скрепляемом с ним), установленном Гаагской конвенцией, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов, от 5 октября 1961 г.¹

Для эффективного и правильного обращения к нормам международных соглашений в области оказания правовой помощи в Российской Федерации разработан и действует ряд нормативных актов, принятых в целях облегчения задач компетентных органов по правоприменению (судов, органов нотариата, ЗАГС и т. п.). В их числе следует прежде всего назвать Закон «О международных договорах Российской Федерации» от 15 июля 1995 г., Указ Президиума Верховного Совета СССР «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей» от 21 июня 1988 г., постановление Президиума Верховного Совета СССР «О мерах по выполнению международных договоров СССР о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам» от 21 июня 1988 г., постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11 июня 1999 г. №8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса». Последний из перечисленных документов обращает на себя внимание тем, в частности, что, говоря об исполнении судебных поручений иностранных судов, он предусматривает возможность направления судебного поручения в порядке и на условиях международной вежливости в отсутствие международного договора о правовой помощи (п. 19).

¹ Подробнее об этом см.: *Ануфриева Л. П.* Действительность документов, применяемых за границей // Бюллетень Министерства юстиции РФ. 2000. № 9.

19.5. Исполнение судебных решений

Действие судебного решения, вынесенного судом одного государства, ограничено территорией этого государства. Это вызвано прежде всего тем, что судебное решение рассматривается в качестве части правопорядка того государства, в рамках юрисдикции которого оно было вынесено.

Следовательно, допустимость признания и исполнения иностранного судебного решения определяется законодательством конкретной страны и международными соглашениями, в которых она участвует. Признание на территории государства решений судов другого государства означает придание этим решениям такой же юридической силы, какую имеют вступившие в законную силу решения судов данного государства: они приобретают свойства неопровержимости, исключительности, а решения о присуждении—также исполнимости, они обязательны для должностных лиц и органов государственной власти данного государства. Это решение будет служить таким же подтверждением гражданских и иных прав и обязанностей, что и решение отечественного суда.

В зависимости от видов решения достаточно только их признания (о расторжении брака, признании умершим) либо требуется и признание, и исполнение решения. Признание иностранного судебного решения является необходимой предпосылкой его принудительного исполнения. Для принудительного исполнения иностранного решения обычно устанавливаются дополнительные требования сверх тех, которые нужны для признания решения. Практически всегда важнейшим условием для исполнения решения является взаимность.

Различные авторы по-разному подходят к существующим в мире системам исполнения иностранных судебных решений. Так, Л. А. Лунц и Н. И. Марышева выделяют систему экзекватуры, систему англо-американского «общего права»¹; М. М. Богуславский насчитывает три системы: 1) для исполнения иностранного судебного решения требуется проверка его правильности с формальной точки зрения, а также установление его непротиворечия публичному порядку страны суда и ряда других условий (Италия); 2) для исполнения иностранного судебного решения необходима выдача экзекватуры (Франция, Бельгия, ряд государств Африки). Суд после рассмотрения соответствующего ходатайства выносит постановление о разрешении исполнения. Во Франции возможна проверка решения по существу, если оно вынесено против французского гражданина; 3) для исполнения иностранных судебных решений, вынесенных в странах, которые

¹ См.: Лунц Л. А., Марышева Н. И. Курс международного частного права. Международный гражданский процесс. М., 1976. С. 169—178.

предоставляют взаимность в отношении исполнения решений, требуется регистрация решения в особом реестре (Великобритания). Регистрация производится при соблюдении ряда требований и наличии некоторых условий¹.

В Российской Федерации с принятием Арбитражного процессуального кодекса 2002 г. и Гражданского процессуального кодекса 2002 г. произведен коренной пересмотр процедур признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений. Прежде всего это коснулось компетенции соответствующих судебных учреждений. Так, решения иностранных судов по спорам, связанным с предпринимательской и иной экономической деятельностью, исполняются арбитражными судами (ч. 1 ст. 241 АПК РФ). Вопросы признания и приведения в исполнение решения иностранного суда разрешаются арбитражным судом по заявлению стороны в споре, рассмотренном иностранным судом, согласно правилам АПК об их подсудности, т. е. арбитражным судом субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место жительства или нахождения должника неизвестно, — по месту нахождения имущества должника (ч. 1 ст. 242). Для признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений по экономическим спорам утратили силу правила, содержащиеся в Указе Президиума Верховного Совета СССР «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей» от 21 июня 1988 г., действовавшем на момент принятия АПК РФ 2002 г. в редакции постановления Верховного Совета РФ от 12 декабря 1991 г. По результатам рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда арбитражный суд выносит определение по общим нормам АПК, установленным для принятия решения. Определение арбитражного суда о признании и исполнении иностранного судебного решения может быть обжаловано в кассационную инстанцию в течение одного месяца со дня вынесения определения (ст. 245 АПК РФ). Принудительное исполнение решения иностранного суда производится на основании исполнительного листа, выданного арбитражным судом, вынесшим определение о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда (ст. 246 АПК РФ)².

Таким образом, создана система двойственности процедур признания и исполнения решений иностранных судебных учреждений, обеспечиваемых соответственно арбитражными судами по делам,

¹ См.: *Богуславский М. М.* Международное частное право: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2001. С. 425—426.

² См.: *Нешатаева Т. Н.* О признании и исполнении решений по хозяйственным спорам судов государств — участников СНГ на территории Российской Федерации // Журнал международного частного права. 1997. №2 (16).

возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, базирующимся на нормах Арбитражного процессуального кодекса 2002 г., и судами общей юрисдикции по остальным категориям дел на основании Гражданского процессуального кодекса РСФСР (ст. 409—415) и Указа Президента Верховного Совета СССР «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей» от 21 июня 1988 г., действующего в части, не противоречащей вновь принятому ГПК. В соответствии со ст. 241 АПК и ст. 409 ГПК (ст. 1 Указа 1988 г.) решения иностранных судов, в том числе решения по утверждению мировых соглашений (ч. 1 ст. 409 ГПК), признаются и исполняются, если это предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом. В свете этого решение, скажем, суда Канады о взыскании содержания на детей с ответчика, проживающего в Санкт-Петербурге, может быть признано и исполнено при условии наличия договора между РФ и Канадой, предусматривающего взаимное признание и исполнение судебных решений. С учетом того, что полномасштабный договор о правовой помощи между Россией и Канадой, включая вопросы исполнения судебных решений, только разрабатывается и ждет своего заключения в соответствии со всеми требованиями международных документов и национального законодательства обеих стран, представляется, что исполнение подобного решения канадского суда на территории Российской Федерации едва ли будет возможным.

В сфере признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений продолжена общая линия, выраженная в новом процессуальном законодательстве Российской Федерации, — решения иностранных судов, принятые ими по спорам и иным делам, связанным с «предпринимательской и иной экономической деятельностью», подлежат признанию и исполнению арбитражными судами субъекта Российской Федерации по месту нахождения должника или, если местонахождение последнего неизвестно, — его имущества; решения иностранных судов по гражданским делам, в том числе утверждающие мировые соглашения, за исключением дел по экономическим спорам и других дел, связанных с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, приговоры по делам в части возмещения ущерба, причиненного преступлением, признаются и исполняются судами общей юрисдикции (ч. 2 ст. 409 ГПК РФ). Согласно ст. 410 ходатайство взыскателя о принудительном исполнении решения иностранного суда рассматривается Верховным судом республики, краевым, областным судом, судом города федерального значения, судом автономной области или судом автономного округа по месту жительства или месту нахождения должника в Российской Федерации, а в случае, если должник не имеет места жительства

или места нахождения в Российской Федерации либо место его нахождения неизвестно, — по месту нахождения его имущества.

Согласно ст. 1 Указа Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. решения иностранных судов, которые не подлежат принудительному исполнению, признаются, если это предусмотрено международным договором Российской Федерации или российским законодательством. Поскольку в АПК данный вопрос не обозначен, следует заключить, что эти положения Указа могут применяться в необходимых случаях в сфере, связанной с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности. С учетом вышеупомянутых оговорок последний распространяет свое действие в части признания и принудительного исполнения и на акты иных органов иностранных государств. В силу же ст. 413 ГПК РФ признание решений иностранных судов, которые не требуют принудительного исполнения, осуществляется без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица в оговоренный законом срок (в течение одного месяца) не поступят возражения относительно этого.

Каждый из новых процессуальных актов, принятых в России в 2002 г., в пределах предусмотренной компетенции соответствующих судебных учреждений устанавливает перечень предъявляемых документов и требования к документам, сопровождающим ходатайство (по «букве» АПК РФ — процессуальной формой документа заинтересованного лица о разрешении признания и приведения в исполнение является «заявление», а содержанием — «ходатайство», в ГПК же форма и содержание выражены одним понятием — «ходатайство») взыскателя о признании и приведении в исполнение иностранного решения. Следует отметить совпадение подходов к содержанию заявления, перечню и характеру документов, прилагаемых к нему, Указа 1988 г. и ГПК РФ. АПК РФ в этом смысле характеризуется большей детальностью регулирования. В частности, в заявлении о разрешении принудительного исполнения должны быть указаны не только наименование арбитражного суда, в который подается заявление, но и наименование и место нахождения иностранного суда, сведения о решении иностранного суда или об иностранном арбитражном решении, о признании и приведении в исполнение которых ходатайствует взыскатель, равно как и сама просьба (ходатайство) взыскателя о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения. В отдельные позиции выделены заверенная копия иностранного судебного решения, в отношении которого подается ходатайство о признании и исполнении, а также сам перечень прилагаемых к заявлению документов. Кроме того, п. 5 ч. 3 ст. 242 АПК РФ предусматривается представление в компетентный арбитражный суд документа, подтверждающего направление должнику копии заявления

о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда.

Документы по списку, приведенному ниже, присутствуют во всех трех актах: Указе 1988 г., ГПК и АПК РФ. Это: документ, удостоверенный надлежащим образом и подтверждающий вступление решения иностранного суда в законную силу, если это не указано в тексте самого решения; документ, удостоверенный надлежащим образом и подтверждающий, что должник был своевременно и в надлежащей форме извещен о разбирательстве дела в иностранном суде, о признании и приведении в исполнение решения которого ходатайствует взыскатель; доверенность или иной документ, удостоверенные надлежащим образом и подтверждающие полномочия лица, подписавшего заявление в арбитражный суд. Указанные документы должны быть представлены в заверенном надлежащим образом переводе на русский язык.

В соответствии с действующим законодательством (ст. 243 АПК РФ, ч. 3 ст. 411 ГПК РФ) рассмотрение ходатайства о разрешении принудительного исполнения решения иностранного суда производится в открытом судебном заседании с извещением должника о времени и месте рассмотрения ходатайства. Отсутствие должника или его представителя и неучастие в судебном заседании, о времени и месте которого он был надлежащим образом уведомлен, не является препятствием для рассмотрения дела. В случае, если должник обратился в суд с просьбой о переносе времени рассмотрения ходатайства и эта просьба признана судом уважительной, суд переносит время рассмотрения и извещает об этом должника (ч. 3 ст. 411 ГПК РФ). АПК РФ особо акцентирует внимание на том, что при рассмотрении ходатайства взыскателя о признании и принудительном исполнении иностранного судебного решения арбитражный суд не вправе пересматривать его по существу (ч. 4 ст. 243).

Для современного правового регулирования в России рассмотрения дел о признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения характерна новелла, введенная в российское право Гражданским процессуальным кодексом, касающаяся того, что если у суда при решении вопроса о принудительном исполнении возникнут сомнения, он может не только запросить у лица, возбудившего ходатайство о принудительном исполнении решения иностранного суда, объяснение, опросить должника по существу ходатайства, но и при необходимости затребовать разъяснение иностранного суда, принявшего решение (ч. 6 ст. 411). В этом плане обращение к иностранному суду за разъяснениями представляет собой, с одной стороны, оригинальный институт отечественного регулирования в области международного гражданского процесса, а с другой — отражает одну из актуальных

мировых тенденций развития последнего — взаимодействие судебных систем различных государств.

Выслушав объяснения должника и рассмотрев представленные документы, суд выносит определение о разрешении принудительного исполнения решения иностранного суда или об отказе в этом. Отказ в разрешении принудительного исполнения решения иностранного суда допускается в исчерпывающем перечне случаев. Предусмотрены следующие основания для отказа: 1) решение по закону государства, на территории которого оно принято, не вступило в законную силу (ГПК РФ добавляет в рамках этой позиции еще один элемент: решение не подлежит принудительному исполнению); 2) сторона, против которой принято решение, не была своевременно и надлежащим образом извещена о времени и месте рассмотрения дела или по другим причинам не могла представить в суд свои объяснения; 3) рассмотрение дела относится к исключительной подсудности судов в Российской Федерации¹; 4) имеется вступившее в законную силу решение суда в Российской Федерации, принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям, или в производстве суда в Российской Федерации имеется дело, возбужденное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям до возбуждения дела в иностранном суде; 5) истек срок предъявления решения к принудительному исполнению, и этот срок не восстановлен судом в Российской Федерации по ходатайству взыскателя (основания являются общими для АПК и ГПК РФ).

Отдельное место в перечне оснований для отказа занимает противоречие исполнения публичному порядку Российской Федерации (п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК РФ). Отметим, что п. 6 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ иначе конструирует соответствующее основание. В нем говорится: «Если исполнение решения может нанести ущерб суверенитету Российской Федерации или угрожает безопасности Российской Федерации либо противоречит публичному порядку Российской Федерации». Ранее в юридической литературе преобладало мнение, что формулы об «ущербе суверенитету» или «угрозе безопасности Российской Федерации» должны укладываться в рамки особой формы выражения «оговорки о публичном порядке». В существующих условиях законодательного закрепления указанных формулировок, в которых и оговорка о публичном по-

¹ Согласно Арбитражному процессуальному кодексу отнесение спора, по которому вынесено иностранное решение, к исключительной компетенции российских судов должно опираться не только на предписания федеральных законов РФ, но и на соответствующий международный договор, заключенный ею. Это представляет особое значение в аспекте вышеупомянутой проблемы разграничения понятий «внутренняя компетенция» (юрисдикция) национальных судов и «международная компетенция» (юрисдикция) в рамках международной подсудности.

рядке, и положения об угрозе суверенитету либо безопасности России явно обозначены в качестве самостоятельных обстоятельств, препятствующих признанию и исполнению иностранных судебных решений в РФ, их объединение в одном понятии уже не представляется точным.

Копия определения о принудительном исполнении решения иностранного суда или об отказе в этом направляется судом общей юрисдикции сторонам в 3-дневный срок со дня вынесения определения. Оно может быть обжаловано в вышестоящий суд в порядке и сроки, предусмотренные российским законодательством. Определение арбитражного суда по делу о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца со дня его вынесения (ч. 3 ст. 245 АПК РФ).

На основании решения иностранного суда и вступившего в законную силу судебного определения о разрешении принудительного исполнения этого решения выдается исполнительный лист (с учетом положений Федерального закона РФ «Об исполнительном производстве» № 119-ФЗ от 21 июля 1997 г. и иных актов процессуального законодательства).

Гражданский процессуальный кодекс (ст. 415) исчерпывающим образом определяет категории дел, когда имеет место только признание решений иностранных судов и не требуется дальнейшего производства. Они включают дела относительно статуса гражданина государства, суд которого принял решение; о расторжении или признании недействительным брака между российским гражданином и иностранным гражданином, если в момент рассмотрения дела хотя бы один из супругов проживал вне пределов Российской Федерации; о расторжении или признании недействительным брака между российскими гражданами, если оба супруга в момент рассмотрения дела проживали вне пределов Российской Федерации; другие предусмотренные федеральным законом случаи.

В этой связи следует обратить внимание на юридическое значение признания иностранного судебного решения. В общем плане признание иностранного судебного решения подтверждает гражданские права и обязанности в том же смысле, что и решение собственного суда¹. В случаях, когда требуется не только признание иностранного судебного решения, но и его исполнение, следовательно, и разрешение (т. е. экзекватура), последнее означает, что определенное государство соответствующим своим актом при-

¹ См.: *Нешатаева Т. Н.* О признании и исполнении решений по хозяйственным спорам судов государств — участников СНГ на территории Российской Федерации // Журнал международного частного права. 1997. № 2 (16). С. 5.

знает за иностранным судебным решением юридическую силу в пределах данной юрисдикции.

Заинтересованное лицо может в течение месячного срока после того, как ему стало известно о поступлении решения иностранного суда, заявить в суд (субъекта Федерации) по месту своего жительства возражения против признания этого решения. Возражения заинтересованного лица против признания решения иностранного суда рассматриваются в открытом судебном заседании с извещением этого лица о месте и времени рассмотрения. Отказ в признании решения иностранного суда, которое не подлежит принудительному исполнению, допускается при наличии оснований, предусмотренных пп. 1–5 ч. 1 ст. 412 ГПК.

В соответствии с ч. 3 ст. 160 Семейного кодекса Российской Федерации расторжение брака между гражданами Российской Федерации и иностранными гражданами или лицами без гражданства, совершенное за пределами территории Российской Федерации с соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства о компетенции органов, принимавших решение о расторжении брака и подлежащем применению при расторжении брака законодательстве, признается действительным в Российской Федерации.

В силу ч. 4 ст. 160 СК РФ расторжение брака между иностранными гражданами, совершенное за пределами территории Российской Федерации с соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства о компетенции органов, принимавших решение о расторжении брака и подлежащем применению при расторжении брака законодательстве, признается действительным в Российской Федерации.

Новое процессуальное законодательство, следуя конституционным предписаниям, требует, чтобы в случаях, когда международным договором установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены в АПК, ГПК и Указе 1988 г., применялись правила международного договора (ст. 46).

Двусторонние договоры Российской Федерации о правовой помощи, как правило, предусматривают (в различных формах) признание и исполнение решений по гражданским и семейным делам имущественного и неимущественного характера. Так, в соответствии со ст. 45 Договора о правовой помощи с Кубой «вступившие в законную силу решения по гражданским, трудовым и семейным делам имущественного характера, вынесенные учреждениями юстиции одной Договаривающейся Стороны, включая приговоры в части возмещения ущерба, причиненного преступлением, и мировые соглашения, утвержденные судами, признаются и исполняются на территории другой Договаривающейся Стороны в соответствии с положениями настоящего Договора (ст. 46)».

Решения по делам неимущественного характера, вступившие в законную силу и «вынесенные учреждениями юстиции, учреждениями записи актов гражданского состояния, а также органами опеки и попечительства одной Договаривающейся Стороны, признаются на территории другой Договаривающейся Стороны без дальнейшего производства, если учреждения этой Договаривающейся Стороны ранее не вынесли по этому делу решения, вступившего в законную силу, или если согласно настоящему Договору дело не относится к исключительной компетенции этой Договаривающейся Стороны» (ст. 46 Договора с Болгарией).

В соответствии со ст. 47 этого Договора «Договаривающиеся Стороны взаимно признают и исполняют вынесенные на территории другой Договаривающейся Стороны и вступившие в законную силу: а) решения учреждений юстиции по гражданским и семейным делам имущественного характера, вынесенные по правоотношениям, возникшим после вступления в законную силу Договора от 12 декабря 1957 г., б) приговоры в части, касающейся возмещения ущерба, причиненного преступлением».

Изложенный порядок исполнения решений иностранных судов на территории Российской Федерации и договаривающихся государств, с которыми она заключила договоры о правовой помощи, как видно, строится на принципе экзекватурирования, т. е. получения разрешения на исполнение. Это общий порядок, относящийся к большинству случаев, когда требуется исполнить решение иностранного суда в пределах территории РФ. В то же время в отношениях с некоторыми государствами у Российской Федерации существует и иной, упрощенный порядок исполнения судебных решений. К таковым относятся страны СНГ¹. Их практика так же, как и РФ, исходит в основном из принципа выдачи разрешения — экзекватуры на исполнение иностранного судебного решения.

