



**Дагестанский
государственный
университет народного
хозяйства**

Абукарова Мейрам Узеровна

Кафедра государственно-правовых дисциплин

**Учебное пособие
(курс лекций)
*по дисциплине***

«Международное частное право»

**для направления подготовки «Юриспруденция»,
профилей «Гражданское право», «Уголовное право»**

Махачкала-2020

УДК 35.(075.8)
ББК 66.033.141

*Печатается по решению Учебно-методического совета
Дагестанского государственного университета народного хозяйства*

Составитель: Абукарова Мейрам Узеровна, преподаватель
кафедры государственно-правовых дисциплин ДГУНХ

Внутренний рецензент: Ибаев Рустам Камилович, кандидат
экономических наук, доцент кафедры государственно-правовых
дисциплин ДГУНХ

Внешний рецензент: Салманова Амина Казимагомедовна, кандидат
исторических наук, начальник отдела Управления Министерства юстиции
Российской Федерации по РД

Представитель работодателя: Зейналов Марат Магомедович,
кандидат юридических наук, доцент, начальник отдела Управления
Министерства юстиции Российской Федерации по РД

Абукарова М.У. Учебное пособие (курс лекций) по дисциплине
«Международное частное право» для направления подготовки
«Юриспруденция», профилей «Гражданское право», «Уголовное право». -
Махачкала: ДГУНХ, 2020.- 340 с.

В учебном пособии 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. Учебное пособие подготовлено 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.

© Дагестанский государственный институт народного хозяйства. 2020.

©Абукарова М.У. 2020.

Введение

Международное частное право как отрасль права существует вот уже второе столетие. Активное участие государства и российских компаний в развитии мировой экономики требует новых правовых подходов и высококлассных специалистов-профессионалов в области международного частного права.

Основной целью курса является обеспечение профессиональной подготовки юристов, отвечающих современным квалификационным требованиям, в ходе многоаспектного изучения в теоретическом и практическом ключе вопросов регулирования гражданско-правовых отношений с иностранным элементом в коллизионной и материально-правовой сферах, а также в области международного гражданского процесса.

При этом курс направлен преимущественно на изучение международного частного права России и ознакомление студентов с основными отечественными школами, ведущими доктринами и их авторами. Однако в ходе курса рассматриваются и важнейшие институты международного частного права иностранных государств таких как Германия, Австрия, Франция, США.

Реализация данной программы должна способствовать:

- систематизации обширного материала;
- получению студентами наиболее полных знаний по предмету и пробудить интерес к изучению данной дисциплины;
- обеспечению теоретического обоснования практики работы предприятий и организаций, судов, нотариатов, международного коммерческого арбитражного суда и морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате РФ, других арбитражных судов;
- формированию целостного представления по практическому изменению нормативного материала по международному частному праву;
- умению студентов ориентироваться в законодательстве и международных договорах, а также применять их нормы на практике.

Лекция 1. Понятие, предмет и система международного частного права

1. Наименование и понятие международного частного права.
2. Значение и тенденции развития международного частного права в современных условиях.
3. Содержание отношений и природа норм международного частного права.
4. Система международного частного права.

1. Наименование и понятие международного частного права

Международное частное право - это самая непонятная юридическая дисциплина. Ее название (*private international law*) было впервые предложено американским автором Джозефом Стори в 1834 г. В Европе это название стало повсеместно применяться начиная с 40-х гг. XIX в. (*droit international prive*, *Internationales Privatrecht*, *diritto internazionale privato*, *derecho international privato*). В западной литературе было предложено более 20 других названий (например, межгосударственное частное право), но все они признания не получили. Первая оригинальная работа в России Н.П. Иванова, посвященная этому предмету, была издана в 1865 г. в Казани под названием "Основания частной международной юрисдикции".

Непонятностью для широких кругов названия и самого содержания этого предмета объясняется появление в начале прошлого века в России научно-популярной брошюры С.В. Рождественского "Два этюда" (1916), в которой автор пытался объяснить читателю в одном из этих "этюдов", как устроен человеческий глаз, а в другом - что такое так называемое частное международное право. Мне уже приходилось приводить и другой анекдотический факт непонимания этого предмета: когда одна из героинь романа М. Алданова "Пещера" сказала, что она после окончания юридического факультета хочет заняться подготовкой работы по международному частному праву, другая спросила ее: "Это что еще за мура такая?" Конечно, в современных условиях интернационализации хозяйственной жизни, усиления взаимозависимости государств, научно-технической и информационной революции, невиданной ранее миграции населения эта юридическая дисциплина приобрела во всем мире не только теоретическое, но и большое практическое значение. В самом названии предмета, на что обращалось внимание в современной отечественной литературе, слово "частное" является определяющим. Частное право следует понимать в широком смысле этого слова, речь идет не об

отношениях "по вертикали" (например, между государством и гражданином), а об отношениях "по горизонтали". Международное частное право, так же как гражданское, семейное и трудовое, регулирует имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на началах равенства сторон.

Однако существует одно принципиальное отличие между частноправовыми отношениями, регулируемыми нормами внутреннего права, и аналогичными отношениями, регулируемыми нормами международного частного права. Поясним это на примере семейно-правовых отношений. Заключение брака между гражданами одного и того же государства в какой-либо стране полностью регулируется нормами семейного права страны, в которой заключается брак. Однако если один из вступающих в брак - гражданин иностранного государства, то это уже отношения, регулируемые нормами международного частного права.

С большей степенью условности можно выделить три группы возникновения отношений такого рода:

1) один из субъектов отношений является иностранным физическим или юридическим лицом (например, российская компания и немецкая организация заключают контракт о поставке нефти, турецкая фирма участвует в строительстве объекта в России);

2) объект отношения (имущество, авторские права) находится на иностранной территории (например, имущество, которое должно перейти по наследству к гражданину Армении, находится в США; роман "Доктор Живаго" Бориса Пастернака впервые публикуется не в Советском Союзе, а в Италии);

3) юридический факт, с которым связано возникновение, изменение или прекращение правоотношений, происходит за границей: причинение вреда, смерть физического лица, регистрация фирмы и т.п. (например, самолет военно-воздушных сил США повредил подъемник на горнолыжном курорте в Италии, в результате чего погибло 20 туристов).