Между тем Киевским соглашением о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г. предусмотрены иные правила по исполнению судебных решений участвующих в Соглашении государств.

Так, в силу ст. 7 Киевского соглашения государства приняли на себя обязательство взаимно признавать и исполнять вступившие в силу решения соответствующих судебных учреждений стран-участниц. Причем решения, вынесенные компетентным су-

¹ Упрощенный механизм исполнения судебных решений на территории иностранных государств, как правило, применяется в условиях регионального интеграционного сотрудничества. В частности, в рамках ЕС действуют подобные специальные процедуры (подробнее об этом см.: *Плигин В. Н.* Юрисдикция судов по гражданским и коммерческим делам в условиях единого правового пространства (на примере стран — членов ЕС и ЕАСТ) // *Российский ежегодник международного права.* 1992. СПб., 1993).

дом одного государства —участника Содружества Независимых Государств, в части обращения взыскания на имущество ответчика подлежат исполнению на территории другого государства—участника Содружества органами, назначенными судом либо определенными законодательством этого государства. Указанное означает, что исполнение решения компетентного суда может быть осуществлено не только судебными исполнителями, но и другими органами. В частности, в области взыскания денежных средств в качестве подобных органов могут выступать кредитные учреждения.

В целях конкретизации рассматриваемых положений Киевского соглашения было принято теми же странами Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества от 6 марта 1998 г. (в г. Москве). На основании ст. 3 данного международного договора «вступившее в законную силу решение компетентного суда одной Договаривающейся Стороны исполняется на территории другой Договаривающейся Стороны в беспорядном порядке». Обращение взыскания на имущество должника производится в соответствии с законодательством государства местонахождения должника по ходатайству взыскателя в компетентный суд договаривающейся стороны, которому заявитель представляет следующие документы: должным образом заверенную копию решения компетентного суда с подтверждением о вступлении его в законную силу (если это не видно из текста самого решения), о принудительном исполнении которого возбуждено ходатайство; документ компетентного суда, подтверждающий участие должника в судебном заседании, а в случае неявки —о надлежащем извещении его о судебном процессе; исполнительный документ.

В случаях, когда исполнение решения уже начато или решение частично исполнено на территории одной из договаривающихся сторон (что весьма часто может иметь место на практике, если сотрудничество хозяйствующих субъектов носит многосторонний характер либо осуществляется одновременно на территориях нескольких стран), необходимы документы, подтверждающие этот факт, с указанием оставшейся суммы или имущества, подлежащих взысканию.

Очередность, процедура, пределы взыскания и меры к обеспечению исполнения решения компетентного суда определяются законодательством договаривающегося государства, на территории которого производится взыскание (ст. 4).

В свете всего изложенного становится ясно, что ходатайство о приведении в исполнение решения, которое подается заинтересованной стороной в компетентное учреждение одного из государств Содружества, предусматриваемое ст. 8 Киевского соглаше-

ния, не является ходатайством о разрешении исполнения. Наоборот, ст. 9 Соглашения, устанавливая судебное производство по отказу в исполнении, презюмирует механизм принудительного исполнения и предметно регулирует вопрос представления доказательств, которые должны быть предъявлены для такого отказа стороной, против которой вынесено решение. Некоторые авторы считают ходатайство о приведении в исполнение решения, предусмотренное ст. 8 Соглашения от 20 марта 1992 г., равнозначным по своему назначению заявлению о возбуждении исполнительного производства.

Отдельные соглашения, заключаемые на двусторонней основе, могут устанавливать особый режим исполнения актов судебных учреждений договаривающихся государств. Например, Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о порядке взаимного исполнения судебных актов арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь от 17 января 2001 г. предусматривает, что судебные акты компетентных судов сторон не нуждаются в специальной процедуре признания и исполняются в таком же порядке, что и судебные акты своего государства на основании исполнительных документов судов, принявших решение (ст. 1). «Исполнительные документы, подписанные судьей и скрепленные гербовой печатью компетентного суда, требуют легализации» (ст. 2).

Глава 20. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

20.1. Понятие и правовая природа международного коммерческого арбитража

Возникновение споров между участниками международной хозяйственной деятельности в принципе неизбежно. Даже если стороны стремились максимально обеспечить надлежащее исполнение обязательств, неисполнение может произойти. Тогда сторона, в отношении которой обязательство не было выполнено, стремится получить адекватную компенсацию. В таких случаях положение на внутреннем рынке достаточно определено: в большинстве стран действуют развитые национальные судебные и правовые системы, обеспечивающие интересы потерпевшей стороны и гарантирующие восстановление ее нарушенных прав.

В международной сфере дела обстоят иначе. Очевидно, что международное предпринимательство развивается в обширном и неустойчивом пространстве. Не существует ни особого международного суда, ни иной международной процедуры по рассмотрению коммерческих споров, ни даже общепризнанного и общеприменяемого права. Как мы видели, действует лишь несколько конвенций в области права международной торговли, да и те не ратифицированы многими государствами и применяются лишь в ограниченных сферах торговли и иной хозяйственной деятельности.

В этих условиях сложился особый механизм рассмотрения международных коммерческих споров, который получил название «международный коммерческий арбитраж». Созданный в соответствии с волей сторон, арбитраж изымает спор, возникший между ними, по вопросам толкования и исполнения договора, из компетенции национальных судов общей и специальной юрисдикции. Спор рассматривается независимыми арбитрами, избранными сторонами на основании их профессиональных качеств в целях вынесения окончательного и обязательного для сторон решения.

Термин «международный коммерческий арбитраж» используется, во-первых, для обозначения в целом механизма рассмотрения коммерческих споров; во-вторых, для обозначения органа (организации), созданного для рассмотрения таких споров; в-третьих, для обозначения конкретного состава арбитрав (либо единоличного арбитра), рассматривающего конкретный спор. В последних двух случаях часто используют дополнительный термин «арбитражный (третейский) суд». Термины «арбитражный суд» и «третейский суд» равнозначны.

Обычно необходимость указания на то, что арбитражный суд является третейским судом, возникает в тех государствах, где су-

ществуют арбитражные суды, входящие в единую государственную судебную систему. Например, в России согласно Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации» в судебную систему входят Высший Арбитражный Суд РФ, федеральные арбитражные суды округов, арбитражные суды субъектов РФ, составляющие систему федеральных арбитражных судов (ст. 3). Эти суды созданы главным образом для разрешения споров между хозяйственными организациями внутри страны. *Поэтому дополнительное указание «третейский суд» должно подчеркнуть негосударственную природу международного коммерческого арбитража.* С учетом изложенных замечаний названные термины используются как равнозначные.

Международный коммерческий арбитраж следует отличать от механизма рассмотрения хозяйственных споров между государствами, предусмотренного нормами международного (публичного) права, например в рамках Международного суда ООН, Постоянной палаты третейского суда и пр. В отличие от международно-правовых институтов, рассматривающих межгосударственные споры, *международный коммерческий арбитраж — это механизм рассмотрения коммерческих (хозяйственных) споров между частными лицами (физическими и юридическими), т. е. частноправовых споров.* Стороной спора может быть и государство, но спор по своему содержанию является частноправовым и второй стороной спора является физическое или юридическое лицо.

Отметим также, что термин «международный» в понятии международного коммерческого арбитража носит условный характер, поскольку такой арбитраж допускается или учреждается по национальному праву и руководствуется в своей деятельности определенными нормами национального права¹. В конечном итоге по своей природе он является национально-правовым институтом, поскольку споры между физическими и юридическими лицами относятся к национальной юрисдикции. Термин «международный» относится лишь к характеру рассматриваемых споров — *коммерческие споры международного характера*, т. е. споры, вытекающие из международной торговой и иной экономической деятельности частных лиц. Иными словами, это споры, возникающие между сторонами международных коммерческих сделок. И все то, что было рассмотрено в гл. 12 по поводу критерия «международности» сделок, в равной мере применимо для критерия «международности» коммерческого арбитража.

¹ Основным правовым актом, регламентирующим деятельность международного коммерческого арбитража в России, является Закон о международном коммерческом арбитраже от 7 июля 1993 г. // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

Таким образом, международный коммерческий арбитраж — это механизм (организация, орган) по рассмотрению международных коммерческих споров.

Все сказанное не означает, что международный коммерческий арбитраж — это единственный способ рассмотрения международных коммерческих споров. Во-первых, они могут рассматриваться и в системе государственных арбитражных судов, если законодательство соответствующей страны это разрешает. Так, в России в советское время государственные арбитражные органы не имели право разбирать международные коммерческие споры. Они разрешали исключительно хозяйственные споры между социалистическими предприятиями. В настоящее время положение изменилось. В соответствии с Арбитражным процессуальным кодексом РФ 1995 г. арбитражный суд рассматривает не только «внутренние» экономические споры, но и споры с участием иностранных организаций, организаций с иностранными инвестициями, международных организаций, иностранных граждан (п. 6 ст. 22)¹. Этот подход сохранился в новом Арбитражном процессуальном кодексе от 24 июля 2002 г. (п. 5 ст. 27)².

Во-вторых, международные коммерческие споры могут рассматриваться и национальными третейскими (негосударственными) судами. Так, Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров, утвержденное постановлением Верховного Совета РФ от 24 июня 1992 г., предусматривало возможность передачи на разрешение третейским судом экономических споров, подведомственных арбитражным судам. Часть 2 ст. 1 Положения специально оговаривала, что при наличии соглашения сторон третейскому суду могут быть переданы споры, когда одна из сторон находится на территории другого государства либо является предприятием с иностранными инвестициями³.

Новый Федеральный закон «О третейских судах в Российской Федерации» от 24 июля 2002 г., прекративший действие Временного положения, не содержит прямого указания о правомочии третейского суда на рассмотрение международных коммерческих споров. Однако по его содержанию это право подразумевается: во-первых, в третейский суд может быть передан «любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений» (п. 2 ст. 1), а во-вторых, наделяя арбитражные суды некоторыми процессуальными правомочиями при рассмотрении дел в третейских судах, Закон ограничивает их спорами, подведомственными арбитраж-

¹ См.: СЗ РФ. 1995. № 19. Ст. 1710.

² См.: РГ. 2002. 27 июля.

³ См.: Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1790.

ным судам (абз. 8 ст. 2). К таким спорам, как указано выше, относятся и экономические споры международного характера¹.

В отличие от этих двух арбитражей международный коммерческий арбитраж создается для рассмотрения исключительно коммерческих споров международного характера².

Наконец, международные коммерческие споры могут рассматриваться и национальными судами общей юрисдикции в соответствии с правилами о подсудности, установленными национальным законодательством государства, в суд которого обращаются с иском, или международными договорами с участием этого государства. Однако стороны предпочитают международный коммерческий арбитраж. Обращение к последнему дает возможность сторонам не подчиняться строго регламентированному национальному порядку в отношении и юрисдикции определенного суда, и применимого права, и самой процедуры рассмотрения спора.

Арбитражный порядок рассмотрения международных коммерческих споров имеет существенные преимущества по сравнению с судебным. Прежде всего арбитраж носит чрезвычайно демократический характер. Он является общественным формированием, не входящим в систему судебных, административных и иных государственных органов. Стороны имеют возможность оказывать влияние на все стадии арбитражного разбирательства: согласие сторон является обязательным условием для обращения в арбитраж; стороны могут избирать арбитров, доверить решение дела одному лицу, не обязательно юристу (главное, чтобы арбитр знал соответствующую область хозяйственных отношений); стороны избирают место проведения арбитража и язык арбитражного разбирательства; стороны вправе определять полностью или частично саму арбитражную процедуру; стороны могут изъять спор из-под действия права и предложить решить его по справедливости (*ex aequo et bono*).

Процедура арбитражного разбирательства проста, она не регламентируется многочисленными процессуальными нормами, регулирующими судебную процедуру, что обеспечивает рассмотрение дел в относительно короткие сроки.

Рассмотрение споров арбитражем происходит, как правило, на закрытых заседаниях, это гарантирует сохранение производственных и коммерческих тайн сторон спора. В большинстве стран запрещается публикация арбитражных решений без согласия сторон. Арбитры обязаны хранить в тайне информацию о разрешаемых спорах.

Наконец, фундаментальным принципом коммерческого арбитража является окончательный характер арбитражного реше-

¹ См.: РГ. 2002. 27 июля.

² Примечательно, что Закон о третейских судах прямо устанавливает, что он не распространяется на международный коммерческий арбитраж (п. 1 ст. 3).

ния — *res judicata*, согласно которому арбитражное решение окончательно и обязательно для сторон, оно не подлежит изменению, не может быть пересмотрено по существу и подлежит исполнению в принудительном порядке. Более того, возможность принудительного исполнения арбитражных решений дополнительно обеспечивается значительным числом межгосударственных договоров о взаимном признании и исполнении иностранных арбитражных решений.

Все это делает привлекательным для участников международной хозяйственной деятельности международный коммерческий арбитраж как механизм разрешения их коммерческих споров. В Руководстве по арбитражу, изданном Международной торговой палатой, отмечается: «Арбитраж является средством, с помощью которого разрешаются споры с использованием процедуры, о которой договорились стороны контракта. Арбитражное решение является обязательным для сторон, имеет силу закона и может быть исполнено сходным с исполнением судебного решения путем. Арбитраж в настоящее время стал основным способом урегулирования международных коммерческих споров»¹.

Международный коммерческий арбитраж не является элементом государственной судебной системы и в своей деятельности не зависит от нее. Обращение сторон в арбитраж или даже только наличие соглашения сторон об этом исключает судебную юрисдикцию. Это значит, что если одна из сторон все же обратится в суд, последний должен либо по своей инициативе, либо по заявлению другой стороны отказать в принятии искового заявления или прекратить уже начатое производство по делу. Государственные судебные органы в принципе не вправе вмешиваться в деятельность арбитража.

Однако не существует полной изоляции арбитража от национальных государственных судебных систем. По крайней мере два процессуальных действия, связанных с арбитражным рассмотрением споров, могут выполнить суды. Первое— это осуществление принудительных мер по предварительному обеспечению иска. Как правило, арбитраж может самостоятельно при наличии соответствующего обращения заинтересованной стороны принять такие меры. Но если заинтересованная сторона обратится с аналогичной просьбой к судебному органу, то такая просьба не рассматривается как несовместимая с арбитражной процедурой и суд имеет право необходимые меры предпринять.

Второе действие связано с исполнением арбитражного решения. Если оно не исполняется сторонами добровольно, лишь национальный суд имеет полномочия по принудительному исполнению решения. Кроме того, в строго определенных случаях, свя-

¹ См.: *Cuide to Arbitration. International Chamber of Commerce. Paris, 1983. P.27.*

занных с процессуальными нарушениями, национальный суд наделен полномочиями отменить арбитражное решение при наличии соответствующего ходатайства заинтересованной стороны спора. За пределами этих исключений арбитраж рассматривает дела полностью самостоятельно.

Международной арбитражной практике известны *два вида арбитража: арбитраж ad hoc (разовый арбитраж) и институционный арбитраж*. Институционный, или постоянно действующий, арбитраж создается при национальных торговых (торгово-промышленных) палатах, биржах, ассоциациях, союзах, обществах и любых других организациях, в том числе функционально являющихся международными. Для институционного арбитража характерны наличие постоянно действующего органа, который, не принимая участия в разрешении споров, выполняет некоторые административно-технические, консультативные и контрольные функции; наличие положения о нем (или устава) и регламента, устанавливающих правила арбитражного процесса; наличие списка арбитров, из которого стороны выбирают арбитров.

Арбитраж *ad hoc* образуется сторонами для рассмотрения конкретного спора, после разбирательства которого и вынесения решения он прекращает свое существование. Стороны выбирают место проведения арбитражного разбирательства, устанавливают правила избрания арбитров и арбитражную процедуру. Стороны пользуются практически неограниченной автономией в выборе процедуры решения спора. Они могут детально согласовать ее между собой, могут взять за основу регламент какого-либо существующего институционного арбитража. Наконец, стороны могут договориться о применении одного из типовых арбитражных регламентов, разработанных в международных (межправительственных) организациях специально для арбитража *ad hoc*.

Есть три арбитражных регламента, разработанных под эгидой ООН: Арбитражный регламент Экономической комиссии ООН для Европы 1966 г., Правила международного коммерческого арбитража Экономической комиссии ООН для Азии и Дальнего Востока 1966 г. и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 г. Все они имеют факультативный характер и применяются только в том случае, если стороны сделали ссылку на них в своем соглашении. Причем стороны вправе договориться о внесении любых изменений в правила регламентов.

Как показывает практика, арбитраж *ad hoc* бывает более успешным по спорам, связанным с фактическими обстоятельствами дела: качеством товара, определением его цены и пр. Большинство таких дел рассматривается быстро и эффективно. Однако при наличии сложных и запутанных разногласий, особенно проблем, связанных с применением права, использование данного вида арбитража может привести к неуверенности сторон, особенно по процедурным вопросам, и к принятию неудовлетворительного ре-

шения. В сложных делах институционный арбитраж становится более предпочтительным.

В наше время число постоянно действующих арбитражей неуклонно растет. Существует более 100 международных коммерческих арбитражей, из которых наиболее известными являются Арбитражный суд Международной торговой палаты (Париж), Лондонский международный третейский суд, Американская арбитражная ассоциация (Нью-Йорк), Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты. В России это Международный коммерческий арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате РФ.

20.2. Международно-правовые основы международного коммерческого арбитража

Возрастающее значение арбитражного способа разрешения международных коммерческих споров, с одной стороны, и существенные различия в национальном праве, регулирующем деятельность международного коммерческого арбитража, — с другой, порождают потребность в упорядочении этой деятельности и достижении единообразия. В результате увеличивается роль международного права, прежде всего международных договоров в обеспечении нормального функционирования арбитражного института.

Роль международного права в разрешении международных коммерческих споров проявляется в трех направлениях: а) унификация процедурных норм в целях обеспечения единообразия в процедуре рассмотрения международных коммерческих споров в арбитражах разных государств; б) создание международно-правовой основы для признания и принудительного исполнения решений арбитража одного государства на территории других; в) создание и определение правовых основ деятельности специализированных международных центров по рассмотрению определенных видов коммерческих споров.

Унификация правил арбитражного разбирательства международное сообщество уделяет значительное внимание. Существует ряд международных актов в этой области. Они отличаются и по содержанию, и по юридической силе, и по способу применения. Многие из них были подготовлены в рамках ООН. Прежде всего отметим Европейскую конвенцию о внешнеторговом арбитраже 1961 г. Она была разработана под эгидой Экономической комиссии ООН для Европы, принята в Женеве 21 апреля 1961 г. и вступила в силу 7 января 1964 г. Конвенция вышла за региональные рамки в результате присоединения неевропейских государств. Россия участвует в ней с 1962 г.¹

¹ ведомости ВС СССР. 1964. №44.

Конвенция содержит правила, определяющие порядок формирования арбитража, рассмотрения дела, вынесения решений, а также условия и последствия признания арбитражного решения недействительным. Конвенция применима как к арбитражу *ad hoc*, так и к «постоянным арбитражным органам» при условии, что стороны, передающие свой спор на арбитражное разбирательство, имеют местонахождение на территории разных договаривающихся государств (ст. 1).

Несколько важных правил для международного коммерческого арбитража закреплено в Конвенции: 1) при рассмотрении дела арбитрами могут быть не только граждане страны, где спор рассматривается, но и иностранные граждане (ст. 3); 2) предусмотрено право юридических лиц, которые по своему национальному закону относятся к «юридическим лицам публичного права», также передавать свои споры на арбитражное разбирательство. По национальным законам юридические лица публичного права часто такой возможности лишены и могут обращаться лишь в государственные суды (ст. 2); 3) установлен принцип неограниченной автономии воли сторон по выбору применимого права; если стороны право не выбрали, то арбитраж выбирает право в соответствии с коллизионными нормами, которые арбитры сочтут применимыми; наконец, арбитры могут по договоренности между сторонами вынести решение в качестве «дружеских посредников» (ст. 7).

Конвенция довольно подробно регламентирует порядок взаимоотношений между арбитражем и государственным судом (ст. 6). Она устанавливает общий принцип, согласно которому государственный суд обязан отказаться от рассмотрения спора, по которому между сторонами заключено арбитражное соглашение. Кроме того, установлены порядок отвода государственного суда, порядок рассмотрения государственным судом вопроса о наличии или действительности арбитражного соглашения и правила выбора права, по которому этот вопрос должен решаться.

При всей важности предусмотренных в ней решений Конвенция не получила широкого применения; даже в Европе она не является общеприменимой (например, Великобритания до сих пор не присоединилась к ней). Конечно, она не может претендовать на роль своеобразного международного арбитражного кодекса, но она способствует эффективности коммерческого арбитража.

Нежелание государств связывать себя юридическими обязательствами по правилам арбитражного разбирательства, что показало история существования Европейской конвенции, привело к использованию иной формы сближения арбитражной процедуры—был создан Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже. Он разработан в Комиссии ООН по праву международной торговли, одобрен Генеральной Ассамблеей

ООН 11 декабря 1985 г. и рекомендован государствам в качестве модели соответствующего национального закона.

Типовой закон не является международным договором и, следовательно, не обладает обязательной юридической силой. Тем не менее он сможет сыграть важную роль в сближении арбитражной процедуры. Единообразия будет достигаться в процессе принятия национальных законов, основанных на одинаковых, одобренных мировым сообществом правилах, сформулированных в Типовом законе. Многие страны уже приняли соответствующие законы, включая Россию и восточноевропейские страны¹.

В международной коммерческой практике довольно часто применяются арбитражные регламенты, разработанные в рамках ООН: Арбитражный регламент Экономической комиссии ООН для Европы 1966 г., Правила международного коммерческого арбитража Экономической комиссии ООН для Азии и Дальнего Востока 1966 г., Арбитражный регламент Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) 1976 г. Все три документа представляют собой унифицированные правила арбитражной процедуры, прежде всего для арбитража *ad hoc*.

Наибольшее распространение в международной практике получил Регламент ЮНСИТРАЛ, принятый резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 15 декабря 1976 г. в качестве рекомендации для использования в международной торговле путем ссылок на него в контрактах².

Порядок формирования арбитража и процедура рассмотрения спора составлены таким образом, что если стороны договорились о рассмотрении спора арбитражем *ad hoc*, то он не может не состояться. Так, если сторона (стороны) уклоняется от назначения арбитра в течение 30 дней после получения от другой стороны предложения о формировании арбитража или стороны не пришли к соглашению о составе арбитража, то по просьбе любой из сторон это делает компетентный орган, согласованный сторонами (например, торговая палата какого-либо государства); если компетентный орган не назначил арбитров (арбитра), независимо по каким причинам, или стороны не договорились о компетентном органе в течение 60 дней после поступления соответствующего предложения, то любая сторона может обратиться к Генеральному секретарю Постоянного третейского суда в Гааге с просьбой на-

¹ Таких стран уже более 30, например Австралия, Бахрейн, Бермудские острова, Болгария, Венгрия, Гонконг, Египет, Канада, Кипр, Мексика, Нигерия, Перу, Российская Федерация, Сингапур, Тунис, Украина, Финляндия, Шотландия, ряд штатов США и др. (см.: Док. ООН. А/СН. 9/474. 2002. 6 июня).

² В литературе отмечается довольно высокий профессиональный уровень данного документа, благодаря чему даже постоянные арбитражи допускают его применение в дополнение к своим собственным арбитражным регламентам (см.: Шмиттгофф К. Указ. соч. М., 1993. С. 348).

значить компетентный орган, который и сформирует состав арбитража (ст. 6—8). Как правило, арбитраж состоит либо из одного арбитра, либо из трех.

Так же гибко решаются и все вопросы процедуры арбитражного разбирательства: место и язык арбитражного разбирательства; подача искового заявления, возражений по нему и представление доказательств по делу; порядок слушания дела; виды решений арбитража и правила их вынесения и пр. Например, место арбитражного разбирательства определяется сторонами; если стороны его не определили, то место разбирательства определяется арбитражем с учетом обстоятельств дела; если стороны определили город или страну, то арбитраж определяет конкретное место в пределах города, страны; независимо от места разбирательства арбитраж имеет право проводить слушания или осуществлять отдельные процессуальные действия в любом месте, которое он найдет надлежащим с учетом обстоятельств разбирательства (ст. 16). Подобная гибкость и многовариантность направлена на создание условий для быстрого и эффективного рассмотрения дела.

ЮНСИТРАЛ кроме Арбитражного регламента разработал и Согласительный регламент, рекомендованный Генеральной Ассамблеей ООН 4 декабря 1980 г. Согласительная процедура в отличие от арбитражной, которая завершается вынесением обязательного решения, направлена на поиски компромиссного варианта решения, устраивающего обе стороны. Если компромисс не найден и примирение сторон не состоялось, ничто не мешает сторонам прибегнуть к арбитражному разбирательству. Однако члены согласительной комиссии (посредники) не могут быть арбитрами по тому же спору между теми же сторонами (ст. 19).

Рассмотренные регламенты так же, как и Типовой закон, не являются международными договорами и не имеют обязательной юридической силы. Они применяются только тогда, когда стороны, прямо оговорили это в контракте¹. Однако их роль в сближении (гармонизации) арбитражной процедуры значительна, она может даже превосходить роль международных договоров и Типового закона. Частое обращение участников международных хозяй-

¹ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ содержит типовую арбитражную оговорку, которую сторонам рекомендуется включать в контракт, если они намереваются воспользоваться этим Регламентом. Любры спор, разногласие или требование, возникающие из данного договора или касающиеся его либо его нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в арбитраже в соответствии с действующим в настоящее время Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

Примечание. Стороны могут по своему желанию добавить к этому:

- a) компетентный орган... (название учреждения или имя лица);
- b) число арбитров... (один или три);
- c) место арбитража... (город или страна);
- d) язык (языки) арбитражного разбирательства.

ственных связей к регламентам для рассмотрения конкретных споров, особенно к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ в силу его высокого авторитета, приводит к формированию единообразной арбитражной процедуры рассмотрения международных коммерческих споров на практике.

В области международного коммерческого арбитража действует несколько региональных международных договоров. Один из них — Конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества, подписанная в Москве 26 мая 1972 г. странами — членами СЭВ (Московская конвенция). Конвенция продолжает действовать и в настоящее время. Главной отличительной особенностью Московской конвенции является закрепление двух взаимосвязанных правил: об обязательности арбитражного рассмотрения споров и о подсудности.

Статья 1 устанавливает обязательное рассмотрение споров между хозяйственными организациями стран — участниц Конвенции в арбитражном порядке с исключением подсудности таких споров государственным судам. Это расходится с основополагающим принципом международного коммерческого арбитража о добровольности арбитражного разбирательства: обязательной предпосылкой такого разбирательства является наличие соглашения сторон о передаче спора в арбитраж.

Правило об обязательности арбитражного рассмотрения сочетается с правилом об обязательной подсудности: компетентным арбитражным судом является суд при торговой палате страны-ответчика (ст. 2). И это положение расходится с общепринятой практикой, согласно которой стороны вольны в выборе арбитражного суда для передачи ему своего спора. Наличие в Конвенции оговорки, что стороны могут отступить от общего правила и передать спор в арбитражный суд при торговой палате третьей страны-участницы, смягчает общий императив, но ничего не меняет по существу. В результате в арбитраже может рассматриваться международный коммерческий спор без наличия соглашения между сторонами спора и без выбора ими конкретного арбитражного суда.

В советское время Московская конвенция имела широкое применение: на ее основе рассматривались все внешнеэкономические споры между организациями стран — членов СЭВ. В настоящее время указанные особенности Конвенции, серьезно расходящиеся с общепринятыми принципами международного коммерческого арбитража, делают ее применение сомнительным (Венгрия, Польша и Чехия денонсировали ее). Тем не менее юридически она сохраняет свое действие.

В рамках СНГ 20 марта 1992 г. в Киеве было подписано Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (вступило в силу 8 апреля

1993 г.)¹. В целом Соглашение не может быть отнесено к международным актам, направленным на унификацию процедуры международного коммерческого арбитража. Оно решает комплекс вопросов, связанных с рассмотрением любых хозяйственных споров между хозяйствующими субъектами стран СНГ не только в арбитраже, но и в государственных судах общей юрисдикции, и в государственных арбитражных судах. Что касается коммерческого арбитража, то Соглашение так же, как и Московская конвенция, исходит из возможности арбитражного разбирательства без договоренности между сторонами спора о передаче его в арбитраж и без выбора ими конкретного арбитража. В нем сформулирован ряд правил, определяющих компетентный суд, но стороны могут выбрать компетентный суд и по письменной договоренности между ними (ст. 4). Соглашение содержит широкий круг коллизионных норм, определяющих применимое право к рассматриваемым хозяйственным спорам (ст. 11), правила оказания взаимной правовой помощи, а также нормы о признании и принудительном исполнении судебных решений.

К региональным международным соглашениям в области арбитража относятся Межамериканская конвенция о международном коммерческом арбитраже, заключенная в Панаме 30 января 1975 г., Арабская конвенция о международном коммерческом арбитраже 1987 г.

Таким образом, рассмотренные международные документы осуществляют ощутимую поддержку международному коммерческому арбитражу; их цель — создание национального арбитражного законодательства, определяющего юрисдикцию арбитража и процедуру разбирательства.

Важным направлением международно-правового регулирования коммерческого арбитража является создание правовой основы для признания и исполнения решений, вынесенных арбитражем на территории одного государства, на территории другого государства (иными словами, иностранных арбитражных решений). Принудительное исполнение решения иностранного арбитража в случае уклонения стороны от его добровольного исполнения имеет особую значимость для участников международного хозяйственного оборота, но оно сталкивается с большими сложностями. Эта проблема в значительной мере решается с помощью международного права. Существует специальная конвенция по данной проблеме, но, кроме того, практически в любом международно-правовом акте по международному коммерческому арбитражу есть статьи,

¹ Оно было дополнено 6 марта 1998 г. Соглашением о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов государств — участников Содружества.

предусматривающие признание и исполнение иностранных арбитражных решений.

10 июля 1958 г. на Конференции ООН в Нью-Йорке была принята Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Нью-Йоркская конвенция пользуется большим признанием, в ней участвует более 120 государств. Россия в порядке правопреемства СССР является ее участницей с 10 августа 1960 г.¹ На территории России Конвенция действует с оговоркой, что в отношении решений, вынесенных на территории государств, которые не являются участниками Конвенции, ее правила будут применяться лишь на условиях взаимности.

Нью-Йоркская конвенция обязывает государства признавать и исполнять иностранные арбитражные решения так же, как и решения собственных арбитражей. Подробный ее анализ будет дан ниже в разд. 4 настоящей главы. В целом Конвенция устанавливает довольно надежные гарантии для исполнения иностранных арбитражных решений, вынесенных не только в другой стране-участнице, но в любой иной стране, а также гарантии признания соглашений об арбитраже, исключающих споры из юрисдикции государственных судов.

Третьим направлением сотрудничества государств в рассматриваемой области является создание специализированных международных арбитражных центров для разрешения определенных видов коммерческих споров, представляющих повышенный интерес для развития международных торгово-экономических отношений. В частности, на основе Конвенции о разрешении инвестиционных споров между государствами и лицами иных государств был учрежден Международный центр по разрешению инвестиционных споров (МЦРИС). Конвенция была разработана под эгидой Международного банка реконструкции и развития, принята 18 марта 1965 г. и вступила в силу 14 октября 1966 г. (ее обычно называют Вашингтонской конвенцией). В ней участвует более 100 государств. Россия подписала ее, но пока не ратифицировала.

МЦРИС — уникальный постоянно действующий арбитражный орган, созданный в форме организации, обладающей международно-правовой правосубъектностью (ст. 18), со своей специальной юрисдикцией. Центр разрешает споры, отвечающие одновременно трем условиям: а) разрешаются только споры между государством — участником Конвенции и физическим или юридическим лицом другого государства — участника Конвенции; б) спор должен быть инвестиционным, т. е. правовой спор, возникающий непосредственно из инвестиций; в) необходимо наличие соглашения в письменной форме, заключенного между сторонами спора,

¹ Ведомости ВС СССР. 1960. № 46. Ст. 421.

о передаче его на рассмотрение в Центр (ст. 25). Конвенция не предусматривает обязательной передачи инвестиционных споров в Центр.

Вашингтонская конвенция устанавливает два механизма разрешения инвестиционных споров: примирительную процедуру и арбитражную процедуру. Они не соподчинены между собой: стороны спора вправе избрать любую из них либо использовать обе процедуры. Отличительной чертой Конвенции является то, что она обеспечивает создание относительно законченной системы арбитражного процесса. В ней содержатся нормы, регулирующие порядок формирования арбитражного суда для рассмотрения конкретного спора; нормы, определяющие его компетенцию, а также соотношение его компетенции с компетенцией национальных судов; нормы, решающие вопросы выбора применяемого права; нормы, устанавливающие порядок признания и исполнения арбитражных решений, вынесенных в соответствии с Конвенцией, и др.

Положения об арбитраже содержат многие двусторонние договоры с участием России. Это торговые договоры, договоры об экономическом и научно-техническом сотрудничестве, договоры об оказании взаимной правовой помощи. За последнее время Россия стала участницей значительного числа двусторонних соглашений о взаимной защите иностранных инвестиций. Все они содержат норму о том, что споры между иностранным инвестором и принимающим государством, касающиеся размера и порядка осуществления компенсации за принудительно изъятые капиталовложения, разрешаются либо в арбитраже *ad hoc*, либо в каком-либо постоянно действующем арбитраже.

Таким образом, сложилась целая система межгосударственных договоров и иных международных актов, предусматривающих решение широкого комплекса вопросов, связанных с арбитражным рассмотрением коммерческих споров. С одной стороны, это свидетельствует о значимости коммерческого арбитража для развития международного торгово-экономического сотрудничества, а с другой — это способствует созданию надежно и эффективно функционирующей системы рассмотрения международных коммерческих споров.

20.3. Арбитражное соглашение

Одним из основополагающих принципов международного коммерческого арбитража является принцип добровольности обращения к арбитражному разбирательству. Арбитраж может принять дело к своему производству только при наличии согласия сторон об этом. Соглашение, выражающее согласованную волю сторон о передаче спора между ними в арбитраж, называется арбитражным соглашением.

Практике известны *три вида арбитражных соглашений*: арбитражная оговорка, третейская запись и арбитражный договор. *Арбитражная оговорка* — это соглашение сторон контракта, прямо включенное в его текст, об арбитражном разбирательстве споров, которые могут возникнуть в будущем из этого контракта. *Третейская запись* — это отдельное от контракта соглашение сторон об арбитражном разбирательстве уже возникшего между ними спора. *Арбитражный договор* — самостоятельное соглашение между сторонами об арбитражном разбирательстве споров, которые могут возникнуть между ними в будущем или в связи с каким-то конкретным контрактом, или в связи с группой конкретных контрактов между ними, или даже в связи с сотрудничеством между ними в целом. Как правило, арбитражное соглашение независимо от вида должно быть составлено в письменной форме.

Третейская запись для сторон может быть более предпочтительной. Она заключается тогда, когда уже возникли разногласия и стороны достаточно определенно представляют, какой спор они передают на арбитражное разбирательство. Однако заключение третейской записи на практике часто труднодостижимо. Сторона, не исполнившая свои обязательства по контракту, может уклоняться от передачи спора в арбитраж, а у потерпевшей стороны чаще всего нет никаких средств, которые могли бы побудить ее дать согласие на обращение в арбитраж. Обычно арбитражное соглашение заключается в виде арбитражной оговорки, включаемой непосредственно в контракт. Тем самым стороны гарантируют возможность квалифицированного разбирательства спора и принудительного исполнения арбитражного решения. Кроме того, включение в контракт арбитражной оговорки само по себе служит определенным дисциплинирующим фактором и тем самым является своеобразным обеспечительным средством выполнения договорных обязательств.

Что касается третьего вида арбитражного соглашения в виде самостоятельного договора о порядке разрешения споров, которые могут возникнуть в будущем, то он в практике встречается редко. Такой договор заключается либо тогда, когда этого требует внутреннее законодательство государства (речь идет о соглашении по одному контракту), либо когда между сторонами существуют устойчивые и разнообразные внешнеэкономические связи.

Все три вида арбитражных соглашений по своей сути ничем не отличаются; они представляют собой три формы одного и того же явления — соглашения сторон об арбитражном разбирательстве. Как правило, и внутреннее законодательство, и международные договоры не проводят никаких юридических различий между отдельными видами арбитражных соглашений, пользуясь одним термином «арбитражное соглашение». Так, в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. устанавливается, что каждое государство-участник

«признает письменное соглашение, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или могущие возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договором или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства» (п. 1 ст. 2). Как видно, в этом тексте просматриваются все три вида арбитражных соглашений и все они имеют одинаковую юридическую силу.

Таким образом, наличие арбитражного соглашения между сторонами коммерческого спора в том или ином виде является обязательным условием для их рассмотрения в арбитраже. *Однако иногда юрисдикция арбитража основывается на правилах международного договора — арбитражного соглашения между государствами.* Такой межгосударственный договор обязателен как для сторон коммерческого спора, так и для арбитражного органа, указанного в договоре. При наличии договора стороны не могут уклониться от передачи спора в арбитраж, и именно в тот арбитраж, который указан в договоре; с другой стороны, арбитраж не может отказать в рассмотрении спора, ссылаясь на отсутствие согласия сторон.

В отношении нашего государства действуют два международных договора, устанавливающих обязательную юрисдикцию арбитража, которые уже назывались выше: Московская конвенция 1972 г. и Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, заключенное государствами—участниками СНГ в 1992 г.

Так, согласно Московской конвенции хозяйственные споры между организациями стран — участниц Конвенции подлежат рассмотрению в арбитражном порядке и компетентным арбитражным судом будет арбитражный суд при торговой палате страны ответчика. Следовательно, если в процессе экспортно-импортных операций между российским и болгарским предприятиями возникли разногласия, которые не урегулированы путем переговоров, то истец — болгарское предприятие — обязан обратиться с иском к российскому предприятию-ответчику в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ, а последний обязан рассмотреть этот спор независимо от того, было ли на это согласие сторон¹. Правда, стороны могут

¹ Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ в своей практике следует этому правилу и отклоняет возражения ответчика против компетенции Суда, основанные на отсутствии арбитражного соглашения между сторонами, считая, что его компетенция вытекает из Московской конвенции. Например, решение МКАС от 7 декабря 1994 г. по делу № 421 (1993) (см.: Из практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. В кн.: *Розенберг М. Г.* Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 1996. С. 30).

договориться о передаче спора в арбитраж при торговой палате третьего государства — участника Конвенции. Но если такого соглашения нет, то действует правило об обязательной юрисдикции арбитража страны ответчика.

В Соглашении 1992 г. правила подсудности хозяйственных споров иные, но из них также вытекает возможность принудительной юрисдикции арбитража, т. е. арбитражного разбирательства без арбитражного соглашения между сторонами спора. Как уже указывалось, в Соглашении использован общий термин «компетентные суды», который объединяет «суды, арбитражные (хозяйственные) суды, третейские суды». Следовательно, «компетентный суд» охватывает как государственные, так и негосударственные (коммерческие) арбитражные суды.