Как отмечалось в нашей литературе, в конкретном правоотношении подобные варианты могут присутствовать в любых сочетаниях, включая и случаи, когда все три изложенные выше схемы воплощаются в одной практической ситуации (например, два брата, имеющие российское гражданство, вступают в спор между собой и со своим родственником, проживающим в Израиле, из-за наследства, открывшегося в Германии после смерти их отца). Тем не менее в составе правоотношения достаточно наличия хотя бы одного из указанных элементов, чтобы оно имело иностранный, или международный, характер. Термин "международный характер" сам по себе условен, более правильным было

бы говорить о наличии какого-то иностранного элемента в частноправовых отношениях.

Применительно к гражданско-правовым отношениям новое российское законодательство (часть третья ГК РФ) пошло именно по этому пути. Так, в ст. 1186 ГК говорится о гражданско-правовых отношениях с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовых отношениях, осложненных иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей. Являются ли приведенные выше отношения международными? С правовой точки зрения - нет, потому что в международном праве под международными отношениями понимаются прежде всего межгосударственные отношения. В международном частном праве речь идет об отношениях между субъектами различных государств (физическими и юридическими лицами), если же государство становится субъектом таких отношений, то эти его отношения будут регулироваться нормами международного частного права (см. гл. 6). Они так же, как и другие отношения в сфере международного частного права, не будут иметь властного характера. В отечественной литературе отношения, регулируемые нормами международного частного права, обычно определяются как совокупность частноправовых отношений особого рода, возникающих в условиях международного общения, или как система отношений частноправового характера с иностранным элементом. Таким образом, можно прийти к выводу, что термин "международное" в названиях "международное право" и "международное частное право" не следует понимать однозначно.

Этот вывод ни в коей мере не умаляет роли международного права, его общепризнанных принципов и норм для регулирования соответствующих отношений в сфере международного частного права. Включение в Конституцию РФ (ч. 4 ст. 15) положений о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы, означает, что, во-первых, открывается возможность для судов и других органов государства применять непосредственно нормы международного права, во-вторых, заинтересованные физические и юридические лица могут ссылаться непосредственно на эти нормы при разрешении споров.

Возвращаясь к вопросу о наименовании, отметим, что одним и тем же термином "международное частное право" обозначаются и система норм (отрасль права), и отрасль правоведения. По сравнению с названиями других отраслей права название "международное частное право" не является общепризнанным.

Все три элемента данного названия часто оспариваются. Одни авторы утверждают, что это не международное, а внутреннее право (см. § 3 этой главы), другие указывают, что это не частное право, и, наконец, есть и такие, которые считают, что это вообще не право, а чисто технические правила о выборе законодательства. Последнее утверждение, в отличие от первых двух, не имеет какой-либо серьезной основы (см. гл. 3).

Приведем в качестве примера высказывание по поводу этого наименования из учебника Г. Кегеля и К. Шуринга: название "международное частное право" явно неточно. Речь идет не о международном, а о национальном (внутригосударственном) праве, и не о материальном частном праве, а о праве коллизионном. Однако сущность это название выражает достаточным образом.

В прошлом в советской юридической литературе также были высказаны возражения против термина "международное частное право" со ссылкой на отсутствие деления всего права на публичное и частное.

Однако несмотря на несоответствие названия "международное частное право" тем отношениям, которые оно регулировало в СССР, этот термин неизменно сохранялся и применялся и в учебной, и в научной литературе. В настоящее время это название общепринято в России и других государствах - участниках СНГ.

2.Значение и тенденции развития международного частного права в современных условиях

Значение международного частного права возрастает прежде всего в связи с интернационализацией хозяйственной жизни. Для современного мира характерна экономическая взаимозависимость государств, расширение не только традиционных форм внешнеэкономических связей, но и таких сравнительно новых форм, как лизинговые операции, франчайзинг и др. Иностранные капиталовложения активно участвуют в экономике различных стран, развивается промышленное и научно-техническое сотрудничество, возникают новые и совершенствуются старые формы участия иностранных компаний в строительстве различных объектов, освоении природных ресурсов.

Создание всемирной компьютерной сети и других технических достижений в области информатики поставило перед международным частным правом ряд совершенно новых проблем, связанных с охраной авторских прав, поскольку электронное копирование и распространение информации стало осуществляться в широких масштабах.

Технический прогресс делает возможным транснациональное использование информационных данных, достижений науки, техники и культуры, а успехи в освоении космоса - коммерциализацию космоса; однако отрицательные последствия научно-технического прогресса, загрязнение окружающей среды не могут быть ограничены пределами территории какого-либо одного государства (например, трагедии в Чернобыле и Бхопале).

Для международного частного права большую роль играет гуманизация международных отношений. В центре внимания всех государств - участников международного общения должны быть человек, его заботы, права и свободы. Защита прав человека - одна из задач международного частного права.

Взаимозависимость государств находит свое выражение в расширении сотрудничества в самых различных сферах, в резко увеличившемся объеме общения и контактов между людьми независимо от их гражданства и места проживания.

Расширение и углубление международной унификации норм права потребует при дальнейшем совершенствовании внутреннего регулирования более тщательного учета норм международных соглашений. Тенденцией развития международного частного права в современных условиях во всем мире является кодификация коллизионных и материальных норм международного частного права, которая осуществляется либо путем создания специальных законов о международном частном праве, либо путем кодификации международно-правовых норм прежде всего в сфере гражданского и гражданско-процессуального законодательства. Обновление законодательства либо принятие полностью новых актов призвано способствовать активной интеграции государства в мировую экономику.

Интерес к международному частному праву в России объясняется рядом специфических причин:

- выход на международный рынок широкого круга предприятий и организаций во многих субъектах РФ;
- расширение процессов трудовой миграции;
- расширение самых различных контактов российских граждан с иностранцами, порождающих правовые последствия;
- вступление России в Совет Европы, в ряд международных организаций, подготовка вступления России во Всемирную торговую организацию (ВТО);
- возможность использования норм международного частного права для большего обеспечения прав бывших граждан Советского Союза, оказавшихся не по своей воле в тяжелом положении за пределами России;

- резкое увеличение в государственных и третейских судах дел с иностранным участием.

Интеграция России в мировую экономику делает необходимым:

- дальнейшее совершенствование международных договоров, а главное - более эффективное использование их положений для защиты за рубежом экономических интересов государства в целом, российских предприятий и российских граждан;

- создание стабильного правового климата для иностранных инвестиций в нашей стране;

- приведение ее внутреннего законодательства в соответствие с нормами и правилами ВТО.