Подсудность хозяйственных споров между субъектами, которые находятся в разных государствах — участниках СНГ, определена в ст. 4 Соглашения 1992 г. В соответствии с п. 1 суды будут компетентны, если на их территории ответчик имеет постоянное место жительства в момент предъявления иска; или ответчик осуществляет хозяйственную деятельность; или исполнено (должно быть исполнено) договорное обязательство; или имело место действие, послужившее основанием для требования о возмещении вреда; или истец имеет постоянное место жительства по иску о защите деловой репутации; или находится контрагент-поставщик (подрядчик) по спору о заключении, изменении и расторжении договора.

Вместе с тем п. 2 этой статьи предусматривает возможность рассмотрения спора судом любого другого государства-участника, если имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этому суду. Как видим, п. 2 закрепляет общепринятое право сторон заключать арбитражное соглашение о выборе арбитража по собственному усмотрению. Но если такого соглашения нет, то автоматически применяются правила об обязательной юрисдикции, предусмотренной в п. 1 рассматриваемой статьи. И тогда согласия ответчика на арбитражное разбирательство не требуется¹.

Арбитражное разбирательство международных коммерческих споров без наличия арбитражного соглашения предусмотрено в договорах, заключаемых Россией с иностранными государствами о взаимной защите иностранных инвестиций. Так, в межправительственном Соглашении между Российской Федерацией и Венгерской Республикой о поощрении и взаимной защите капиталовложений, заключенном 6 марта 1995 г., устанавливается

¹ Как показывает практика, чаще всего хозяйствующие субъекты государств—участников СНГ передают свои споры в государственные арбитражные суды (см.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1996 г. № 10).

общее правило, что споры между инвестором и принимающей договаривающейся стороной, возникающие в связи с капиталовложением, должны рассматриваться путем переговоров. Но если в течение шести месяцев спор таким образом не будет решен, инвестор имеет право передать спор на рассмотрение одному из трех арбитражей: арбитражу принимающего договаривающегося государства (правда, инвестор не обязательно должен обращаться в арбитраж, он может передать спор компетентному суду общей юрисдикции этого государства); в Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты; в арбитраж *ad hoc*, создаваемый в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (ст. 8)¹.

Аналогичный порядок предусмотрен и в Соглашении России с Правительством Королевства Швеции о поощрении и взаимной защите капиталовложений, заключенном 19 апреля 1995 г. Правда, в нем инвестору предоставляется только один вариант — обращение в арбитраж *ad hoc*, создаваемый в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (ст. 8)².

В обоих договорах передача инвестиционного спора в арбитраж не ставится в зависимость от арбитражного соглашения между сторонами спора. Инвестор обращается к арбитражному разбирательству по собственной инициативе, а арбитраж, указанный в международном договоре, обязан принять такой спор к своему производству, не спрашивая согласия на это второй стороны.

Правда, следует отметить, что такая обязанность арбитража определяется международным договором, который имеет юридическую силу только на территории государств — участников договора. Поэтому невозможно представить, каким образом инвестор по собственной инициативе, без согласия принимающего государства, сможет передать свой инвестиционный спор в Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты, как это следует из российско-венгерского соглашения. Для этого Арбитражного института подобный договор не имеет никакой юридической силы, а согласно шведскому праву он принимает для рассмотрения споры лишь при наличии арбитражного соглашения между сторонами спора. Рассматриваемые положения российско-венгерского соглашения (подобные положения встречаются и в других соглашениях о защите иностранных инвестиций) следует толковать следующим образом: ответчиком инвестиционного спора является принимающее государство, которое одновременно является стороной международного договора и обязано выполнять его положения; поэтому принимающее государство обязано дать согла-

¹ См.: Бюллетень международных договоров. 1997. № 2. Соглашение вступило в силу 29 мая 1996 г.

² См. там же. Соглашение вступило в силу 7 июля 1996 г.

сие на рассмотрение спора тем арбитражем, который выберет инвестор.

Понятно, что указанный порядок установлен для дополнительной защиты более слабой стороны (инвестор — это частное лицо, а ему противостоит иностранное государство). Однако такой подход не является общепризнанным. Например, участие в Вашингтонской конвенции 1965 г. не означает обязательности рассмотрения инвестиционных споров между государством — участником Конвенции и частным инвестором другого государства-участника в арбитражном Центре, созданном на основе Конвенции. Напротив, в качестве неперемennого условия передачи спора в Центр требуется наличие соглашения об этом между сторонами спора.

Таким образом, принцип добровольности обращения в арбитраж, выражаемый в наличии соглашения сторон об избрании этого способа разрешения споров, является основополагающим положением. Иной порядок устанавливается государствами в силу различных причин в международных договорах. Такие договоры обязательны для сторон международного коммерческого спора и для соответствующих арбитражных органов. Может ли Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ отказать в принятии иска от венгерской компании по инвестиционному спору с Правительством РФ на том основании, что между сторонами нет соглашения об обращении в этот суд, что требуется Законом РФ о международном коммерческом арбитраже? Ответ должен быть отрицательным. Несмотря на то что Торгово-промышленная палата является общественной организацией, она и ее органы, в том числе МКАС, обязаны соблюдать международные договоры с участием России (п. 4 ст. 15 Конституции РФ).

Арбитражное соглашение, неся на себе бремя основополагающего принципа, порождает ряд юридических вопросов. Прежде всего принципиальной особенностью арбитражного соглашения является его *юридическая автономность* по отношению к контракту, в связи с которым у сторон возникли разногласия. Это означает, что судьба арбитражного соглашения, его юридическая действительность не зависят от действительности основного контракта. Особую значимость это положение приобретает, когда арбитражное соглашение включено непосредственно в текст контракта в виде арбитражной оговорки. Признание основного контракта недействительным автоматически вело бы к недействительности любой его части, в том числе и арбитражной оговорки. В результате стороны лишались бы самого права на независимое арбитражное разбирательство разногласий между ними, в том числе и по вопросу о действительности контракта и обязательств, из него вытекающих.

Сложившееся в международной практике положение о юридической автономности арбитражного соглашения преодолевает ука-

занное противоречие и обеспечивает право участников международных торгово-экономических связей на арбитражную защиту их законных прав и интересов. *Юридическая автономность арбитражного соглашения наряду с принципом добровольности арбитражного разбирательства также является основополагающим принципом международного коммерческого арбитража*¹. Следовательно, любое арбитражное соглашение, в том числе включенная в текст международного коммерческого контракта арбитражная оговорка, рассматривается независимо от основного контракта, а признание контракта недействительным не ведет к аннулированию арбитражного соглашения и не лишает арбитра права рассмотреть все спорные вопросы, связанные с недействительностью контракта и вытекающие из этого последствия.

Рассмотренный принцип получил закрепление в нормативных актах (международных и национальных), нашел отражение в арбитражных решениях². Так, ч. 2 ст. 16 российского Закона о международном коммерческом арбитраже установлено, что «арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Решение третейского суда о том, что договор ничтожен, не влечет за собой в силу закона недействительность арбитражной оговорки».

Более того, признание юридической самостоятельности арбитражных соглашений привело к формированию коллизионных норм, определяющих, по законам какого государства должны рассматриваться все спорные вопросы, связанные исключительно с арбитражными соглашениями. Чаще всего предусматривается отсылка либо к праву, которое выбрали стороны (*lex voluntatis*), либо к праву, которое регулирует основной договор (*lex causae*),

¹ См.: Laurence Graig & others. International Chamber of Commerce Arbitration. L., 1990. P. 65.

² Вопрос о юридической самостоятельности арбитражного соглашения неоднократно возникал в практике МКАС и решался однозначно: действительность арбитражного соглашения, в частности арбитражной оговорки, не может быть опровержена недействительностью основного контракта (например, решение от 25 июня 1994 г. по делу № 184/1993; от 17 ноября 1994 г. по делу № 493/1993). Особый интерес представляет решение от 25 апреля 1995 г. по делу № 161/1994: договор купли-продажи был расторгнут покупателем как ненадлежаще исполненный продавцом; в связи с возникновением спора о распределении между сторонами имущественных последствий расторжения договора истец (покупатель), основываясь на арбитражной оговорке, обратился в МКАС; ответчик оспаривал компетенцию МКАС на том основании, что с прекращением действия самого контракта купли-продажи арбитражная оговорка также прекратила свое действие; МКАС не согласился с этим, указав, что признание договора прекращенным (расторгнутым) не влияет на действительность включенной в него арбитражной оговорки (см.: Из практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации... С. 34—36).

либо к праву государства, на территории которого вынесено решение (*lex loci arbitri*).

Например, согласно ст. 36 Закона РФ о международном коммерческом арбитраже недействительность арбитражного соглашения может быть признана «по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение было вынесено...». Точно так же решен этот вопрос в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (п. 1 ст. 5) и в Европейской конвенции 1961 г. (ст. 9). Напротив, ст. 182 швейцарского Закона о международном частном праве предусматривает все три вышеперечисленных варианта: арбитражное соглашение признается действительным в соответствии с правом, избранным сторонами, при отсутствии такого выбора — в соответствии с правом, применимым к существу спора (в частности, с правом основного договора), или швейцарским правом.

Из наличия арбитражного соглашения вытекают два важных процессуально-правовых последствия. Во-первых, арбитражное соглашение обязательно для сторон, и они не вправе уклониться от передачи спора в арбитраж. Это приводит к исключению юрисдикции государственных судов по данному спору. *Арбитражное соглашение лишает суд его юрисдикции.* Если одна из сторон все же обратится в суд, то последний должен либо по собственной инициативе, либо по заявлению ответчика отказать в принятии искового заявления или прекратить уже начатое производство по делу. В равной степени это правило применяется и тогда, когда сторона арбитражного соглашения обращается с иском в арбитраж, но не в тот, который был согласован между сторонами.

Взаимосвязь арбитражного соглашения и юрисдикции государственных судов подчеркивается и в международных актах, и в национальном законодательстве. Так, согласно Нью-Йоркской конвенции 1958 г. суд при наличии арбитражного соглашения должен «направить стороны в арбитраж», но при соблюдении ряда условий: если иск касается вопроса, по поводу которого стороны заключили соглашение; если любая из сторон просит об этом; если суд не найдет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 3 ст. 2). Подобные правила содержатся и в Европейской конвенции 1961 г., и в Типовом законе о международном коммерческом арбитраже 1985 г. Причем в Типовом законе есть существенное дополнение: решение судом всех этих вопросов никоим образом не препятствует арбитражу начать арбитражное разбирательство, продолжить, закончить его и вынести решение по делу (п. 2 ст. 8).

Рассмотренные положения закреплены и в российском законодательстве. В ст. 8 Закона о международном коммерческом арбитраже предусматривается, что «суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, дол-

жен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, прекратить производство и направить стороны в арбитраж, если не найдет, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено». Это правило закреплено и в новом АПК (п. 5 ст. 148).

Второе процессуальное последствие наличия арбитражного соглашения связано с компетенцией арбитража: *арбитраж не должен выходить за рамки полномочий, возложенных на него сторонами соглашения*. Общая компетенция арбитража устанавливается законами соответствующего государства, международными договорами, регламентами институционных арбитражей. Однако при рассмотрении каждого конкретного спора сформированный сторонами арбитраж (коллегия арбитров или единоличный арбитр) прежде всего должен вынести решение по вопросу о своей компетенции рассматривать данный спор. В пределах установленной законом общей компетенции решение арбитров о своей компетенции по конкретному спору должно быть основано на арбитражном соглашении. Такое решение выносится как по инициативе арбитров, так и при наличии возражений сторон относительно наличия, содержания и действительности арбитражного соглашения.

Компетенция арбитража может быть рассмотрена и в ходе арбитражного разбирательства по заявлению любой стороны о выходе какого-либо вопроса за пределы его компетенции.

Правда, следует обратить внимание на то, что решение арбитража о своей компетенции независимо от того, на какой стадии разбирательства оно выносится, не является окончательным. Мировая арбитражная практика придерживается следующих правил: во-первых, любая сторона может обжаловать решение арбитража о компетенции в суд того государства, на территории которого выносится решение (однако обращение в суд, как правило, не останавливает арбитражного процесса: арбитраж может продолжать разбирательство и вынести решение по существу спора); и, во-вторых, выход арбитража за пределы полномочий, установленных арбитражным соглашением, является общепринятым основанием для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Данные правила зафиксированы в Законе РФ о международном коммерческом арбитраже (ст. 16, 34, 35), в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (ст. 5, п. 1-е), в Европейской конвенции 1961 г. (ст. 10, п. 1-е) и в других актах.

Арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме. Так, Нью-Йоркская конвенция 1958 г. предусматривает признание только письменных арбитражных соглашений и уточняет, что термин «письменное соглашение» включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или заключенное путем обмена письмами или телеграммами (п. 3 ст. 2). Менее жестко к форме арбитражного соглашения подходит Европейская конвенция 1961 г. К формуле,

закрепленной в Нью-Йоркской конвенции, она добавляет, что в отношении между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, признается «всякое соглашение, заключенное в форме, разрешенной этими законами» (п. 2-а ст. 1).

Различия во внутреннем праве разных государств, особенно по вопросу о допустимости устной формы арбитражных соглашений, а также нечеткие и неконкретизированные формулировки международных договоров порождали многочисленные проблемы, связанные с толкованием и признанием действительными арбитражных соглашений¹. Решению их может способствовать Типовой закон о международном коммерческом арбитраже, положения которого носят более конкретный характер и соответствуют складывающейся арбитражной практике.

В п. 2 ст. 7 Закона закреплено общее правило: «Арбитражное соглашение заключается в письменной форме». Затем предусмотрены те условия, при наличии которых «соглашение считается заключенным в письменной форме»:

если оно содержится в документе, подписанном сторонами; или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телеграфу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения; или

заключено путем обмена иском и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает; или

в договоре содержится ссылка на документ, содержащий арбитражную оговорку (например, на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ или на какие-либо общие условия и пр.), но при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора². Так же решен этот вопрос и в российском Законе о международном коммерческом арбитраже (ст. 7).

¹ Подробнее об этом см.: *Минаков А. И.* Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. М., 1985. С. 27 в след.

² Представляет интерес дело, рассмотренное Федеральным судом штата Орегон (США), *Pacific Forest Products Co. v. Weist Panel Co.*: продавец (японская компания) и покупатель (американская компания) заключили по телефону около 50 сделок; сделки были оформлены в виде заказов покупателя, акцептованных продавцом и вносимых в проформу контракта, подготовленную продавцом и подписанную агентом покупателя. В проформе содержалось условие о рассмотрении споров в японском арбитраже. Впоследствии, когда покупатель обратился с иском к продавцу в Федеральный суд штата Орегон, продавец заявил отвод суду, сославшись на наличие арбитражного соглашения. Суд удовлетворил ходатайство об отводе, указав, что покупатель знал или должен был знать от своего агента о том, что споры в случае их возникновения подлежат рассмотрению в японском арбитраже в соответствии с арбитражной оговоркой, содержащейся в проформе контракта (см.: *Минаков М. И.* Указ. соч. С. 32-33).

Содержание арбитражного соглашения зависит от воли сторон: они сами определяют, из каких элементов оно будет состоять. Как правило, арбитражное соглашение состоит из следующих элементов:

— выбор арбитражного способа рассмотрения спора (можно использовать формулировку «с исключением подсудности общим судам, или судам общей юрисдикции, или государственным судам»);

— выбор вида арбитража: институционный арбитраж или арбитраж *ad hoc*. Если стороны решили выбрать институционный арбитраж, то следует указать его точное наименование, например Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, или Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты, или Лондонский международный коммерческий арбитраж и др. Без точного наименования избранного арбитража едва ли будет признано действительным арбитражное соглашение. Например, указание на то, что спор будет передаваться на рассмотрение в арбитраж в Москве, делает арбитражное соглашение недействительным, так как в Москве существует множество институционных арбитражей, как государственных, так и коммерческих;

— место проведения арбитража. Если избран институционный арбитраж, то указание места не обязательно, в этом случае разбирательство будет проходить по месту его официальной резиденции, если арбитры с учетом обстоятельств дела не определили иное место. Если стороны обращаются к арбитражу *ad hoc*, то желательно указать место проведения арбитража (страна, город);

— выбор языка (языков) арбитражного разбирательства. При выборе институционного арбитража указание языка не обязательно. При отсутствии данного указания арбитраж будет вести разбирательство на своем национальном языке. При обращении к арбитражу *ad hoc* желательно выбрать и указать язык разбирательства. Вопрос о языке практически значим, поскольку существует общепризнанное правило, что если сторона не владеет языком, на котором осуществляется арбитражное разбирательство, то она обеспечивает переводчика за свой счет;

— определение числа арбитров, которые будут рассматривать дело (как правило, три или один). Решение этого вопроса может иметь существенное значение при обращении в арбитраж *ad hoc*. Институционный арбитраж при отсутствии указания сторон будет решать вопрос в соответствии со своим регламентом;

— порядок арбитражного разбирательства (порядок выбора, назначения и отвода арбитров, определение начала разбирательства и его порядок, процедура представления документов и других доказательств, форма разбирательства — устное или на основе документов и т. д.). В принципе если стороны выбрали институ-

ционный арбитраж, то он осуществляет разбирательство в соответствии с законами своей страны и своим регламентом. Однако отличительной особенностью арбитража является почти неограниченное право сторон (автономия воли) на установление процедуры разрешения споров. Поэтому абсолютное большинство норм, определяющих процедуру, носит диспозитивный характер и применяется только тогда, когда стороны не договорились об ином. Следовательно, стороны могут предусмотреть в арбитражном соглашении любое правило арбитражной процедуры, даже если они обращаются к институционному арбитражу. Ограничением такой свободы являются императивные нормы соответствующих законов и оговорка о публичном порядке, согласно которой стороны не могут установить такое процессуальное правило, которое нарушает публичный порядок страны, на чьей территории арбитраж осуществляет свою деятельность.

Если стороны передают спор арбитражу *ad hoc*, то непременно нужно определиться с арбитражной процедурой, так как у такого арбитража своего регламента нет. Здесь возможны несколько вариантов: либо достаточно подробное установление арбитражной процедуры в самом арбитражном соглашении, либо обращение к одному из типовых регламентов (например, Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ), либо обращение к регламенту какого-нибудь институционного арбитража. При этом стороны ограничены только публичным порядком страны, на чьей территории происходит арбитражное разбирательство. Но если стороны не решат процедурные вопросы в арбитражном соглашении, это не значит, что их спор не будет рассмотрен. Назначенные ими арбитры (арбитр) будут руководствоваться такими процедурными правилами, какие сочтут подходящими;

— выбор права, которому подчиняется контракт, не обязательно включается в арбитражное соглашение, часто этот вопрос решается в качестве самостоятельного условия контракта. Выбор права обращен не только к арбитражу, а прежде всего к самим сторонам, так как указывает, по законам какого государства будут определяться права и обязанности сторон по контракту, независимо от того, возникнет ли потребность в арбитражном разбирательстве. Однако нет препятствий для решения этого вопроса и в арбитражном соглашении. Иногда стороны предпочитают, чтобы их спор рассматривался арбитражем не по законам какого-то конкретного государства, а либо по «справедливости» (*ex aequo et bono*), либо по обычаям международной торговли (*lex mercatoria*). В этом случае необходимо включить соответствующее указание в арбитражное соглашение.

Разумеется, стороны могут включить в арбитражное соглашение и любые другие вопросы. В практике часто используют различные типовые арбитражные оговорки. Типовые оговорки прилагаются к типовым арбитражным регламентам (например, типовая оговорка

при обращении к Регламенту ЮНСИТРАЛ приведена в сноске на с. 636), типовые оговорки содержатся в регламентах институционных арбитражей. Существует практика соглашений между торговыми палатами или арбитражными ассоциациями разных стран. В таких соглашениях сформулированы в качестве рекомендаций типовые арбитражные оговорки. Так, Торгово-промышленная палата РФ имеет подобные соглашения с соответствующими организациями Австрии, Бельгии, Индии, Италии, США, Японии и др. Примером может служить соглашение между Торгово-промышленной палатой РФ, Американской арбитражной ассоциацией и Стокгольмской торговой палатой 1992 г. «Факультативная арбитражная оговорка для использования в контрактах в сфере российско-американской торговли и инвестирования» (подготовлены два варианта: полный текст и сокращенный). Оговорка носит рекомендательный характер и применяется только по соглашению между сторонами контракта. Она предусматривает передачу споров либо Арбитражному институту Стокгольмской торговой палаты, либо арбитражу *ad hoc* в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ с местом разбирательства в Стокгольме¹.

20.4. Исполнение иностранных арбитражных решений

Одним из преимуществ международного коммерческого арбитража является наличие довольно разработанной системы признания и принудительного исполнения арбитражных решений, вынесенных на территории иностранного государства, называемых обычно иностранными арбитражными решениями. Уверенность участников международной торговли в возможности принудительного исполнения решений становится важным фактором повышения эффективности международного коммерческого арбитража.

Основу этой системы составляет Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. Но и в других арбитражных конвенциях есть нормы, предусматривающие признание и исполнение арбитражных решений, например: в Европейской конвенции 1961 г., в Московской конвенции 1962 г., в Вашингтонской конвенции 1965 г., в Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., в Соглашении о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества 1998 г. Нормы об исполнении арбитражных решений могут встречаться в межгосударственных торговых договорах, в договорах об оказании правовой помощи и некоторых других.

¹ Текст оговорки см.: *Дмитриева Г. К.* Международный коммерческий арбитраж. М., 1997. С. 225-227.

В более чем 120 государствах исполнение иностранных арбитражных решений обеспечивает Нью-Йоркская конвенция¹, согласно которой под «иностраннным арбитражным решением» понимается решение, вынесенное на территории государства иного, чем то государство, где испрашивается признание и приведение его в исполнение (ст. 1). Как видим, Конвенция для определения «иностранности» арбитражного решения использует только один критерий: место его вынесения. Решение будет иностранным, если оно вынесено на территории иностранного государства. Причем это положение в равной степени относится к решениям институционных арбитражей и арбитражей *ad hoc*.

Из территориального критерия исходит АПК, устанавливающий правила производства по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей. В соответствии с п. 1 ст. 241 под иностранными арбитражными решениями понимаются решения «третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятые ими на территориях иностранных государств...» (курсив наш. — Г. Д.)

Однако в связи с тем, что во внутреннем праве государств встречаются иные подходы к определению «иностранности» арбитражных решений (например, в ФРГ к иностранным решениям относятся и решения, вынесенные на территории ФРГ тогда, когда они были вынесены с соблюдением иностранных процессуальных норм), в ст. 1 Нью-Йоркской Конвенции содержится дополнительное правило: под иностранное подпадает и решение, которое не считается внутренним в том государстве, где оно исполняется.

Особенностью Нью-Йоркской конвенции является то, что она предусматривает исполнение иностранных арбитражных решений независимо от того, входит ли государство, на территории которого оно вынесено, в круг ее участников. Благодаря этому территориальная сфера действия Конвенции значительно шире формального количества государств-участников. Фактически Конвенция создает возможность исполнения арбитражного решения, вынесенного на территории любого из существующих государств.

Правда, государство при присоединении может сделать оговорку, ограничивающую возможность применения правового режима Конвенции к решениям, которые вынесены на территории государства, не являющегося ее участником. Такую оговорку сделал СССР. Так как Россия не сделала никакого заявления по этому поводу, то оговорка сохраняет свою силу. В соответствии с ней РФ применяет «положения настоящей Конвенции в отношении арбитражных решений, вынесенных на территории государств, не яв-

¹ 6 июня 2002 г. 121 государство были участниками Конвенции (см.: Докл. ООН А/CN.9/449. 2002. 6 июня).

ляющихся участниками Конвенции, лишь на условиях взаимности»¹. При признании и исполнении арбитражных решений, вынесенных на территории договаривающихся государств, установление взаимности не обязательно, она презюмируется Конвенцией.

Взаимность может быть: договорной, при которой обязанность исполнения решений вытекает из какого-либо другого договора России с соответствующим государством (например, из торгового договора); фактической, при которой Россия обеспечивает исполнение решений, вынесенных на территории государства, не участвующего в Нью-Йоркской конвенции, если оно, в свою очередь, обеспечивает исполнение решений, вынесенных на российской территории.

Содержание Нью-Йоркской конвенции заключается в том, что она обязывает договаривающиеся государства признавать иностранные решения как обязательные, приводить их в исполнение и создает для этого правовые основы. Они сводятся к следующему:

1) государство признает и исполняет иностранные арбитражные решения в соответствии со своим процессуальным правом; национальное право государства, где испрашивается исполнение, определяет судебный орган, который компетентен исполнить решение и правила такого исполнения;

2) заинтересованная сторона обращается в компетентный орган государства, где испрашивается исполнение, с просьбой, совместно с которой подаются: а) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенная его копия; б) подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенная его копия; в) перевод этих документов на официальный язык той страны, где испрашивается исполнение;

3) в признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано только по тем основаниям, которые изложены в ст. 5 Конвенции. Основания разделены на две группы: во-первых, основания, которые могут быть применены только по просьбе стороны, против которой вынесено решение, и если она докажет их наличие, и, во-вторых, основания, которые могут быть применены по инициативе компетентного органа, рассматривающего просьбу об исполнении.

Первая группа оснований связана главным образом с арбитражным соглашением. В признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано, если: а) арбитражное соглашение недействительно, или б) решение арбитража вышло за пределы арбитражного соглашения, или в) состав арбитража и арбитражный процесс не соответствовали арбитражному соглашению; кроме того, в этой группе есть еще два основания, по которым можно отказать в исполнении решения: г) если сторона, против кото-

рой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве либо по другим причинам не могла представить свои объяснения (иначе говоря, нарушены процессуальные права этой стороны, в частности ее право на равное участие в арбитражном разбирательстве); д) если решение не стало окончательным (например, оно было приостановлено или отменено компетентной властью страны, где решение было вынесено).

Ко второй группе относятся только два основания. Компетентная власть страны, в которой испрашивается исполнение, может отказать в этом, если найдет, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны и если признание и приведение в исполнение решения противоречит публичному порядку этой страны.

Европейская конвенция 1961 г. не содержит специальных правил о признании и приведении в исполнение арбитражных решений. Но в ней есть ст. 9, предусматривающая возможность обжалования арбитражного решения недействительным либо в том государстве, где решение было вынесено, либо в том государстве, по законам которого это решение было вынесено. Причем отмена решения будет являться причиной отказа в его признании или исполнении в других государствах (п. 1 ст. 9). Основания для отмены, предусмотренные в рассматриваемой статье Европейской конвенции, совпадают с основаниями отказа в признании и исполнении решения, которые должны быть доказаны стороной, против которой решение было вынесено, согласно ст. 5 Нью-Йоркской конвенции.

Соглашение СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, и дополнительное Соглашение 1998 г. несколько иначе решают вопрос о признании и исполнении арбитражных решений. Различия предопределены особенностями подхода к рассмотрению хозяйственных споров, о чем говорилось выше: во-первых, предусмотренный Соглашением порядок рассмотрения хозяйственных споров распространяется не только на коммерческие арбитражи, но и на государственные арбитражные суды и суды общей юрисдикции; во-вторых, Соглашение закрепляет обязательную юрисдикцию независимо от согласия сторон.

Соглашение различает признание решения от исполнения. Государства—участники СНГ взаимно признают вступившие в законную силу решения компетентных судов (ч. 1 ст. 7). Никакой дополнительной процедуры для признания Соглашение не предусматривает. Из этого можно предположить, что права и обязанности сторон, вытекающие из вступившего в законную силу решения, которое вынесено на территории одного государства, будут признаваться всеми заинтересованными лицами, а также органа-

ми власти и управления на территории любого другого государства-участника без какого-либо решения или распоряжения со стороны компетентных органов.

Для исполнения решения предусматривается дополнительная процедура в виде подачи заинтересованной стороной ходатайства об этом. К ходатайству должны быть приложены следующие документы: должным образом заверенная копия решения, официальный документ о том, что решение вступило в законную силу, доказательства извещения другой стороны о процессе и исполнительный документ.

По просьбе стороны, против которой вынесено решение, компетентный суд по месту, где испрашивается исполнение, может отказать в исполнении по основаниям, предусмотренным в ст. 9 Соглашения. В отличие от Нью-Йоркской конвенции среди возможных причин для отказа отсутствуют причины, связанные с арбитражным соглашением. Суд может отказать в исполнении, если: 1) существует вступившее в законную силу решение по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию, вынесенное компетентным судом одного из государств — участников Соглашения; 2) в соответствии с правилами Соглашения спор разрешен некомпетентным судом; 3) другая сторона не была извещена о процессе; 4) истек трехгодичный срок давности для предъявления решения к принудительному исполнению¹.

Так же, как и Нью-Йоркская конвенция, Соглашение возлагает бремя доказывания существования обстоятельств, препятствующих исполнению решения, на сторону, против которой решение было вынесено.

Порядок исполнения иностранного арбитражного решения осуществляется в соответствии с процессуальным правом государства, на территории которого оно исполняется. К национальному процессуальному праву отсылает Нью-Йоркская конвенция: государство-участник «признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с *процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и исполнение этих решений...*» (курсив наш. — Г. Д.). Национальное процессуальное право определяет «компетентную власть», т. е. орган, компетентный рассматривать вопрос о признании и исполнении решений, и устанавливает процессуальные правила их исполнения.

В России с исполнением иностранных арбитражных решений связаны два закона: Закон о международном коммерческом ар-

¹ Дополнительное Соглашение 1998 г. не охватывает решения международного коммерческого арбитража. Если в Соглашении 1992 г. под «компетентным судом» понимаются «суды арбитражные» (хозяйственные), «третейские суды», то в Соглашении 1998 г. «третейские суды» не указаны (по природе международный коммерческий арбитраж является третейским судом). Облегченный порядок исполнения касается только решений государственных судов.

битраже определяет правовые основы исполнения, Арбитражный процессуальный кодекс предусматривает компетентный орган и конкретный порядок исполнения решений.

Закон 1993 г. о международном коммерческом арбитраже содержит разд. 8 «Признание и приведение в исполнение арбитражных решений». Особенностью раздела является то, что его положения применяются в равной степени как к арбитражным решениям по международным коммерческим спорам, вынесенным на территории России (независимо от того, является ли арбитраж институционным или арбитражем *ad hoc*), так и к иностранным арбитражным решениям, предъявляемым к исполнению в России.

Согласно ст. 35 Закона арбитражные решения, в том числе иностранные, признаются на территории России обязательными. Признание решения, т. е. признание прав и обязанностей сторон, вытекающих из него, не требует никакой специальной дополнительной процедуры. Сама статья приравнивает иностранное арбитражное решение к российскому. Для принудительного исполнения решения предусматривается дополнительная процедура: заинтересованная сторона должна обратиться с письменным ходатайством в компетентный суд. К ходатайству необходимо приложить следующие документы: 1) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию; 2) подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенную его копию; 3) должным образом заверенный перевод этих документов на русский язык.

Статья 36 Закона устанавливает строго ограниченный круг оснований, по которым компетентный суд может отказать в признании или в приведении в исполнение арбитражного решения. Практически эти основания повторяют основания для отказа в признании и приведении в исполнение, предусмотренные Нью-Йоркской конвенцией 1958 г., участницей которой является Россия. К первой группе относятся основания, которые могут быть применены судом лишь по просьбе стороны, против которой решение вынесено, и если она представит суду соответствующие доказательства. В этой группе пять оснований:

1) если арбитражное соглашение недействительно (либо одна из сторон была недееспособна, либо оно недействительно по другим причинам в соответствии с законом страны, которому стороны это соглашение подчинили, или в соответствии с законом страны, где решение было вынесено);

2) если нарушены процессуальные права стороны, против которой решение вынесено (например, она не была должным образом уведомлена о начале разбирательства, о необходимости назначения арбитра и пр.);

3) если решение не соответствует арбитражному соглашению (например, оно вынесено по спору, не предусмотренному в соглашении, и пр.);

4) если состав арбитража или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или при отсутствии такого соглашения—закону страны, где состоялся арбитраж;

5) если арбитражное решение не стало обязательным (одна из сторон обратилась с ходатайством об отмене решения в суд страны, где оно было вынесено, либо оно было отменено или его исполнение было приостановлено таким судом). Правда, если одна из сторон обратилась в суд страны, где решение было вынесено, с ходатайством об отмене, российский суд не обязательно должен отказать в исполнении: он вправе приостановить процесс по приведению в исполнение и отложить вынесение своего решения до тех пор, пока не будет окончательно рассмотрен в суде соответствующего государства вопрос о возможной отмене этого решения (п. 2 ст. 36 Закона).

Ко второй группе относятся основания, при наличии которых суд может отказать в признании или исполнении по собственной инициативе. Их два: объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону РФ; признание или исполнение арбитражного решения противоречит публичному порядку РФ.

Как видим, Закон о международном коммерческом арбитраже среди условий признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений не называет обязательное наличие международного договора между Россией и иностранным государством, предусматривающего признание и исполнение подобных решений.

АПК в ст. 241 устанавливает, что иностранные арбитражные решения признаются и приводятся в исполнение в России, если признание и исполнение предусмотрено международным договором и федеральным законом. Здесь нет противоречия с Законом 1993 г. При наличии международного договора, предусматривающего признание и исполнение решений, применяются соответствующие правила международного договора, что прямо вытекает из п. 4 ст. 15 Конституции РФ. Это особенно важно, если международный договор устанавливает условия признания и исполнения, отличающиеся от условий, определенных в Законе 1993 г. или в АПК (например, рассмотренные выше условия признания и исполнения по Соглашению о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г.). При отсутствии международного договора иностранные решения международного коммерческого арбитража также будут исполняться в России, поскольку это закреплено в Законе 1993 г.

Закон о международном коммерческом арбитраже, предписывая обращаться для принудительного исполнения арбитражного

решения с ходатайством в компетентный суд, не конкретизирует, какой суд РФ компетентен рассматривать такое ходатайство. Компетентный суд определен в Арбитражном процессуальном кодексе 2002 г. в ст. 38: заявления о признании и исполнении иностранных арбитражных решений подаются стороной в споре, в пользу которой состоялось решение (взыскатель), в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или по месту жительства должника или по месту нахождения его имущества, если его место нахождения/жительства неизвестно (п. 9). Это правило повторено в п. 1 ст. 242 АПК. Одновременно АПК предусматривает также положения о процессуальном порядке подачи и рассмотрения заявления и исполнения арбитражного решения (ст. 242—246).

Он сводится к следующему:

в заявлении должны быть указаны: наименование, место нахождения и состав иностранного международного коммерческого арбитража; наименование взыскателя с указанием его места жительства (нахождения) и наименование должника с указанием его места жительства (нахождения); сведения об иностранном арбитражном решении и ходатайство о его признании и приведении в исполнение;

заявление рассматривается в судебном заседании судьей единолично в месячный срок со дня его поступления в арбитражный суд с извещением участвующих в деле лиц, неявка которых не является препятствием для рассмотрения дела;

по результатам рассмотрения арбитражный суд выносит определение о признании и приведении в исполнение или об отказе в этом; оно может быть в течение месяца обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции;

арбитражный суд, вынесший определение о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, выдает взыскателю исполнительный лист, на основании которого происходит его принудительное исполнение по правилам Федерального закона об исполнительном производстве;

иностранное арбитражное решение может быть предъявлено к принудительному исполнению в течение трех лет со дня его вступления в законную силу.

Кроме того, АПК устанавливает перечень документов, которые прилагаются к заявлению о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений, и исчерпывающий перечень оснований, по которым можно отказать в принудительном исполнении иностранного решения. В отношении иностранных арбитражных решений АПК (п. 4 ст. 242 и п. 2 ст. 244) повторяет правила, предусмотренные в Законе 1993 г., которые, в свою очередь, соответствуют правилам Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Перечни могут быть иными, если это вытекает из международных

договоров (например, Соглашения 1992 г., Московской конвенции 1972 г.). Однако к заявлению о признании и принудительном исполнении иностранного арбитражного решения дополнительно должен быть приложен документ, подтверждающий уплату государственной пошлины. Документы, выданные, составленные или удостоверенные компетентными органами иностранных государств за рубежом, должны быть легализованы или апостилированы и переведены на русский язык (ст. 255 АПК).

20.5. Международный коммерческий арбитраж в России

Основными центрами рассмотрения международных коммерческих споров в России являются Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) и Морская арбитражная комиссия (МАК) при Торгово-промышленной палате РФ. Они действуют на основании Закона о международном коммерческом арбитраже от 7 июля 1993 г.¹ Его положения применяются также к арбитражу *ad hoc*, если место арбитража находится на территории Российской Федерации (ст. 1 Закона).

Закон был подготовлен на основе Типового закона о международном коммерческом арбитраже 1985 г. и с учетом положений международных договоров по арбитражу, в которых участвует Россия. Благодаря этому предусмотренная Законом модель арбитража соответствует международным стандартам и отвечает существенным особенностям и тенденциям рассмотрения международных коммерческих споров на современном этапе. До принятия Закона 1993 г. арбитражный процесс обладал значительной спецификой, что порождало нежелание иностранных контрагентов обращаться к арбитражному разбирательству в Москве. Принятие нового законодательства на фоне политического и экономического реформирования России поднимает авторитет Москвы как важного центра по рассмотрению международных коммерческих споров.

Кроме системы арбитражей, созданных или создаваемых в соответствии с Законом 1993 г. исключительно для рассмотрения международных коммерческих споров, последние могут быть рассмотрены и другими арбитражными судами. Прежде всего государственными арбитражными судами, действующими в соответствии с Федеральным конституционным законом «Об арбитражных судах в Российской Федерации» от 28 апреля 1995 г.² и Арбитражным процессуальным кодексом от 24 июля 2002 г.³ К ним относятся Высший Арбитражный Суд РФ, федеральные арбитраж-

¹ Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

² СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1589.

³РГ. 2002. 27 июля.

ные суды округов, арбитражные суды субъектов РФ. Арбитражные суды предназначены для разрешения хозяйственных споров между российскими субъектами правоотношений.

Вместе с тем они в соответствии с п. 5 ст. 27 Арбитражного процессуального кодекса могут рассматривать подведомственные им споры с участием организаций и граждан РФ, а также иностранных организаций, международных организаций, организаций с иностранными инвестициями, иностранных граждан, лиц без гражданства, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Иначе говоря, они вправе разбирать и международные коммерческие споры. Однако при этом наличие арбитражного соглашения сторон не является обязательным условием компетенции арбитражного суда по рассмотрению такого спора.

Статья 247 АПК устанавливает компетенцию арбитражных судов по делам с участием иностранных лиц достаточно жестко—при помощи определенного перечня критериев. Так, арбитражные суды рассматривают дела, если: 1) ответчик находится или проживает на территории РФ либо его имущество находится на территории РФ; 2) филиал или представительство иностранного лица находится на территории РФ; 3) иск вытекает из договора, по которому исполнение должно иметь место на территории РФ; 4) действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для предъявления требования о возмещении вреда, имело место на территории РФ; 5) иск вытекает из неосновательного обогащения, имевшего место на территории РФ; 6) истец находится на территории РФ по делу о защите деловой репутации и в некоторых других случаях. Кроме того, арбитражный суд рассматривает дело и в том случае, когда есть соглашение между организацией или гражданином РФ и иностранным лицом о передаче спора между ними в арбитражный суд (п. 3 ст. 247 АПК). Как видим, наличие арбитражного соглашения расценивается не как обязательное основание для признания юрисдикции арбитража, а как один из критериев определения юрисдикции наряду с другими критериями.