Особое значение имеет принятие третьей части Гражданского кодекса РФ, содержащей развернутую систему норм международного частного права, отражающей современные тенденции в этой области и восполняющей существенные пробелы предшествующего законодательства. Не следует, однако, исключать и возможности принятия в будущем специального закона о международном частном праве и международном гражданском процессе, а также присоединения России к ряду универсальных международных соглашений в области международного частного права и/или их ратификации. Приоритетным для нашей страны остается использование принципов и норм международного частного права для обеспечения эффективной защиты прав и законных интересов наших граждан и соотечественников в государствах СНГ, Балтии, а также в других странах.

В связи с проведением судебной реформы в нашей стране важной задачей стало решение ряда проблем процессуального характера, и прежде всего совершенствование международной правовой помощи и создание системы взаимного признания и исполнения иностранных судебных решений, а также решений международных коммерческих арбитражных судов.

3.Содержание отношений и природа норм международного частного права

Отвечая на вопрос, о каких отношениях, регулируемых нормами международного частного права, идет речь, обычно говорят о двух основных группах. Первая - экономические, хозяйственные, научно-технические и культурные отношения в той их части, которая подпадает под действие норм международного частного права. В данном случае задача международного частного права состоит в регулировании деловых связей организаций и фирм различных стран. Особое значение

приобретает для России создание благоприятного климата для иностранных инвестиций, содействие экономической интеграции со странами СНГ.

Вторая - отношения с участием иностранцев, затрагивающие их имущественные и личные неимущественные, семейные, трудовые и другие права частноправового характера. Речь идет, например, о создании гарантий и обеспечении прав в случаях заключения смешанных браков (а их число растет), и особенно защиты интересов усыновленных детей. Таким образом, нормы международного частного права определяют правовое положение иностранных граждан в России и российских граждан за рубежом. Для российского государства и его органов особую актуальность имеет использование норм и принципов международного частного права для защиты законных прав и интересов россиян, проживающих за рубежом. Известно, что всесторонняя защита прав и интересов российских граждан и соотечественников за рубежом - это одна из основных целей внешней политики нашего государства. Нормы, регулирующие эти отношения, входят в состав международного частного права.

Нормы международного публичного и международного частного права служат одной и той же цели - созданию правовых условий развития международного сотрудничества в различных областях. Общее состоит в том, что в обоих случаях речь идет о международных отношениях в широком смысле этого слова, т.е. отношениях, выходящих за пределы одного государства, связанных с двумя или несколькими государствами. Но нормы международного частного права регулируют не публично-правовые, а частноправовые отношения. "Международное" оно лишь в том смысле, что регулирует отношения, осложненные иностранным элементом (И.И. Лукашук).

Первое отличие международного частного права от международного публичного права касается самого содержания регулируемых отношений. В международном публичном праве главное место занимают политические взаимоотношения государств - вопросы обеспечения мира и международной безопасности, суверенитета государств, невмешательства, проблемы разоружения. Удельный вес правовых вопросов международной торговли, вопросов урегулирования экономического сотрудничества в международном публичном праве все время возрастает, что позволяет говорить о формировании международного экономического права. Но регламентируемые им отношения носят не гражданско-правовой, а межгосударственный характер. Что же касается международного частного права, то оно регулирует особую группу частноправовых отношений, которые имеют международный характер. Это, прежде всего,

имущественные отношения. Наряду с имущественными отношениями в международном обороте возникают и связанные с ними неимущественные отношения (например, в области авторского и патентного права), которые также относятся к сфере регулирования международного частного права.

С отличием по предмету регулирования международного публичного и международного частного права тесно связано второе отличие - по субъектам отношений. Основными субъектами международного публичного права являются государства. Признается также правосубъектность межгосударственных организаций, которые являются вторичными (производными) субъектами. В международном же частном праве основным субъектом является не государство, хотя государство и может выступать в этом качестве, а отдельные лица - физические и юридические. Физические лица - это граждане, а юридические лица - это государственные организации, акционерные общества, частные фирмы, предприятия, научно-исследовательские и иные организации.

Отношения между государствами - сфера международного публичного права, в то время как отношения между юридическими лицами и гражданами государств - сфера международного частного права. Когда государства заключают договоры о торговле и мореплавании, то между ними устанавливаются отношения международного публичного права, а когда наши организации и предприятия заключают внешнеторговые сделки с иностранными фирмами, то возникают уже отношения международного частного права.

Таким образом, в международном частном праве сторонами в отношениях могут быть как граждане, так и юридические лица. Бывают случаи, когда и государство как таковое становится субъектом соответствующих отношений, но эти случаи не являются для международного частного права типичными. Если государство выпускает заем или предоставляет концессию, оно непосредственно участвует в этих отношениях. Государство может также явиться наследником имущества, которое осталось за границей. Но в подавляющем большинстве случаев в качестве субъекта международного частного права выступают граждане или юридические лица различных государств.

4. Система международного частного права

В настоящем параграфе рассматривается система международного частного права как учебного курса и как отрасли правовой науки. Ранее уже указывалось, что предметом международного частного права является регулирование гражданско-правовых отношений с иностранным

элементом. Этим предопределяются последовательность изложения материала, система деления курса на соответствующие разделы. Она близка к системе построения учебников и курсов гражданского права, хотя и не совпадает с ней.

Учебный курс международного частного права делится на две части: Общую и Особенную. В Общей части рассматриваются вопросы, которые имеют значение для международного частного права в целом, вопросы, которые могут быть, так сказать, вынесены за скобки при анализе норм и институтов, составляющих содержание отдельных тем Особенной части. Общую часть составляет рассмотрение источников международного частного права, ряда общих понятий и принципов, прежде всего методов регулирования, национального режима и режима наибольшего благоприятствования, принципа взаимности, правил о квалификации юридических понятий, об обратной отсылке и отсылке к закону третьей страны, об оговорке о публичном порядке, о действии так называемых свехимперативных норм в международном частном праве. К Общей части следует отнести и рассмотрение правового положения субъектов гражданско-правовых отношений с иностранным элементом, государства как особого субъекта таких отношений, иностранных юридических лиц и иностранных граждан.