Кроме того, АПК предусматривает исключительную компетенцию арбитражных судов по некоторым категориям споров с участием иностранных лиц, которая не может быть изменена соглашением сторон. Это споры: в отношении российской государственной собственности, включая приватизацию и принудительное отчуждение; по поводу недвижимого имущества, находящегося на российской территории; связанные с регистрацией прав на интеллектуальную собственность; о признании недействительными записей в государственные реестры; связанные с учреждением и ликвидацией юридических лиц и индивидуальных предприни-

мателей на российской территории; возникающие из административных и иных публичных интересов (ст. 248).

Объясняется такое положение сущностной характеристикой арбитражных судов. Они являются арбитражами только по названию, а по природе это государственные судебные органы с законодательно закрепленной компетенцией.

Международные коммерческие споры могут также рассматриваться третейскими судами, созданными в соответствии с Временным положением о третейском суде для разрешения экономических споров от 24 июня 1992 г.¹, но которые начиная с 27 июля 2002 г. действуют и создаются на основании Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» от 24 июля 2002 г.

Подобного рода третейские суды получили довольно широкое распространение в России. Они образованы, например, при Торгово-промышленной палате РФ, при Ассоциации банков РФ, при Союзе юристов, при Московской межбанковской валютной бирже. Некоторые из них предусматривают в своих положениях и регламентах рассмотрение международных коммерческих споров как профильную деятельность. Примером может быть третейский суд при Международном независимом институте международного права².

Разумеется, основными центрами по рассмотрению международных коммерческих споров остаются МКАС и МАК при Торгово-промышленной палате РФ: у них накоплен богатый опыт по рассмотрению таких споров (МКАС является преемником Арбитражного суда при Торгово-промышленной палате СССР, который действовал с 1987 г. и был, в свою очередь, преемником Внешнеторговой арбитражной комиссии, созданной в 1932 г.³; МАК с момента своего создания в 1930 г. не переименовывалась и является преемником МАК при ТПП СССР⁴); они имеют довольно высокий авторитет⁵; в настоящее время правовая основа их деятельности соответствует мировой практике.

Их общей правовой базой, как уже указывалось, является Закон о международном коммерческом арбитраже. Кроме того,

¹ Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1790.

² См.: Положение о третейском суде и его регламент// Московский журнал международного права. 1995. № 3. С. 191 и след.

³ Как преемник Арбитражного суда при ТПП СССР МКАС вправе разрешать споры на основании соглашения сторон о передаче их в Арбитражный суд при ТПП СССР (п. 4 Положения о МКАС при ТПП РФ).

⁴ Как преемник МАК при ТПП СССР МАК при ТПП РФ вправе разрешать споры на основании соглашений сторон о передаче их в МАК при ТПП СССР (п. 7 Положения о МАК при ТПП РФ).

⁵ См.: Поздняков В. С. Международный коммерческий арбитраж в РФ. М., 1996.

в качестве приложений к Закону даны два положения: Положение о МКАС при ТПП РФ и Положение о МАК при ТПП РФ. Каждый из них имеет свой регламент и положение об арбитражных расходах и сборах. Так, новый Регламент МКАС в соответствии с Законом 1993 г. утвержден Президентом Торгово-промышленной палаты РФ и действует с 1 мая 1995 г.

Юрисдикция Арбитражного суда при ТПП РФ определяется двумя факторами: во-первых, соглашением сторон о передаче спора в арбитраж и, во-вторых, компетенцией суда, установленной Законом и другими нормативными актами.

В соответствии с общепринятой практикой и МКАС, и МАК рассматривают спор при наличии соглашения между сторонами об этом (п. 2 ст. 1 Закона)¹. Однако в порядке исключения они принимают к своему рассмотрению споры и без соглашения сторон, если эти споры подлежат их юрисдикции в силу международных договоров с участием РФ, о чем подробно рассматривалось в разд. 20.3 настоящей главы. Закон предусматривает все три вида арбитражных соглашений: арбитражную оговорку, включенную в договор, самостоятельное арбитражное соглашение по спору, который уже возник (третейская запись), и самостоятельное соглашение по спорам, которые могут возникнуть между сторонами в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет (п. 1 ст. 7).

Арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме. К письменной форме приравниваются: 1) документ, подписанный сторонами; 2) обмен письмами, сообщениями с использованием любых средств электросвязи; 3) обмен иском заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает (п. 2 ст. 7 Закона).

Наличие арбитражного соглашения исключает компетенцию государственных судов, как общих, так и арбитражных. Если несмотря на наличие арбитражного соглашения подан иск в государственный суд, то он обязан прекратить производство и направить стороны в согласованный ими арбитраж. Однако обязанность суда обусловлена следующим: об этом должна быть просьба одной из сторон; просьба должна быть заявлена не позднее пред-

¹ Регламент МКАС рекомендует для включения в коммерческие договоры такой текст арбитражной оговорки: «Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора (соглашения) или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его Регламентом».

ставления этой стороной своего первого заявления по существу спора; арбитражное соглашение должно быть действительным.

Эти правила нашли отражение в п. 5 ст. 148 АПК РФ, в котором предусматривается, что арбитражный суд оставляет иск без рассмотрения, если есть соглашение между сторонами о передаче спора в третейский суд и если любая сторона, возражающая против рассмотрения дела в арбитражном суде, заявит ходатайство о передаче спора в третейский суд не позднее подачи своего первого заявления по существу спора. Любые возражения ответчика о несогласии с юрисдикцией арбитражного суда, заявленные после представления его объяснений по делу, арбитражным судом не принимаются¹.

Возражение стороны о компетенции не принимается во внимание, если арбитражный суд установит, что соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Более того, стороны вправе заключить соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда во время судебного разбирательства до вынесения решения по существу. Арбитражный суд прекращает рассмотрение спора, если любая сторона заявит возражение о рассмотрении дела в арбитражном суде, ссылаясь на соглашение. Арбитраж не примет такое возражение, если посчитает, что соглашение о третейском разбирательстве недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 6 названной статьи).

Вторым фактором, обуславливающим юрисдикцию международного коммерческого суда, является его компетенция; при наличии арбитражного соглашения арбитраж примет к рассмотрению не всякий спор, а только такой, который охватывается категориями споров, составляющих его компетенцию. Последняя определяется Законом о международном коммерческом арбитраже, положениями о МКАС и МАК, а также международными договорами.

¹ Данные положения неоднократно обсуждались в арбитражном суде. Так, Московский арбитражный суд рассмотрел спор, вытекающий из договора о совместной хозяйственной деятельности между российской и немецкой фирмами, в котором была арбитражная оговорка о рассмотрении споров в третейском суде. Вопреки оговорке российская сторона обратилась с иском в арбитражный суд, который в соответствии с правилами о подсудности принял иск к рассмотрению, поскольку ответчик (немецкая фирма) имеет на территории РФ и имущество, и свое представительство; ответчик вступил в дело и участвовал в заседании арбитражного суда. Лишь после вынесения арбитражным судом решения в апелляционной жалобе ответчик оспорил юрисдикцию арбитражного суда, ссылаясь на наличие между сторонами соглашения о рассмотрении споров третейским судом. Решение арбитражного суда было оставлено в силе, так как возражение против юрисдикции было заявлено несвоевременно (см.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 10 от 25 декабря 1996 г. С. 2-7).

Общая компетенция арбитража устанавливается Законом о международном коммерческом арбитраже. Однако по существу компетенция, определенная Законом, относится лишь к МКАС (Положение о нем дословно повторяет соответствующую статью Закона и конкретизирует ее). Компетенция МАК носит специальный характер и определяется Положением о ней.

Согласно ст. 1 Закона и ст. 2 Положения МКАС компетентен рассматривать две группы споров. *Первая, основная группа соответствует общепринятой мировой практике и определяется двумя критериями: предметным и субъектным.* В МКАС можно передать споры, вытекающие из договорных и других гражданско-правовых отношений при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, т. е. международные коммерческие споры. Дополнительный субъектный критерий уточняет, в каких случаях споры являются международными: если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей. Для определения «международности» споров Закон использует критерий, получивший широкое признание, — «место нахождения коммерческого предприятия в разных государствах».

По установившейся международной практике под местом нахождения предприятия понимается не только место нахождения административного центра или головного предприятия, но и филиалов, складов готовой продукции и т. д. Понятно, что одна фирма может иметь несколько коммерческих предприятий, в том числе в разных странах. В таком случае принимается во внимание то коммерческое предприятие, «которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению» (п. 3 ст. 1 Закона). Если сторона не имеет коммерческого предприятия (например, физическое лицо), принимается во внимание ее постоянное место жительства.

В результате возможны споры между следующими участниками: между российским предпринимателем и иностранным, коммерческое предприятие которого находится за пределами России; между иностранными предпринимателями, коммерческие предприятия которых находятся за пределами РФ (причем в разных странах), хотя достаточно, чтобы одно из них имело предприятие за пределами России; и наконец, между российскими предпринимателями, если одно из них имеет коммерческое предприятие за рубежом.

Положение о МКАС конкретизирует гражданско-правовые отношения, споры из которых могут быть предметом разбирательства. Это, в частности, отношения по: купле-продаже (поставке) товаров, выполнению работ, оказанию услуг, обмену товарами и (или) услугами, перевозке грузов и пассажиров, торговому представительству и посредничеству, аренде (лизингу), научно-техническому обмену, обмену результатами творческой дея-

тельности, сооружению промышленных и иных объектов, лицензионным операциям, инвестициям, кредитно-расчетным операциям, страхованию, совместному предпринимательству и другим формам промышленной и предпринимательской кооперации.

Вторая группа споров выделяется только по субъектному составу— это споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на российской территории. Причем сюда включаются споры между самими субъектами, споры между их участниками и их споры с другими субъектами российского права. Так как Закон не указывает на характер споров данной группы (Положение о МКАС в отличие от споров первой группы их также не конкретизирует), то можно предположить, что арбитраж компетентен рассматривать любые споры между названными субъектами.

Закон о международном коммерческом арбитраже является общим законом, регламентирующим порядок рассмотрения международных коммерческих споров в России. Это не исключает наличие иных законодательных актов, которые могут запретить передачу в арбитраж каких-либо определенных споров, хотя они и соответствуют изложенным общим характеристикам. Данная ситуация предусмотрена в п. 4 ст. 1 Закона: «Настоящий Закон не затрагивает действия какого-либо другого закона Российской Федерации, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы только в соответствии с положениями иной³⁰ ми, нежели те, которые содержатся в настоящем Законе». Например, Патентный закон РФ 1992 г. устанавливает, что споры, связанные с защитой прав патентообладателей и авторов, могут рассматриваться в судах, в том числе в арбитражных судах и третейских судах, кроме споров, относящихся к компетенции Высшей патентной палаты (ст. 31). К таким спорам относятся, например, споры, связанные с отказом в выдаче патента (п. 8 ст. 21), или споры о размере компенсации в случае, когда в интересах национальной безопасности Правительство РФ разрешило использовать объект промышленной собственности без согласия патентообладателя (п. 4 ст. 13), и др.

Следовательно, МКАС будет компетентен рассматривать дела, связанные с защитой прав патентообладателя, при соответствии их критериям, предусмотренным в Законе о международном коммерческом арбитраже, кроме споров, относящихся к компетенции Высшей патентной палаты.

Компетенция МАК носит более узкий, специальный характер. Она так же, как и МКАС, полномочна рассматривать при наличии соглашения сторон споры, вытекающие из договорных и других гражданско-правовых отношений, но не любых, а возникших только из торгового мореплавания. Кроме того, в отличие от МКАС субъектный состав спора не играет никакой роли при оп-

ределении компетенции МАК. Она полномочна разрешать споры между российскими и иностранными субъектами, споры только между российскими субъектами и споры только между иностранными субъектами. Этот момент прямо подчеркивается в Положении о МАК.

Положение дает примерный перечень отношений, споры из которых МАК может рассматривать. Среди них отношения: по фрахтованию судов, морской перевозке грузов и перевозке грузов в смешанном плавании (река — море); по морскому страхованию; по лоцманской и ледовой проводке, агентскому и иному обслуживанию морских судов; по спасанию на море; отношения, связанные с куплей-продажей, залогом и ремонтом морских судов и иных плавучих объектов, и др. (ст. 2 Положения о МАК при ТПП РФ).

При разбирательстве конкретного дела сторона может заявить об отсутствии у арбитража (единоличного арбитра или коллегии арбитров) компетенции на рассмотрение этого дела. В таком случае арбитраж имеет право вынести постановление о своей компетенции независимо от оснований возражения стороны, в том числе любых возражений относительно наличия или действительности арбитражного соглашения (ст. 16 Закона о международном коммерческом арбитраже).

Отметим несколько моментов, связанных с правом арбитража на вынесение решения о своей компетенции. Прежде всего, поскольку компетенция арбитража прямо связана с арбитражным соглашением, Закон впервые в российском праве закрепил общепризнанное в мировой практике правило об автономии, юридической самостоятельности арбитражного соглашения, существующего в виде арбитражной оговорки: при решении вопроса о компетенции арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора; признание договора ничтожным не влечет за собой в силу закона недействительность арбитражной оговорки (подробнее данное положение было рассмотрено в § 3 данной главы).

Далее, Закон установил несколько правил, касающихся заявления стороны об отсутствии компетенции. Предусмотрены два варианта заявлений: об отсутствии компетенции по делу в целом и о превышении арбитражем своей компетенции. В первом случае заявление стороны должно быть сделано не позднее представления возражений по иску; при этом назначение стороной арбитра не лишает ее права сделать такое заявление. Во втором случае заявление должно быть сделано сразу же, как только вопрос, который, по мнению стороны, выходит за пределы компетенции, был поставлен в ходе разбирательства дела. Однако арбитраж мо-

жет в обоих случаях принять заявление, сделанное с нарушением указанных сроков, если сочтет задержку оправданной.

Наконец, ст. 16 Закона устанавливает несколько правил, касающихся самого постановления арбитража о своей компетенции. Закон предусматривает два варианта постановлений. Арбитраж может вынести отдельное постановление по любому из указанных заявлений стороны как по вопросу предварительного характера, т. е. либо до рассмотрения спора по существу, либо до рассмотрения того вопроса, в отношении которого было сделано заявление о компетенции. Но арбитраж может вынести такое постановление в решении по существу спора.

Постановление арбитража о своей компетенции не является окончательным. Оно может быть обжаловано заинтересованной стороной в суд общей компетенции, решение которого по данному вопросу будет окончательным, не подлежащим обжалованию. Если арбитраж постановил, что он обладает компетенцией в предварительном порядке, то любая сторона может обратиться в суд с просьбой решить вопрос о компетенции в течение 30 дней после получения уведомления об этом. Причем пока вопрос решается в суде, арбитраж может продолжать разбирательство и вынести решение по существу спора. Если постановление о компетенции включено в решение арбитража по существу, то несогласие стороны с компетенцией арбитража в целом или по конкретному вопросу является основанием для оспаривания в суде арбитражного решения (ст. 34).

Арбитражное разбирательство. Характерной особенностью арбитражного разбирательства является почти неограниченное право сторон (автономия воли) по установлению процедуры разрешения спора. Этот принцип лежит в основе и Закона о международном коммерческом арбитраже, и регламентов МКАС и МАК при ТПП РФ. *Абсолютное большинство норм, определяющих арбитражную процедуру, носит диспозитивный характер: они применяются только тогда, когда стороны не договорились об ином.* Автономия воли сторон является решающей при: формировании состава арбитражного суда для рассмотрения спора (определение общего числа арбитров, выбор конкретных арбитров); определении процедуры ведения разбирательства, спора (места, языка, даты начала разбирательства, порядка представления документов и других доказательств, подтверждающих искивные требования и возражения по иску, формы разбирательства — устное слушание или разбирательство на основе документов, и др).

Вместе с тем Закон о международном коммерческом арбитраже содержит *несколько императивных предписаний*, направленных на беспристрастное, справедливое разрешение спора, которые должны соблюдаться неукоснительно. Это своего рода принципы арбитражного процесса. Отметим некоторые из них.

Закон устанавливает *требования, которым в обязательном порядке должны отвечать арбитры: беспристрастность, независимость и уровень квалификации, обусловленный соглашением сторон* (ст. 12). Наличие обоснованных сомнений относительно соответствия арбитра этим требованиям является единственным основанием для его отвода. Лицо, к которому обратились в связи с его возможным назначением арбитром, равно как и уже назначенное арбитром, обязано сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости.

Другие императивные предписания направлены на обеспечение равноправия сторон в процессе. Статья 18 устанавливает сам принцип равноправия: к сторонам должно быть равное отношение и каждой стороне должны быть представлены все возможности для изложения своей позиции. В ст. 24 конкретизируются обязанности арбитража, рассматривающего дело, в отношении сторон. Так, арбитраж должен заблаговременно направлять сторонам уведомление о любом слушании и о любом заседании, которое намеревается проводить арбитраж для осмотра товара, другого имущества или документов; передавать все документы или информацию, предоставляемые одной стороной, другой стороне, а также передавать сторонам заключения экспертов или другие документы, имеющие доказательственное значение.

Во всех остальных случаях процедура арбитражного разбирательства может определяться соглашением сторон. Реально за отсутствием подобных соглашений процедура определяется нормами Закона о международном коммерческом арбитраже и регламентом, если арбитраж институционный (в частности, регламентами МКАС и МАК). Кроме того, при отсутствии соглашения сторон арбитраж с соблюдением положений Закона и своего регламента может вести арбитражное разбирательство таким образом, как считает надлежаще (п. 2 ст. 19). Закон не предусматривает в подобных случаях обращения арбитража к общему гражданско-процессуальному законодательству или арбитражно-процессуальному.

Рассмотрим некоторые правила арбитражной процедуры на примере МКАС, применяемые при отсутствии соглашения сторон об ином. В обеспечении этих правил принимают участие такие органы МКАС, как Президиум МКАС, Председатель МКАС (заместители), Секретариат, возглавляемый ответственным секретарем.

Если стороны не договорились о передаче своего спора единому арбитражу, то формируется арбитраж в составе трех арбитров. Каждая сторона назначает своего арбитра, а назначенные таким образом два арбитра выбирают третьего в качестве председателя состава арбитража (суперарбитра). Для облегчения поиска сторонами арбитров Торгово-промышленная палата РФ утверждает список арбитров сроком на пять лет (в настоящее время

в списке более ста специалистов). Но этот список не является обязательным: в качестве арбитра может быть назначено лицо, не включенное в список, в том числе лицо, имеющее иностранное гражданство (п. 1 ст. 11 Закона и п. 3 Регламента). Данное правило, соответствующее мировой практике, впервые включено в российское законодательство. Председатель арбитражного состава избирается двумя арбитрами из списка арбитров.

Арбитры могут быть назначены Председателем МКАС в двух случаях: 1) по просьбе стороны (сторон), 2) если ответчик не назначит своего арбитра в течение 30 дней с даты получения копии искового заявления или если назначенные сторонами арбитры не выберут суперарбитра в течение 30 дней. Председатель МКАС осуществляет назначение из списка арбитров.

Регламент МКАС предусматривает необходимость назначения запасных арбитров, включая суперарбитра. Запасные арбитры назначаются по тем же правилам, что и основной состав. Запасные арбитры выполняют свои функции, если арбитры (арбитр) основного состава были отведены или не могут участвовать в разбирательстве дела по иным причинам.

МКАС проводит слушания дел в Москве. В случае необходимости арбитраж может проводить слушания и в другом месте на российской территории, которое он считает надлежащим (например, для заслушивания свидетелей, экспертов, для осмотра товаров и др.). По соглашению между сторонами слушания могут проводиться вне пределов Москвы, но на российской территории. В этом случае все дополнительные расходы возлагаются на стороны.

Слушание дела ведется на русском языке. По соглашению сторон разбирательство может проводиться на другом языке. Если сторона не владеет языком, на котором ведется разбирательство, то все расходы, связанные с переводом, несет сама сторона, в том числе и тогда, когда услуги по переводу обеспечиваются арбитражем.

Арбитражное разбирательство начинается с подачи искового заявления, в котором наряду с изложением фактических и правовых обстоятельств, обосновывающих искомые требования, истец должен обосновать компетенцию МКАС, назвать своего арбитра и запасного арбитра или заявить просьбу Председателю МКАС о их назначении. Ответственный секретарь МКАС направляет ответчику копию искового заявления и приложенных к нему документов и предлагает ему назначить арбитров. Сформированный состав арбитров проверяет готовность дела к слушанию. При необходимости он принимает дополнительные меры по подготовке дела (например, истребует от сторон дополнительные объяснения, документы и пр.), при этом он может давать поручения в связи с подготовкой дела ответственному секретарю.

Арбитраж проводит устное слушание дела. Стороны могут участвовать лично или через уполномоченных представителей.

Неявка стороны, надлежащим образом извещенной о времени и месте слушания дела, не препятствует разбирательству и вынесению решения, за исключением случаев, когда неявившаяся сторона ходатайствует в письменной форме об отложении слушания дела по уважительной причине. Обеспечивается сохранение коммерческой тайны: слушание проводится при закрытых дверях, не участвующие в процессе лица могут присутствовать только с согласия сторон и с разрешения состава арбитража; арбитры, докладчики и сотрудники секретариата обязаны не разглашать известную им информацию о спорах, разрешаемых в МКАС. По соглашению сторон разбирательство может проводиться без устных слушаний на основе только письменных материалов, но если представленные материалы недостаточны для разрешения спора по существу, арбитраж может назначить устное слушание.

Регламент МКАС предусматривает участие в деле докладчика, который по каждому делу назначается Председателем МКАС из списка, утверждаемого Президиумом МКАС сроком на пять лет. Пока не сформирован арбитражный состав по данному делу, докладчик выполняет поручения Председателя или ответственного секретаря МКАС, связанные с подготовкой арбитражного разбирательства. В дальнейшем он выполняет поручения сформированного арбитража, ведет протокол слушаний, присутствует на закрытых совещаниях арбитража.

Расходы, связанные с арбитражным разбирательством, несут стороны. К расходам относятся: регистрационный сбор, арбитражный сбор, дополнительные расходы арбитража, издержки сторон. Арбитражные расходы и сборы, их размеры и порядок их уплаты и распределения между сторонами определены в Положении об арбитражных расходах и сборах, которое является приложением к Регламенту МКАС.

Регистрационный сбор обязан уплатить истец при подаче искового заявления (в настоящее время 500 долл.), до его уплаты иск не считается поданным. Регистрационный сбор засчитывается в сумму арбитражного сбора.

Арбитражный сбор — это сбор для покрытия общих расходов, связанных с деятельностью МКАС (в частности, гонорары арбитров, докладчиков, вознаграждение секретариата и пр.). Его сумма определяется в зависимости от цены иска (например, при цене иска до 10 000 долл. арбитражный сбор равен 1400 долл.; при цене иска до 50 000 долл. — 1400 плюс 5,6% от суммы выше 10 000 долл. и т. д.). Арбитражный сбор уплачивается истцом авансом: до уплаты дело остается без движения. Впоследствии арбитражный сбор возлагается на сторону, против которой вынесено решение, если стороны не договорились об ином. Если иск удовлетворен частично, то сбор возлагается на ответчика пропорционально размеру удовлетворенных исковых требований.

Дополнительные расходы — это особые издержки, которые МКАС несет в связи с разбирательством конкретного дела (например, издержки по проведению экспертизы, по вознаграждению переводчиков, командировочные расходы и пр.). Сумма дополнительных расходов определяется МКАС в зависимости от обстоятельств. МКАС может потребовать от сторон или от одной из сторон внесения авансовых платежей по таким расходам. Например, в случае участия в разбирательстве арбитра, назначенного стороной, проживающего вне места проведения заседаний арбитража, эта сторона должна внести аванс на оплату расходов по его участию в арбитражном разбирательстве (проезд, проживание и пр.); если такое лицо избрано председателем арбитражного состава, то аванс должна внести каждая сторона в равной доле. При завершении дела дополнительные расходы распределяются между сторонами так же, как арбитражный сбор.

Издержки сторон — это расходы, которые несут стороны в связи с разбирательством дела, кроме указанных выше. Сторона, в пользу которой вынесено решение, может потребовать возложить на другую сторону возмещение понесенных ею в разумных пределах издержек, в частности расходов, связанных с защитой своих интересов через юридических представителей.

Решения международного коммерческого арбитража. Арбитражное разбирательство прекращается либо вынесением решения по существу спора, либо вынесением постановления о прекращении разбирательства. Постановление о прекращении выносится в трех случаях: когда истец отказывается от своих требований, когда стороны договорились о прекращении производства и когда арбитры придут к выводу, что продолжение разбирательства стало ненужным или невозможным (п. 2 ст. 32 Закона).

Решение по существу спора выносится составом арбитров на закрытом совещании большинством голосов, если стороны не договорились об ином порядке (арбитр, не согласный с принятым решением, может изложить в письменном виде свое особое мнение). Решение выносится в письменной форме и подписывается единоличным арбитром или составом арбитров. Резолютивная часть решения может быть объявлена сторонам устно; мотивированное решение должно быть отправлено сторонам в срок, не превышающий 30 дней. В согласованный сторонами срок, а при отсутствии такого соглашения в 30-дневный срок с момента вынесения арбитражного решения любая сторона может просить арбитраж вынести дополнительное решение по требованию, которое было заявлено в ходе разбирательства, но в решении не было отражено. Арбитраж при согласии с просьбой должен в течение 60 дней вынести дополнительное решение.

Решение международного коммерческого арбитража по существу спора является окончательным, не подлежит обжалованию.

Это принципиальное положение, относящееся к характерным особенностям международного коммерческого арбитража в мировой практике. Российское право также следует этому принципу. Так, Регламент МКАС устанавливает, что решения МКАС исполняются сторонами добровольно в установленный в решении срок; если срок исполнения в решении не указан, то оно подлежит немедленному исполнению (ст. 44). Решение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению в порядке, рассмотренном в предыдущем разделе.

Вместе с тем Закон о международном коммерческом арбитраже предусматривает возможность отмены арбитражного решения по ограниченному кругу оснований, которые не связаны ни с существом рассмотренного спора, ни с вопросами применения права. Согласно ст. 34 Закона заинтересованная сторона может обратиться с ходатайством о его отмене. *Такое ходатайство Закон рассматривает как исключительное средство оспариваний арбитражного решения.*

Отмена решения согласно п. 2 ст. 34 Закона входит в компетенцию судов общей юрисдикции, а именно: Верховного Суда республики в составе РФ, краевого, областного, городского суда, суда автономной области, автономного округа, на территории которого состоялся арбитраж. Ходатайство может быть заявлено стороной не позднее трех месяцев со дня получения ею арбитражного решения.

Решение может быть отменено лишь при наличии одного из оснований, исчерпывающий перечень которых дан в ст. 34 Закона. Они делятся на две группы: в первую входят основания, наличие которых должна доказать сторона, заявившая ходатайство; во вторую — основания, применяемые по инициативе суда. Основания для отмены практически совпадают с основаниями для отказа в принудительном исполнении арбитражного решения (при отказе в исполнении перечень оснований, входящих в первую группу, шире, так как он включает основания, связанные с возможной отменой решения).

Первая группа оснований для отмены арбитражного решения связана либо с арбитражным соглашением, либо с процессуальными правами сторон. Так, решение подлежит отмене, если сторона, заявившая ходатайство, докажет, что: арбитражное соглашение недействительно; или арбитраж вышел за пределы арбитражного соглашения (например, вынес решение по спору или по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением); или арбитражный состав либо арбитражная процедура не соответствуют арбитражному соглашению. Решение также подлежит отмене, если ходатайствующая сторона докажет, что арбитраж не обеспечил ее право на равное участие в процессе (например, она не

была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном слушании).

Согласно второй группе оснований арбитражное решение подлежит отмене в двух случаях: объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства или решение противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Оспаривание решений третейских судов новый АПК включил в число дел, подведомственных арбитражным судам (ст. 31), и определил порядок производства по этим делам (гл. 30). Согласно ст. 230 заявление об оспаривании решений третейских судов, в том числе международных коммерческих арбитражей, принятых на территории РФ, подается лицом, участвующим в деле, в арбитражный суд субъекта РФ, на территории которого принято решение. При этом сделана оговорка: если иное не установлено международным договором или федеральным законом. «Иное», как было рассмотрено выше, установлено Законом 1993 г. Следовательно, в настоящее время существуют две параллельные юрисдикции по делам об оспаривании решений международного коммерческого арбитража: в судах общей юрисдикции, указанных в п. 2 ст. 6 и в п. 2 ст. 34 Закона 1993 г., и в арбитражных судах, указанных в п. 3 ст. 230.

Однако АПК включил еще одну категорию решений международного коммерческого арбитража, оспаривание которых возложено на арбитражные суды. Эта категория решений не предусмотрена в Законе 1993 г., и, значит, оспаривание таких решений допустимо только по правилам АПК. Речь идет об иностранных арбитражных решениях, т. е. вынесенных на территории иностранного государства, но при принятии которых были применены нормы российского законодательства (п. 5 ст. 230). Такое оспаривание возможно только в случае, если это предусмотрено международным договором с участием России. Заявление подается в арбитражный суд субъекта РФ по месту жительства или по месту нахождения должника; если место жительства (нахождения) неизвестно — то по месту нахождения имущества должника. Возможность оспаривания подобного рода решений предусмотрена Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже 1961 г., участницей которой является Россия. Статья IX Конвенции устанавливает правовые основы для отмены арбитражного решения в двух случаях: отмена производится в государстве, где решение было вынесено, или в государстве, «по закону которого это решение было вынесено». Второй случай и является основанием для применения п. 5 ст. 230 АПК.

Арбитражный суд может отменить решение международного коммерческого арбитража только при наличии оснований, предусмотренных или международным договором, или федеральным законом (п. 4 ст. 233 АПК). Эти основания рассмотрены выше.

Определение арбитражного суда по делу об оспаривании решения может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца со дня вынесения определения.

20.6. Международный коммерческий арбитраж за рубежом

Арбитражный суд Международной торговой палаты (далее — МТП) является одним из наиболее авторитетных центров по рассмотрению международных коммерческих споров. МТП — это международная неправительственная организация, членами которой являются главным образом национальные комитеты (торговые, торгово-промышленные палаты). Она расположена в Париже. Здесь же находится и штаб-квартира Арбитражного суда. Особый статус МТП как международной организации обусловил некоторую специфику Арбитражного суда при ней. Те основные качества института международного коммерческого арбитража, которые делают его привлекательным для участников международной коммерческой деятельности, как-то: отстраненность его от национальной судебной и правовой системы, право сторон по собственному усмотрению назначать арбитров, определять место, язык и процедуру разбирательства, у Арбитражного суда МТП особенно выражены.

Порядок рассмотрения споров в Арбитражном суде МТП определяется его Регламентом, утверждаемом МТП. Последняя редакция Регламента действует с 1 января 1998 г.¹

Арбитражный суд МТП создан для рассмотрения международных коммерческих споров. Статья 1 Регламента предусматривает, что Арбитражный суд (далее — Суд) обеспечивает арбитражное рассмотрение коммерческих споров международного характера, возникающих в сфере делового оборота, но не конкретизирует, какие споры относятся к «международным». На практике *признак «международности» толкуется широко, как любой спор, каким-либо образом связанный с международной коммерческой деятельностью.* В последнее время арбитраж достаточно часто принимал к своему рассмотрению и споры, не имеющие международного оттенка, что нашло отражение в ст. 1: Суд может распространять свою юрисдикцию на споры, не носящие международного характера, если его юрисдикция предусмотрена в арбитражном соглашении. Причем количество «внутренних» дел, разбираемых в арбитраже, неуклонно растет. Одной из причин этого является рост популярности данного арбитражного института среди предпринимателей и юристов².

¹ См.: Регламенты международных арбитражных судов. М., 2001. С. 57 и след.

² См.: Laurence Graig & others. International Chamber of Commerce Arbitration. L., 1990. P. 170.

Обязательным условием юрисдикции Арбитражного суда МТП является наличие между сторонами арбитражного соглашения о передаче спора в этот арбитраж. Стороны могут обращаться к нему независимо от того, представлены ли их страны в МТП. В принципе Регламент не устанавливает каких-либо жестких требований к форме соглашения. При отсутствии документальных подтверждений существования арбитражного соглашения важно, чтобы ссылка на МТП была достаточно определена. Суд всегда примет дело к рассмотрению при наличии «недвусмысленной ссылки» на МТП. Суд также примет к рассмотрению спор без наличия арбитражного соглашения, если ответчик недвусмысленно даст согласие на проведение разбирательства, рассматривая обращение истца и согласие ответчика как арбитражное соглашение¹.

При отсутствии указания сторон все вопросы по организации слушаний и сбору доказательств решаются по усмотрению арбитров при условии соблюдения или строгой конфиденциальности. Арбитры вправе самостоятельно решать, какие правила подходят к конкретному делу. Вместе с тем такая свобода арбитров сочетается с определенным контролем за арбитражным процессом со стороны Арбитражного суда.

Международный арбитражный суд — это институционный арбитражный орган при МТП. Суд не рассматривает споры, он осуществляет определенные административные и контрольные функции при рассмотрении дел сформированным арбитражным составом с целью «обеспечения применения действующего Регламента». Суд возглавляется Председателем, функции которого могут осуществляться его заместителями. Помощь в деятельности Суда оказывает Секретариат Суда во главе с Генеральным секретарем.

Арбитражный процесс начинается подачей искового требования в Секретариат Суда. Оно может быть подано через национальный комитет заявителя либо непосредственно по месту нахождения Суда. Суд устанавливает *prima facie* (в порядке опровержимой презумпции) наличие арбитражного соглашения. Как и в любом международном коммерческом арбитраже, состав арбитров

¹ Ibid. P. 29. Регламент Арбитражного суда МТП рекомендует для включения в договор следующую арбитражную оговорку: «Любые споры, возникающие из настоящего контракта или в связи с ним, подлежат окончательному урегулированию в соответствии с Арбитражным регламентом Международной торговой палаты, одним или несколькими арбитрами, назначенными в соответствии с этим Регламентом».

Дополнительно в Регламенте напоминает сторонам, что желательно для них предусмотреть в самой арбитражной оговорке право, применимое к договору, число арбитров, место и язык арбитражного разбирательства. Свобода сторон в выборе права, применимого к договору, места и языка арбитражного разбирательства Арбитражным регламентом МТП не ограничена. Обращается внимание также на то, что законодательство ряда стран требует от сторон принятия арбитражной оговорки в прямо выраженной форме, иногда специально предусмотренным для этого способом.

(единоличный арбитр или коллегия арбитров), сформированный для рассмотрения конкретного дела, вправе выносить решение о своей компетенции. Но если одна из сторон оспаривает существование или действительность арбитражного соглашения или ответчик не направляет отзыв на исковое заявление, Суд передает это соглашение на рассмотрение арбитров, если убедится, что есть достаточные основания для признания его существующим *prima facie*. Окончательное решение о компетенции примут арбитры (п. 2 ст. 6 Регламента).

Арбитров (единоличного арбитра) назначают стороны. Причем не существует никаких списков арбитров, которыми руководствовались бы стороны при назначении арбитров. Любой специалист, которому сторона доверяет, может быть арбитром без какого-либо согласования с Арбитражным судом. Если стороны (сторона) не назначили своих арбитров, включая суперарбитра, то члены арбитражного состава назначаются Арбитражным судом. Суд, как правило, не назначает конкретных арбитров, а лишь решает, к какому национальному комитету следует обратиться, и запрашивает его рекомендацию. Правда, Суд имеет право и самостоятельно назначить арбитров (п. 6 ст. 2 Регламента). Он может не согласиться с рекомендацией национального комитета, если считает, что предложенная кандидатура не обладает необходимыми профессиональными качествами и опытом в сфере международного коммерческого арбитража. В таком случае процедура повторяется до тех пор, пока не будет предложена приемлемая кандидатура.

Арбитры, избранные сторонами, формально должны быть одобрены Судом, который требует от кандидатов в арбитры сообщить обо всех известных им обстоятельствах, способных повлиять на их независимость (п. 3—6 ст. 9 Регламента). Причины, по которым Суд одобрил или отверг кандидатуру арбитров, не сообщаются. Суд может вынести решение об отводе некомпетентных или недобросовестных арбитров и в процессе арбитражного разбирательства. В таких случаях процедура назначения арбитров повторяется.

До начала слушаний арбитры готовят акт о компетенции, в который включают перечень спорных вопросов, передаваемых на разбирательство, и основные процедурные правила его проведения. Акт подписывается сторонами и передается в Суд для утверждения. Формально Суд должен утверждать акт о компетенции только тогда, когда одна из сторон откажется его подписать (п. 3 ст. 18). На практике Суд проверяет этот акт и при наличии подписей сторон и дает рекомендации о необходимых поправках и изменениях. Суд не вмешивается в вопросы существа спора, его рекомендации касаются только процессуальных положений. Окончательное решение по предложенным поправкам и изменениям принимают арбитры.

Важную контрольную функцию выполняет Арбитражный суд МТП и при вынесении арбитражного решения по спору. Проект решения, подготовленный арбитрами (или единоличным арбитром), до его окончательного подписания передается в Арбитражный суд для проверки. Суд может внести изменения по форме решения, не затрагивая свободу арбитров в принятии решения. Суд может лишь «обратить внимание арбитров» на вопросы, касающиеся существа спора. Решение не подписывается, пока оно не было одобрено Судом по его форме. После утверждения Судом решение окончательно подписывается арбитрами и выдается сторонам. Подобная проверка решений Судом направлена на обеспечение возможности принудительного исполнения решения в той стране, где исполнение будет испрашиваться. Данная функция Суда осуществляется достаточно эффективно: по статистике МТП лишь 0,5% всех вынесенных Арбитражным судом решений было отвергнуто национальными судами.

Арбитражный суд играет также решающую роль при решении следующих вопросов:

— при определении места арбитражного разбирательства, если стороны не предусмотрели место проведения арбитража в соглашении. Суд вправе выбрать подходящее место проведения арбитражного разбирательства. Несмотря на то что штаб-квартира Арбитражного суда МТП находится в Париже, более 80% всех заседаний проводится в других государствах. Решение считается вынесенным в месте проведения разбирательства;

— при продлении процессуальных сроков. Так, Суд устанавливает окончательные сроки для представления сторонами своих первоначальных доказательств и замечаний по арбитражному соглашению или по исковым требованиям; Суд устанавливает окончательные сроки для представления Суду акта о компетенции и проектов решений, которые могут быть при необходимости продлены Судом.

Новый Регламент внес изменения в правила о праве, применимом при рассмотрении спора (ст. 27). Незыблемым остается автономия воли сторон: «Стороны свободны в достижении договоренности относительно закона, который должен применяться составом арбитража по существу спора». При отсутствии соглашения сторон арбитры применяют «нормы права, которые они сочтут подходящими»¹. Новый Регламент вообще не привязывает выбор права к коллизионным нормам; арбитры сами решают, какие нормы права они будут применять. Это могут быть нормы национального права одного или нескольких государств, это могут быть правовые нормы международных договоров, в том числе

¹ О толковании этой формулы см.: *Бардина М. П.* Определение права, применимого к существу спора, в практике МКАС // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража. М., 2002. С. 22—23.