Особенная часть обычно состоит из следующих разделов: 1) право собственности; 2) обязательственное право, и прежде всего договор купли-продажи товаров и договор перевозки; 3) кредитные и расчетные отношения; 4) обязательства из правонарушений; 5) право интеллектуальной собственности; 6) семейное право; 7) наследственное право; 8) трудовые отношения; 9) международное гражданское процессуальное право; 10) рассмотрение споров в международных третейских судах. Вопросам международного процессуального права, в состав которого входят и проблемы трансграничного банкротства, а также третейскому разбирательству уделяется в Особенной части большое внимание. Это вопросы процессуального положения сторон, иностранных граждан и лиц без гражданства, юридических лиц иностранного государства, вопросы подсудности, исполнения судебных поручений, признания и исполнения иностранных судебных решений.

Господствующая точка зрения не относит нормы процессуального характера, регулирующие отношения сторон, к составу норм международного частного права (см. об этом подробнее в § 1 гл. 18), поскольку суд (имеются в виду только государственные суды) - это орган государства, и отношения суда со сторонами - это отношения публично-правового характера. Но в современных условиях все более существенное значение приобретает принцип состязательности и принцип господства

сторон в споре (они часто определяют подсудность, играют значительную роль в представлении доказательств). В международных договорах о правовой помощи одновременно регулируются вопросы применения права к соответствующим отношениям (коллизионные вопросы) и вопросы подсудности, т.е. определения того, суд какого государства будет рассматривать спор. Это объясняется тем, что на практике в случае возникновения спора между сторонами определению применимого права всегда предшествует решение процессуальных вопросов, и прежде всего вопроса о подсудности. В этом проявляются связи коллизионных и процессуальных норм в данной сфере. Особенно ярко такая связь видна в широко распространенном в мировой практике обращении к третейскому суду как органу для рассмотрения спора. В этом случае властные отношения вообще отходят на второй план, поскольку орган для рассмотрения спора и, соответственно, порядок рассмотрения избираются сторонами.

Примером проявления этой тенденции является заключение государствами - членами Содружества Независимых Государств Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (Минская конвенция), а также новой редакции этой Конвенции (Кишиневская конвенция 2002 г.).

В этих Конвенциях разделы и части о личном статусе физических лиц, семейных делах, имущественных правоотношениях, наследовании содержат прежде всего положения о праве, подлежащем применению, а затем о том, суд (или иной орган) какого государства обладает компетенцией в соответствующем случае.

Контрольные вопросы по теме:

1. Охарактеризуйте предмет, методы экологического права
2. Каковы тенденции развития международного частного права в современных условиях?
3. Раскройте систему международного частного права

Лекция 2. Источники международного частного права.

1. Виды источников международного частного права.
2. Международные договоры.
3. Внутреннее законодательство.
4. Судебные прецеденты и судебная практика.
5. Обычай.
6. Роль доктрины международного частного права.

1. Виды источников международного частного права

В юридической науке, когда говорят об источниках права, имеют в виду формы, в которых выражена та или иная правовая норма. Источники международного частного права имеют определенную специфику. В области международного частного права очень большое значение придается тем правовым нормам и правилам, которые предусмотрены в различных международных договорах и соглашениях.

Основных видов источников в международном частном праве четыре: 1) международные договоры; 2) внутреннее законодательство; 3) судебная и арбитражная практика; 4) обычаи.

Удельный вес видов источников международного частного права в разных государствах неодинаков. Кроме того, в одной и той же стране в зависимости от того, о каких правоотношениях идет речь, применяются нормы, содержащиеся в различных источниках.

В доктрине неоднократно указывалось, что основная особенность источников международного частного права состоит в их двойственном характере. С одной стороны, источниками являются международные договоры и международные обычаи, а с другой - нормы законодательства и судебная практика отдельных государств и применяемые в них обычаи в области торговли и мореплавания. В первом случае имеется в виду международное регулирование (в том смысле, что одни и те же нормы действуют в двух или нескольких государствах), а во втором - регулирование внутригосударственное. Двойственность источников не означает возможность разделения международного частного права на две части; предметом регулирования в обоих случаях являются одни и те же отношения, а именно гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом.

Как решается в России вопрос о соотношении международного договора и внутреннего закона?

Согласно Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры являются составной

частью ее правовой системы. Если международным договором установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

Такое же правило содержится и в ряде других законодательных актов, имеющих отношение к области международного частного права, что подчеркивает значение международного договора для регулирования соответствующих отношений. В соответствии с распространенной точкой зрения данное положение понимается как норма, которая разрешает коллизию между двумя внутригосударственными нормами. Одна из них - какое-либо правило общего характера, содержащееся во внутреннем законодательстве, а вторая - специальное изъятие из нее, вытекающее из заключенного государством международного договора. Именно этой второй норме отдается предпочтение.

Согласно п. 2 ст. 7 ГК РФ к отношениям, регулируемым гражданским законодательством, международные договоры применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта. Если международным договором РФ установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила международного договора. Предписания международных договоров имеют приоритет не только перед нормами гражданского законодательства (под которыми ст. 3 ГК РФ понимает Гражданский кодекс и принятые в соответствии с ним иные федеральные законы), но и перед правилами других правовых актов и всеми другими нормами гражданского права РФ. Аналогичное правило о приоритете положений международных договоров предусмотрено в СК РФ, ГПК РФ, АПК РФ и в ряде других законов, в которых содержатся нормы международного частного права.

Вступившие в силу для Российской Федерации международные договоры, если только решение о согласии на их обязательность принято в форме федерального закона, подлежат официальному опубликованию в Собрании законодательства РФ. Официальное опубликование международных договоров (кроме договоров межведомственного характера) должно осуществляться также в Бюллетене международных договоров. Международные договоры межведомственного характера публикуются по решению федеральных органов исполнительной власти, от имени которых заключены договоры, в официальных изданиях этих органов (ст. 30 Закона о международных договорах 1995 г.).

Пункт 3 ст. 5 Закона о международных договорах 1995 г. допускает непосредственное применение официально опубликованных международных договоров РФ при условии, если для этого не требуется

издания специального государственного акта. При этом "непосредственно" означает в данном случае действие международного договора в качестве составной части системы российского законодательства.

С учетом приведенных положений Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 31 октября 1995 г. "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" разъяснил, что суд при рассмотрении дела не вправе применять нормы закона, т.е. российского национального акта, в случаях, когда вступившим в силу для Российской Федерации международным договором, решение об обязательности которого для Российской Федерации было принято в форме федерального закона, установлены иные правила, чем предусмотрено в законе. В указанном случае применению подлежат правила международного договора.

Для современного этапа развития международного частного права особое значение имеют международные соглашения, и прежде всего многосторонние конвенции, содержащие унифицированные (т.е. единые, единообразные) правовые нормы. В подготовке соглашений важную роль играют международные организации, занимающиеся разработкой проектов таких соглашений.