не инкорпорированные в национальную систему. В любом случае речь идет о применении правовых норм. При этом арбитры принимают во внимание положения контракта и соответствующие торговые обычаи. Арбитраж может принять на себя полномочия дружеского посредника или решать спор *ex aequo et bono*, если стороны договариваются об этом.

Естественно, услуги Арбитражного суда МТП не бесплатны: стороны должны оплатить работу арбитров и нести все расходы, связанные с разбирательством дела. Арбитражные расходы обеспечиваются путем залога, вносимого сторонами до начала арбитражного разбирательства в равных долях. Окончательный расчет производится после вынесения решения.

Кроме Арбитражного суда при МТП создан механизм для рассмотрения споров в порядке согласительной процедуры. Этот порядок определяется Согласительным регламентом. При МТП создана Административная комиссия по согласительной процедуре, в которую подается просьба стороны о применении согласительной процедуры. Такая просьба, как и исковое требование, может быть передана через национальный комитет либо непосредственно в Комиссию (в штаб-квартиру МТП в Париже). Председатель Комиссии формирует согласительный комитет из трех членов, задачей которых является вынесение взаимоприемлемого для сторон спора решения.

Согласительная процедура не является обязательной стадией арбитражного разбирательства спора. Сторона может, не заявляя просьбы о согласительной процедуре, прямо обратиться к арбитражному рассмотрению спора. Сторона вправе передать спор в арбитраж и тогда, когда примирительный процесс окончился неудачей. В таком случае ни одно лицо, принимавшее участие в согласительном комитете, не может быть назначено арбитром.

Международный коммерческий арбитраж в Швеции. Наиболее представительным постоянно действующим арбитражем в Швеции, рассматривающим международные коммерческие споры, является Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты. Обращение к Стокгольмскому арбитражу довольно часто встречается в деловой практике российских предпринимателей. Более того, факультативная арбитражная оговорка, одобренная Торгово-промышленной палатой РФ, Стокгольмской торговой палатой и Американской арбитражной ассоциацией в 1992 г. для использования в сфере российско-американской торговли и инвестирования, предусматривает рассмотрение коммерческих споров в Стокгольме. Отсюда понятен интерес к этому арбитражу¹.

¹ Об арбитраже в Швеции подробнее см.: Международный коммерческий арбитраж в Швеции / Под ред. В. С. Позднякова. ТПП СССР. М., 1984; Кудряшов С. М. Институционный арбитраж в Стокгольме // Московский журнал международного права. 1995. № 3.

Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты был учрежден в 1917 г. В настоящее время действует на основе Закона об арбитраже от 4 марта 1999 г. Особенностью Закона является то, что он регулирует деятельность любого арбитража (третейского суда) в Швеции. Его нормы применяются и к международному коммерческому арбитражу. Вместе с тем в Закон включен дополнительный раздел, называемый «Международные вопросы», который содержит специальные нормы, касающиеся арбитражного разбирательства международных коммерческих споров. В соответствии с Законом Стокгольмской торговой палатой был принят новый Регламент Арбитражного института, который действует с 1 апреля 1999 г.¹

Институт имеет Правление из шести человек, назначаемых Советом директоров Торговой палаты. Возглавляется Правление Председателем и его заместителем (оба должны быть юристами). В составе института есть Секретариат, возглавляемый Генеральным секретарем. С помощью этих органов Арбитражный институт оказывает помощь в формировании арбитражного состава и организации арбитражного процесса. Институт обязан обеспечить конфиденциальность разбирательства и его проведение беспристрастно, экономно и без задержек (ст. 9 Регламента).

Шведское законодательство устанавливает компетенцию арбитража в самом общем виде: гражданско-правовые споры договорного характера. Обязательным условием рассмотрения дела в арбитраже является наличие арбитражного соглашения между сторонами о передаче своего спора в Арбитражный институт. Признаются как арбитражное соглашение в виде оговорки, включенной в текст основного международного коммерческого контракта, так и самостоятельное арбитражное соглашение².

Выбирая арбитраж в Швеции, стороны могут предусмотреть как формирование разового арбитража *ad hoc*, так и обращение в постоянно действующий Арбитражный институт. Шведское арбитражное законодательство предоставляет сторонам большую

¹ Новый Регламент см.: Регламенты международных арбитражных судов. М., 2001. С. 251 и след.

² Примерный текст арбитражного соглашения: «Любой спор, разногласие или претензия в связи с настоящим контрактом либо его нарушением, прекращением или недействительностью будут окончательно разрешены путем арбитража в соответствии с Регламентом арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма.

По мере необходимости сторонам рекомендуется дать следующие дополнения к оговорке:

Состав арбитража будет включать... арбитров (единоличного арбитра)

Место проведения арбитража...

Языком арбитражного разбирательства будет...

Типовая оговорка о применимом праве...

Настоящий контракт регулируется нормами материального права...».

свободу в выборе арбитражных процессуальных правил: они могут установить собственные арбитражные правила, обратиться к Регламенту Арбитражного института либо к любому другому действующему регламенту, например к *Регламенту ЮНСИТРАЛ* (в частности, отсылка к этому Регламенту, предусмотрена в российско-американской факультативной арбитражной оговорке 1992 г.). Согласно п. 1 ст. 20 Регламента состав арбитража определяет порядок ведения разбирательства в соответствии с условиями, установленными арбитражным соглашением и настоящим Регламентом, и с учетом пожеланий сторон.

Однако никакой выбор не означает уход от шведского процессуального и, в частности, арбитражного законодательства. Его императивные нормы будут применяться к разбирательству спора всегда, независимо от выбора сторон. Например, норма, согласно которой при наличии нескольких арбитров один из них непременно должен быть председателем сформированного арбитражного суда; или норма, предоставляющая стороне спора право при наличии сомнений в арбитражном соглашении обратиться в шведский суд; или норма о судьбе арбитражного соглашения при уступке прав и обязанностей по основному договору: при уступке «арбитражное соглашение применяется между оставшейся стороной и новой стороной только в случае, если они достигли соглашения об этом» (ст. 3 Закона). Тем самым юридическая самостоятельность арбитражного соглашения по отношению к основному договору проявляется еще в большей степени. Важной императивной нормой является норма Закона, предьявляющая требование к арбитру в беспристрастности. Согласно ст. 8 арбитр должен быть беспристрастным; по требованию стороны он должен быть отозван, если существует какое-либо обстоятельство, которое с определенной степенью вероятности может уменьшить доверие к его беспристрастности. Такие обстоятельства существуют всегда в следующих случаях: 1) если арбитр или лицо, близкое ему, является стороной или может извлечь пользу или получить прибыль от спора; 2) если арбитр или лицо, близкое ему, является директором компании или другой ассоциации, которая является стороной или иным образом представляет сторону или другое лицо, которое может извлечь пользу или получить прибыль от спора; 3) если арбитр занимает позицию в споре как эксперт или другим образом помогает стороне в подготовке или ведении ее дела в споре; 4) если арбитр получил или договорился о компенсации от стороны.

Арбитражное соглашение обладает юридической автономностью от основного контракта, что неоднократно признавалось в решениях Верховного суда Швеции. В то же время до арбитражного разбирательства или в процессе разбирательства сторона имеет право обратиться в суд с иском о признании недействительности арбитражного соглашения. В случае, если суд найдет

убедительными доказательствами этой стороны, он выносит распоряжение о запрете проведения арбитражного разбирательства.

Арбитражное соглашение определяет пределы компетенции сформированного состава арбитража. Арбитры не имеют права рассматривать вопросы, выходящие за его пределы. Если решение по такому вопросу все же будет вынесено, то заинтересованная сторона вправе оспорить его в судебном порядке.

Арбитражное разбирательство начинается с подачи исковых требований в секретариат Арбитражного института, в которых должны быть доказательства наличия арбитражного соглашения. Секретариат направляет иски ответчику и предлагает назначить своего арбитра. Ответчик направляет свои объяснения.

Большинство правил, определяющих арбитражную процедуру, носит диспозитивный характер и применяется только тогда, когда стороны не договорились об ином. Согласно Регламенту формируется арбитражный суд из трех человек, если только Институт, принимая во внимание сложность дела, цену спора и другие обстоятельства, не решит, что спор подлежит разрешению единоличным арбитром (п. 1 ст. 16 Регламента). Каждая сторона назначает своего арбитра. Третьего арбитра, который будет выполнять функции председателя сформированного суда, назначает Институт. Стороны при назначении арбитров не связаны со списком арбитров; арбитром может быть назначен гражданин любого государства. Есть одно императивное требование, предъявляемое к арбитру: он должен быть независимым и беспристрастным (ст. 17 Регламента). Вместе с тем Арбитражный институт может освободить назначенного арбитра, если тот либо фактически не может выполнять свои функции, либо выполняет свои функции ненадлежащим образом (ст. 19 Регламента). Это явление называется в Регламенте дисквалификацией арбитра, однако четких оснований для ее применения в Регламенте нет.

В арбитражном разбирательстве различаются три стадии: первая—предварительное слушание, на котором на основе материалов, представляемых в письменном виде, устанавливаются взаимные претензии и формулируются вопросы, подлежащие рассмотрению; вторая—основное слушание, осуществляемое в устной форме, на котором стороны доказывают свои позиции, заслушиваются свидетели; третья—окончательное слушание, на котором каждая сторона обобщает все факты, представляет все необходимые законодательные материалы той страны, на право которой она ссылается.

При решении вопроса, материальное право какого государства должно быть применено для разрешения спора, арбитраж прежде всего будет руководствоваться волей сторон (*lex voluntatis*), т. е. применит то право, которое стороны избрали. При отсутствии соглашения сторон арбитраж применяет закон или правовые нормы, которые он считает наиболее подходящими (ст. 24 Регламен-

та). Аналогичное правило, как было рассмотрено выше, содержится в Регламенте Международного арбитражного суда при МТП. Арбитраж может также разрешать спор по справедливости или в качестве мирового посредника, если стороны уполномочили его действовать таким образом.

Решение принимается большинством голосов арбитров, подписывается всеми арбитрами. Если арбитр, присутствующий при вынесении решения, не поставил свою подпись, решение считается действительным. Согласно Регламенту решение должно быть вынесено не позднее шести месяцев после того, как был сформирован состав арбитражного суда, продление срока возможно только по решению Арбитражного института. Решение арбитражного суда является окончательным и не подлежит пересмотру по существу. Но оно может быть оспорено стороной в течение трех месяцев со дня его получения. Иск против решения принимается Окружным судом по месту проведения арбитража; если место проведения арбитража не указано в арбитражном решении, иск может быть подан в Окружной суд Стокгольма. Решение может быть оспорено как по общепринятым мотивам (нарушения арбитражного соглашения и нарушения процессуальных прав сторон), так и по некоторым дополнительным основаниям. Например, оно может быть оспорено, если арбитры вынесли его по истечении периода времени, оговоренного сторонами; если арбитр не обладал квалификацией исполнять свои обязанности арбитра; если документ, на который полагались как на доказательство, был подделан или содержал намеренно недостоверную информацию и др.

СОДЕРЖАНИЕ

Условные обозначения	3
Предисловие	4

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 1. ПОНЯТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА	7
1.1. Предмет международного частного права	7
1.2. Коллизия права и общий метод международного частного права	14
1.3. Способы и формы правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом	17
1.4. Нормы международного частного права	25
1.5. Место международного частного права в юридической системе.	38
Глава 2. ИСТОРИЯ РОССИЙСКОЙ НАУКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА	41
2.1. Развитие науки международного частного права в дореволюционной России	41
2.2. Проблемы международного частного права в трудах российских ученых-эмигрантов (1918—1939 гг.)	50
2.3. Отечественная наука международного частного права в послеоктябрьский период	58
Глава 3. ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА.	68
3.1. Понятие и виды источников международного частного права.	68
3.2. Российское законодательство по международному частному праву.	69
3.3. Законодательство зарубежных стран.	79
3.4. Роль международных договоров в развитии международного частного права.	84
3.5. Обычай как источник международного частного права. Судебная и арбитражная практика. Доктрина	94
Глава 4. УНИФИКАЦИЯ И ГАРМОНИЗАЦИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ	101
4.1. Унификация права	101
4.2. Гармонизация права	112
Глава 5. КОЛЛИЗИОННЫЕ НОРМЫ.	117
5.1. Понятие коллизионных норм	117
5.2. Виды коллизионных норм	120
5.3. Основные формулы прикрепления.	125
Глава 6. ОБЩИЕ НАЧАЛА ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ	138
6.1. Проблемы, связанные с применением коллизионных норм.	139
6.1.1. Обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства	139
6.1.2. Конфликт квалификаций	150
6.2. Проблемы, связанные с применением иностранного права.	163
6.2.1. Общий подход к пониманию иностранного права	163
6.2.2. Установление содержания иностранного права	167
6.2.3. Применение и толкование иностранного права	171
6.2.4. Ограничение применения иностранного права	178

ЧАСТЬ ВТОРАЯ. СУБЪЕКТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Глава 7. ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ	195
7.1. Правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства	195
7.2. Коллизионные вопросы дееспособности иностранцев	200
7.3. Ограничение и лишение дееспособности иностранцев	206
7.4. Безвестное отсутствие и объявление лица умершим	210
7.5. Правовое положение иностранцев в Российской Федерации	213
Глава 8. ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ	221
8.1. Основы правового положения юридических лиц: «национальность» и «личный статус»	221
8.2. Основные доктрины определения личного статуса	223
8.3. Проблема «международных юридических лиц»	233
8.4. Международные организации в международном частном праве	238
8.5. Осуществление иностранными юридическими лицами хозяйственной деятельности	240
8.6. Правовое положение иностранных юридических лиц в Российской Федерации	243
Глава 9. ГОСУДАРСТВО - СУБЪЕКТ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА	248
9.1. Особенности правового положения государства как субъекта международного частного права	248
9.2. Понятие и содержание юрисдикционного иммунитета государства	255
9.3. Виды иммунитета государства и их правовое регулирование	262
ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ. ИНСТИТУТЫ И ПОДОТРАСЛИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА	
Глава 10. СОБСТВЕННОСТЬ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ	273
10.1. Особенности правового регулирования отношений собственности в международном частном праве	273
10.2. Коллизионные вопросы права собственности	275
10.3. Правовое регулирование иностранных инвестиций	279
10.4. Правовое положение иностранных инвестиций в свободных экономических зонах	290
10.5. Правовое положение российской собственности за рубежом	294
Глава 11. ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	297
11.1. Авторское право в международном частном праве	300
11.1.1. Основные международные договоры об охране авторских и смежных прав	300
11.1.2. Международно-правовая охрана авторских прав	302
11.1.3. Международная охрана авторских прав и развивающиеся страны	315
11.1.4. Международно-правовая охрана смежных прав	317
11.1.5. Охрана авторских и смежных прав в сети Интернет	323
11.2. Промышленная собственность в международном частном праве	328
11.2.1. Основы международно-правовой охраны промышленной собственности	328

11.2.2.	Международно-правовая охрана прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы.	334
11.2.3.	Международно-правовая охрана прав на средства индивидуализации.	343
11.2.4.	Международно-правовая охрана прав на средства индивидуализации в сети Интернет.	352
Глава 12. ДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ		356
12.1.	Понятие договорных обязательств международного характера	356
12.2.	Особенности правового регулирования внешнеэкономических сделок	366
12.2.1.	Характерные черты правового регулирования внешнеэкономических сделок	366
12.2.2.	Международное право в регулировании внешнеэкономических сделок	369
12.2.3.	Решения Совета Безопасности ООН и внешнеэкономические сделки.	371
12.3.	Коллизионные вопросы внешнеэкономических сделок	374
12.3.1.	Обязательственный статут.	374
12.3.2.	Автономия воли (lex voluntatis).	377
12.3.3.	Закон наиболее тесной связи — Proper Law и другие коллизионные правила.	385
12.4.	Форма внешнеэкономических сделок.	393
12.5.	Договор международной купли-продажи.	398
12.6.	Внеэкономические сделки с коммерческим финансированием.	407
12.7.	Договор международного подряда.	412
12.8.	Обычаи международной торговли. Lex mercatoria.	414
12.9.	Электронная торговля.	432
Глава 13. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПЕРЕВОЗКИ ГРУЗОВ И ПассажиРОВ		439
13.1.	Организация международных перевозок	439
13.2.	Международные железнодорожные перевозки.	442
13.3.	Международные морские перевозки.	446
13.4.	Международные воздушные перевозки.	457
13.5.	Международные автомобильные перевозки.	463
13.6.	Международные речные перевозки.	466
13.7.	Международные смешанные перевозки грузов	468
Глава 14. ДЕНЕЖНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И РАСЧЕТНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ		470
14.1.	Международные денежные обязательства и валютные операции	470
14.2.	Международные расчетные правоотношения.	481
14.2.1.	Правовые основы международных расчетов	481
14.2.2.	Правоотношения по документарному аккредитиву.	484
14.2.3.	Правоотношения по документарному инкассо.	488
14.2.4.	Авансовый платеж и платежи по открытому счету.	490
14.3.	Банковские гарантии в международных денежных обязательствах.	492
14.4.	Вексель в международных расчетах.	495
14.5.	Чек в международных расчетах	502
Глава 15. ВНЕДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ		506
15.1.	Коллизионно-правовое регулирование внедоговорных обязательств в современном международном частном праве.	506

15.2.	Международно-правовое регулирование деликтных и иных внедоговорных отношений.	512
15.3.	Регулирование внедоговорных обязательств международного характера в Российской Федерации.	517
Глава 16. НАСЛЕДСТВЕННЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ 525		
16.1.	Коллизионно-правовое регулирование наследственных отношений международного характера.	525
16.2.	Международные договоры как средство регулирования наследственных отношений.	531
16.3.	Правовое регулирование наследственных отношений международного характера в Российской Федерации.	534
16.4.	Вопросы налогообложения в наследственных отношениях международного характера.	543
Глава 17. ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ 547		
17.1.	Коллизионные принципы в сфере международных трудовых отношений.	547
17.2.	Международно-правовое регулирование условий труда иностранцев.	549
17.3.	Трудовые права мигрантов и иностранцев.	555
17.4.	Трудовые права российских граждан за рубежом.	562
17.5.	Правовое регулирование труда персонала межправительственных организаций.	565
Глава 18. БРАЧНО-СЕМЕЙНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ 572		
18.1.	Особенности правового регулирования брачно-семейных отношений международного характера.	572
18.2.	Коллизионные вопросы заключения и расторжения брака в Российской Федерации.	576
18.3.	Коллизионные вопросы взаимоотношений между супругами и другими членами семьи.	581
18.4.	Защита прав и интересов детей в международном частном праве	583
ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ		
Глава 19. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС 589		
19.1.	Понятие международного гражданского процесса.	589
19.2.	Международная подсудность.	591
19.3.	Процессуальное положение иностранцев.	603
19.4.	Оказание правовой помощи. Исполнение иностранных судебных поручений.	608
19.5.	Исполнение судебных решений.	616
Глава 20. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ 627		
20.1.	Понятие и правовая природа международного коммерческого арбитража	627
20.2.	Международно-правовые основы международного коммерческого арбитража	633
20.3.	Арбитражное соглашение.	640
20.4.	Исполнение иностранных арбитражных решений.	652
20.5.	Международный коммерческий арбитраж в России.	660
20.6.	Международный коммерческий арбитраж за рубежом.	675

Учебное издание

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Учебник

Подписано в печать 15.10.2003. Формат 60 x 90/16.
Печать офсетная. Печ. л. 43. Доп. тираж 10 000 экз. Заказ 602.

ООО «ТК Велби»
107120, г. Москва, Хлебников пер., д. 7, стр. 2.

Отпечатано в полном соответствии
с качеством предоставленных диапозитивов
в ОАО «Можайский полиграфический комбинат».
143200, г. Можайск, ул. Мира, 93.