Старейшей организацией в этой области является Гаагская конференция по международному частному праву. Первая сессия Гаагской конференции по международному частному праву была созвана правительством Нидерландов в Гааге в 1893 г. по инициативе известного голландского юриста Ассера. В ней участвовали 13 европейских государств. В числе участников ее первой сессии была Россия (известный российский юрист, проф. Ф.Ф. Мартенс избирался вице-президентом первых сессий). На конференциях этой организации приняты 35 так называемых гаагских конвенций. В некоторых из них участвует Россия. Членами этой организации являются более 60 государств. В течение многих лет Россия не была членом этой организации, поэтому принятие в 2001 г. решения о вступлении Российской Федерации в эту организацию восстанавливает историческую справедливость.

В 1951 г. был принят постоянный Статут Гаагской конференции по международному частному праву (вступил в силу в 1955 г.). В соответствии с ним задачей конференции является прогрессивная унификация правил международного частного права (ст. 1). Сессии конференции собираются, как правило, раз в четыре года (ст. 3). Подготовку их осуществляют Специальная государственная комиссия, созданная Нидерландами, и Постоянное бюро конференции.

Наиболее значительными из документов, принятых на сессиях конференции начиная с 50-х гг., являются конвенции в области гражданского процесса. К ним относятся: Конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г. (СССР присоединился в 1966 г.); Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г.; Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам 1970 г. (РФ присоединилась к этим двум Конвенциям в 2001 г. Официальный перевод на русском языке Конвенции 1965 г. был опубликован в конце 2004 г.); Конвенция об облегчении доступа к правосудию за границей 1980 г. и др.

С конвенциями по процессуальным вопросам тесно связана Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов 1961 г. В ней участвуют 87 государств.

К области семейного права относятся более трети Гаагских конвенций. Это - Конвенция о заключении брака и признании его недействительным 1978 г.; Конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов, 1978 г.; Конвенция о признании развода и судебного разлучения супругов 1970 г.; Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, 1956 г.; Конвенция о признании и исполнении решений по делам об алиментных обязательствах в отношении детей 1958 г.; Конвенция о компетенции и применимом праве в отношении защиты несовершеннолетних 1961 г.; Конвенция о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления (удочерения) 1993 г., которая была подписана РФ в 2000 г., и ряд других конвенций о правовом положении детей. Из конвенций в других областях следует обратить внимание на Конвенцию о коллизиях законов относительно формы завещательных распоряжений 1961 г., Конвенцию о праве, применимом к ответственности изготовителя, 1973 г.

Другой международной межправительственной организацией, осуществляющей деятельность в этой области, является Международный институт по унификации частного права (УНИДРУА), основанный в 1926 г. в Риме. Членами этой организации являются 58 стран, в том числе и Россия. Институт занимается в основном кодификацией материальных норм международного частного права. УНИДРУА были разработаны такие конвенции, как Женевская конвенция 1956 г. о договоре международной дорожной перевозки грузов; Женевская конвенция 1973 г. о договоре международной автомобильной перевозки пассажиров и багажа; Женевская конвенция 1976 г. о договоре международной перевозки пассажиров и багажа по внутренним водным путям; Женевская конвенция 1983 г. о представительстве при международной купле-продаже товаров; Оттавская конвенция 1988 г. о международном

финансовом лизинге; Оттавская конвенция 1988 г. о международном факторинге; Конвенция о похищенных или незаконно вывезенных культурных ценностях 1995 г.

В 1994 г. Институтом были одобрены Принципы международных коммерческих договоров, опубликованные и на русском языке. В 2004 г. было издано второе переработанное и расширенное издание Принципов УНИДРУА, подготовленное группой экспертов.

В 1966 г. по инициативе Венгрии была учреждена Комиссия ООН по праву международной торговли в качестве вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи (ЮНСИТРАЛ). Как отмечалось в резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 17 декабря 1966 г., задача комиссии состоит в том, чтобы содействовать "прогрессивному согласованию и унификации правил международной торговли". На комиссию, в частности, возложены подготовка новых международных конвенций, типовых и единообразных законов в области права международной торговли, содействие кодификации международных торговых обычаев, сбор и распространение информации в этой области.

На ЮНСИТРАЛ были возложены функции подготовки проектов конвенций, содействия кодификации международных торговых обычаев и распространения информации в этой сфере. На основе проектов, разработанных Комиссией, были приняты следующие конвенции: Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров; Нью-Йоркская конвенция ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. (приведенная в соответствие с Венской конвенцией в 1980 г.); Нью-Йоркская конвенция ООН о международных переводных и международных простых векселях 1988 г.; Гамбургская конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 г. и ряд других, а также Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ и Примирительный регламент ЮНСИТРАЛ. В 1985 г. был принят Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

В 1996 г. были приняты Комментарии по организации арбитражного разбирательства. В состав комиссии входят представители 36 государств. В ее работе активное участие принимают представители России.

Кроме того, большое число многосторонних соглашений было разработано при создании Всемирной торговой организации (ВТО), а также ЮНЕСКО, Всемирной организацией интеллектуальной собственности (ВОИС), Международной организацией гражданской авиации (ИКАО) и др.

Унификация норм международного частного права может осуществляться и путем принятия на международном или региональном уровне как так называемых модельных законов (кодексов), так и директив

и иных нормативных актов по тем или иным вопросам (например, регламенты и директивы ЕС).

В практике государств - участников СНГ используются оба этих метода. В рамках СНГ осуществляется разработка модельных законодательных актов. Межпарламентской Ассамблеей государств - участников Содружества был принят Модельный гражданский кодекс, где имеется раздел "Международное частное право", содержание которого оказало существенное влияние на гражданские кодексы Белоруссии, Казахстана, Узбекистана и других государств СНГ.

Задача настоящей главы - дать общее представление об источниках международного частного права. Наиболее важные конкретные договоры и законы, а также другие источники, регулирующие те или иные отношения, будут рассмотрены в соответствующих главах.

2. Международные договоры

Под международными договорами понимаются соглашения, заключенные между государствами. Могут быть проведены различные классификации международных договоров. Обратим внимание на классификации, имеющие значение для международного частного права. К ним относится деление договоров на многосторонние и двусторонние, универсальные и региональные, самоисполняемые и несамоисполняемые. Участниками многосторонних договоров могут быть несколько государств. В области международного частного права известны такие многосторонние соглашения, как Вашингтонская конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств 1965 г., которую подписали 152 государства (действует для 135 государств), Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. (участвуют 158 государств).

10 ноября 2004 г. Генеральная ассамблея ООН приняла Конвенцию о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Она открыта для подписания до 17 января 2007 г.

Многосторонние конвенции могут быть универсальными и региональными. Универсальные договоры заключаются государствами, принадлежащими к различным регионам земного шара, к различным социально-политическим и правовым системам. К универсальным относятся соглашения, имеющие наибольшее практическое значение, например Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (участвуют 65 государств, в том числе Россия и другие государства СНГ), Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., в

которой участвуют 135 государств, в том числе Россия и другие государства СНГ.

Под региональными соглашениями обычно понимаются соглашения, которые приняты и действуют в пределах одного региона, как правило, в рамках региональной интеграционной группировки государств.

Из конвенций, заключенных на региональном уровне, укажем на основные соглашения в области международного частного права между странами СНГ:

- Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (Минская конвенция 1993 г.) и Протокол к ней 1997 г. Новая редакция Конвенции была принята в Кишиневе 7 октября 2002 г. (Кишиневская конвенция 2002 г.). Для участников Кишиневской конвенции Минская конвенция 1993 г. и Протокол к ней 1997 г. прекратят свое действие. Однако для государств - участников Кишиневской конвенции, не подписавших Кишиневскую конвенцию (Туркменистан, Узбекистан), будут действовать Минская конвенция 1993 г. и Протокол к ней 1997 г.;

- Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г. (Киевское соглашение 1992 г.);

- Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств - участников Содружества 1998 г. (Московское соглашение);

- Евразийская патентная конвенция 1994 г.

В качестве примеров можно привести также Соглашение от 6 июля 1992 г., которым было утверждено Положение об Экономическом суде СНГ, Соглашение о порядке транзита от 8 февраля 1992 г., Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности от 24 декабря 1993 г., Конвенцию о защите прав инвесторов от 28 марта 1997 г.

Двусторонние договоры заключаются между двумя государствами. Как отмечалось в литературе, их преимущество перед многосторонними договорами состоит в том, что в них могут быть лучше учтены интересы договаривающихся государств. Однако в то же время их применение на практике более сложно, поскольку они создают дифференцированный режим правового регулирования в одной и той же области (например, в сфере поощрения и защиты инвестиций).

Существенное значение имеет деление договоров на самоисполняемые и несамоисполняемые.

Нормы самоисполняемых договоров в силу их детальной проработанности и завершенности могут применяться для регулирования

соответствующих отношений без каких-либо конкретизирующих и дополняющих их норм.

Несамостоятельный договор, даже если государство санкционирует применение его правил внутри страны, требует для исполнения акта внутригосударственного нормотворчества, конкретизирующего положения соответствующего документа.

С точки зрения содержания (предмета регулирования) можно выделить следующие группы международных договоров, получивших особо широкое применение на рубеже XX - XXI вв., в которых содержатся положения, относящиеся к сфере международного частного права:

- договоры о правах человека, о правовом статусе граждан;
- договоры о правовой помощи;
- договоры о поощрении и защите иностранных инвестиций;
- договоры в области международной торговли и экономического сотрудничества;
- договоры по вопросам права собственности;
- договоры в области транспорта, перевозки грузов и пассажиров;
- договоры о международных расчетах;
- соглашения об избежании двойного налогообложения;
- договоры в области интеллектуальной собственности;
- договоры в области семейного и наследственного права;
- договоры о социальном обеспечении;
- консульские конвенции;
- договоры в сфере международного гражданского процесса;
- договоры по вопросам международного коммерческого арбитража.

Среди двусторонних договоров наибольший интерес представляют для России такие комплексные договоры, как договоры о правовой помощи. В них содержатся положения не только о сотрудничестве органов юстиции, в том числе и об исполнении судебных поручений, но и правила о праве, подлежащем применению к соответствующим отношениям в области гражданского и семейного права, и положения о подсудности, о признании и исполнении судебных решений.

По данным на 1 января 2005 г. Россия являлась стороной договоров о правовой помощи, заключенных с: Азербайджаном (1992 г.), Албанией (1995 г.), Алжиром (1982 г.), Аргентиной (2000 г.), Болгарией (1975 г.), Венгрией (1958 г., 1971 г.), Вьетнамом (1981 г.), Грецией (1981 г.), Грузией (1995 г.), Египтом (1997 г.), Индией (2000 г.), Ираком (1973 г.), Ираном (1996 г.), Испанией (1990 г.), Италией (1979 г.), Йеменом (1985 г.), Кипром (1984 г.), КНР (1992 г.), КНДР (1957 г.), Кубой (1984 г.), Киргизией (1992 г.), Латвией (1993 г.), Литвой (1992 г.), Молдавией (1993 г.), Монголией (1988 г.), Польшей (1996 г.), Румынией (1958 г.), Турцией

(1997 г.), Тунисом (1984 г.), Финляндией (1978 г.), Чехословакией (1982 г.), Эстонией (1993 г.). С Белоруссией 17 января 2001 г. было заключено двустороннее соглашение о порядке взаимного исполнения судебных актов по хозяйственным спорам.

Ряд положений, касающихся сферы международного частного права, содержатся в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве, учреждающем партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны (о. Корфу, 24 июня 1994 г.; вступило в силу в 1998 г.), а также в Договоре 1994 г. к Энергетической хартии и других соглашениях. В связи с расширением состава ЕС 27 апреля 2004 г. Российской Федерацией и ЕС был подписан Протокол к этому Соглашению о партнерстве.

Развитие интеграционных процессов привело к заключению соглашений, действующих в отношениях между членами той или иной группировки государств. Так, европейское право, под которым обычно понимается право ЕС, согласно общепринятой классификации, состоит из так называемого первичного права ЕС, к которому прежде всего относятся договоры о создании ЕЭС, а также международные договоры, их изменяющие и дополняющие (Амстердамский договор, вступивший в силу в 1999 г.), и вторичного права ЕС, которое создается органами этого Союза путем принятия регламентов, директив и иных актов (решений). Первоначально ряд соглашений был заключен между странами - членами ЕС (ранее - ЕЭС). К числу таких соглашений относится прежде всего Римская конвенция 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам. Она вступила в силу для Бельгии, Великобритании, Дании, Греции, Франции, ФРГ, Ирландии, Италии, Люксембурга, Нидерландов, Португалии. Римскую конвенцию относят к сопутствующему праву ЕС. Однако ее значение далеко вышло за пределы ЕС вследствие того, что в этой Конвенции отражены современные тенденции развития международного частного права.

В 1968 г. страны - члены ЕЭС заключили Брюссельскую конвенцию о судебной компетенции и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам (новая редакция 1979 г.). Европейские государства, входящие в ЕАСТ, заключили в 1988 г. в Лугано соглашение о подсудности и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам. С 1 января 1992 г. оно вступило в силу в отношениях между Францией, Нидерландами и Швейцарией. Тем самым положения Брюссельской конвенции ЕЭС 1968 г. были распространены на Швейцарию, входящую в ЕАСТ.

После вступления в силу Амстердамского договора 1999 г. многие ранее заключенные многосторонние соглашения из так называемого

первичного права ЕС перешли в категорию вторичного права ЕС. Эта тенденция особенно проявляется в области процессуального права, семейного права, трудового права и др. Наряду с рядом регламентов ЕС в отношении подсудности, признания и исполнения решений с 31 мая 2002 г. действует Регламент N 1346 от 29 мая 2000 г. о процедурах несостоятельности.

Из многочисленных конвенций регионального характера, заключенных на Американском континенте в области международного частного права, следует отметить прежде всего Кодекс Бустаманте, названный по имени его составителя - известного кубинского юриста. Кодекс, состоящий из 437 статей, представляет собой наиболее детально разработанный международный договор по вопросам международного частного права. Он был принят в 1928 г. на VI Панамериканской конференции и ратифицирован 15 странами Центральной и Южной Америки.

Кодекс состоит из вступительного раздела и четырех книг (международное гражданское право, международное торговое право, международное уголовное право, международное процессуальное право). Кодекс был одобрен в полном объеме Кубой, Гватемалой, Гондурасом, Панамой и Перу, четыре страны (Бразилия, Гаити, Доминиканская Республика и Венесуэла) сделали оговорки в отношении конкретных статей, такие страны, как Боливия, Коста-Рика, Чили, Эквадор и Сальвадор, при ратификации сделали общую оговорку о том, что Кодекс не применяется в случае его противоречия в настоящем или в будущем их внутреннему праву, что сделало их отношение к конвенции весьма символичным. Аргентина, Колумбия, Мексика, Парагвай и США отказались подписать конвенцию, причем США сослались на то, что в компетенцию федерального правительства не входит подписание соглашений по вопросам частного права, которые относятся исключительно к компетенции штатов.

Начиная с 1975 г. регулярно проводились конференции по международному частному праву стран Американского континента. На первой конференции (1975) в Панаме были приняты шесть конвенций, на второй (1979) в Монтевидео - семь конвенций по различным вопросам международного частного права.

На конференции в Ла-Пасе в 1984 г. приняты четыре конвенции (межамериканские конвенции о право- и дееспособности юридических лиц в международном частном праве, о коллизионных нормах, касающихся усыновления несовершеннолетних, о юрисдикции и экстерриториальном действии иностранных судебных решений, дополнительный протокол к межамериканской конвенции о сборе

доказательств за рубежом). На конференции в Монтевидео в 1989 г. были приняты четыре конвенции (об обязанности содержания лиц, о возвращении из других стран несовершеннолетних, о международных перевозках грузов автотранспортом).

На пятой конференции в 1994 г. в Мехико была принята межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам. Конвенция состоит из 30 статей, для которых характерен подход, значительно отличающийся от европейского, отраженного в Гаагских конвенциях 1955, 1978 и 1986 гг.

Для ряда развивающихся стран при отсутствии правового регулирования в ряде областей характерен интерес к проведению международной унификации как регионального, так и универсального характера. Так, в 1962 г. в Либревиле было подписано соглашение о создании Афро-Малагасийского ведомства промышленной собственности (ОАМПИ), предусматривающее единые нормы для охраны изобретений, регистрации товарных знаков и промышленных образцов. Это соглашение было пересмотрено и дополнено в 1977 г. В 1978 г. аналогичное соглашение было заключено группой других африканских государств, бывших английских колоний.

Афро-азиатский правовой консультативный комитет принял Типовое соглашение для двусторонних соглашений о правовой помощи и доказательствах.

Таким образом, заключение международных конвенций, широкий охват регулируемых ими вопросов привели к тому, что в ряде областей основным источником международного частного права становится международный договор. Эта тенденция характерна для экономического и научно-технического сотрудничества, регулирования железнодорожных, воздушных, автомобильных перевозок, интеллектуальной собственности.

3. Внутреннее законодательство

Внутреннее законодательство - это один из основных источников международного частного права в России. Прежде чем перейти к обзору этого законодательства, необходимо обратить внимание на то, что Россия - это федеративное государство.

Согласно Конституции РФ в ведении Российской Федерации находятся, в частности, валютное, кредитное, таможенное регулирование, внешняя политика, международные договоры РФ, внешнеэкономические отношения РФ, гражданское, гражданско-процессуальное и арбитражно-процессуальное законодательство; правовое регулирование интеллектуальной собственности; федеральное коллизионное право.

В совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов находятся координация международных и внешнеэкономических связей субъектов РФ, выполнение международных договоров.

Особое значение для международного частного права имеют положения Конституции РФ о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры России являются составной частью ее правовой системы, о примате правил международного договора в случае их расхождения с правилами внутреннего законодательства (ч. 4 ст. 15), о поддержке конкуренции и свободе экономической деятельности (ч. 1 ст. 8), о праве на осуществление предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34), об охране законом частной собственности (ст. 35), о защите и покровительстве за границей российских граждан (ст. 61), о правах иностранных граждан и о возможности двойного гражданства (ст. 62) и др.

Давая характеристику внутреннего законодательства как источника международного частного права, необходимо обратить внимание на то, что в России и в других странах СНГ (за исключением Азербайджана и Грузии), в отличие, например, от Австрии, Венгрии, Польши, Турции, Швейцарии, Эстонии, Словении и других стран, не принимался специальный закон по вопросам международного частного права, а имеется ряд законодательных актов, содержащих нормы в этой области. Число таких норм в последние годы растет.

Нормы в области международного частного права содержатся в новых гражданских кодексах Армении (1998 г.), Белоруссии (1998 г.), Казахстана (1999 г.), Киргизии (1998 г.), Узбекистана (1996 г.) и др.

Российская Федерация относится, таким образом, к группе стран, в которых не имеется такого единого акта, как закон о международном частном праве. Нормы, регулирующие соответствующие отношения, находятся в различных законах и иных отраслевых нормативных актах (Гражданский кодекс, Гражданский процессуальный кодекс, Арбитражный процессуальный кодекс, Кодекс торгового мореплавания, Земельный кодекс, Трудовой кодекс, Семейный кодекс и т.д.) или же в законах, которые носят комплексный характер.

4. Судебные прецеденты и судебная практика

Под судебным прецедентом обычно понимается ранее вынесенное решение суда, обоснование которого признается обязательным при рассмотрении судами той же или низших инстанций последующих дел аналогичного характера, а под прецедентным правом - совокупность норм,

сформулированных в решениях судов. Такая система действует в большинстве стран так называемой англо-американской системы права (Великобритания, Австралия, Новая Зеландия, США и Канада). Поэтому в государствах этой системы, в которых международное частное право понимается как коллизионное, судебные прецеденты рассматриваются в качестве основного источника международного частного права. На основе обобщения судебных прецедентов в Великобритании и в США были составлены сборники прецедентов в области международного частного права. Наиболее известная частная кодификация такого рода в Великобритании содержится в неоднократно переиздававшемся курсе Дайси по коллизионному праву, а в США - в составленном в 1934 г. Американским институтом права первом "Своде законов о конфликте законов" на основе трехтомного курса Биля и во втором "Своде законов о конфликте законов", вышедшем в 1971 г.

Если ранее поиски подлежащих применению прецедентов в этих странах требовали большой затраты времени и средств, то в условиях применения современных технических средств ситуация изменилась коренным образом. Как уже отмечалось, участие Великобритании в Европейском экономическом сообществе (затем в ЕС) привело к увеличению роли законодательства как источника международного частного права, поскольку потребовалось принять ряд законодательных актов для имплементации конвенций сообщества, а затем регламентов и директив ЕС в английское право.

Признание судебной практики в качестве источника международного частного права характерно не только для стран англосаксонской системы права, но и для многих государств так называемой романо-германской (европейской континентальной) системы права, причем не только в Европе. В одних странах возможность обращения к судебной практике в случае пробелов в законах признается в законодательстве, а в других - она прямо применяется на практике (например, во Франции, в Германии, Японии и др.).

Несомненно, что для признания судебной практики источником права, особенно в такой ответственной области правоприменительной деятельности, как рассмотрение споров с участием иностранных лиц, необходимо наличие независимого суда и высокого профессионального уровня судей.

В современной российской правовой доктрине неоднократно возникали предложения о признании судебных решений источником права. Однако в действующем законодательстве нормативный характер признается лишь в отношении выносимых Конституционным Судом постановлений в процессе толкования права, и такие постановления,

затрагивающие область международного частного права, уже принимались. Так, в 1999 г. было принято Постановление по делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона от 15 апреля 1998 г. "О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации". Ряд положений этого Закона суд признал не соответствующими Конституции, в частности, он ограничил круг культурных ценностей, подпадающих под действие Закона, установил, что за собственниками таких ценностей должно быть признано "право истребовать их в порядке обычной процедуры по основаниям, установленным гражданским и международным частным правом". Годом ранее, в 1998 г. Конституционный Суд принял Постановление по вопросам выплаты пенсий гражданам, выехавшим в другие страны.

Согласно Конституции РФ Верховный Суд РФ является высшим судебным органом по гражданским, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции, а Высший Арбитражный Суд РФ - высшим судебным органом по разрешению экономических споров. Этим высшим судебным органам, согласно Конституции, предоставлено право давать разъяснения по вопросам судебной практики. Постановления пленумов этих судов, а также их совместные постановления обязательны для соответствующих судов. В области применения норм международного частного права особое значение в последние годы приобрели информационные письма Высшего Арбитражного Суда, в которых обобщается практика по гражданским делам, рассмотренным арбитражными судами.

Таким образом, хотя судебная практика не является источником права в России, ее значение для толкования норм в процессе их применения в области международного частного права, особенно государственными арбитражными судами, несомненно. Поскольку значительное число споров в области международного частного права рассматривается в России не в государственных судах, а в третейских судах (в так называемых международных коммерческих арбитражных судах), представление об арбитражной практике этих судов дают издаваемые ими комментарии и сборники решений. Под арбитражной практикой в области международного частного права понимаются не практика государственных арбитражных судебных органов, а практика третейских судов, практика так называемого международного коммерческого арбитража (см. гл. 19).

5. Обычай

В международном праве, иногда именуемом как международное публичное право, под обычаем понимается сложившееся на практике правило поведения, за которым признается юридическая сила. Наряду с этим традиционным видом обычаев в международном праве в качестве обычая стали признаваться правила, зафиксированные первоначально либо в международных договорах, либо в таких неправовых актах, как резолюции международных совещаний и организаций. Такие международные обычаи рассматриваются в качестве обычаев и в международном частном праве.

Кроме того, обычаями, признаваемыми в качестве источников международного частного права, являются и торговые обычаи. Российское законодательство в области международного частного права исходит из той общей посылки, что право, подлежащее применению, определяется не только на основании международных договоров и федеральных законов, но и обычаев, признаваемых в Российской Федерации. Из этой исходной позиции признания обычая как источника международного частного права исходят и действующие в России законы. Еще в Законе РФ о международном коммерческом арбитраже 1993 г. было предусмотрено, что "во всех случаях третейский суд принимает решения в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке" (п. 3 ст. 28).

В ГК РФ обычаи (в Кодексе применен термин "обычаи делового оборота") фактически признаны вспомогательным источником права. Под обычаем делового оборота признается, согласно ст. 5 ГК РФ, "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" ("сложившееся", т.е. достаточно определенное в своем содержании в какой-либо области предпринимательской деятельности, правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, "зафиксировано ли оно в каком-либо документе", т.е. опубликовано в печати, изложено ли во вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т.д.).

Если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями делового оборота, применимыми к отношениям сторон (п. 5 ст. 421 ГК РФ). В информационном письме Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1996 г. было обращено внимание арбитражных судебных органов на применение обычаев в сфере международной торговли, в частности на использование формулировок Инкотермс, если стороны договорились об этом.

Инкотермс - это правила толкования торговых обычаев, изданных Международной торговой палатой в Париже. В конкретном случае, рассмотренном арбитражным судом, стороны (российское акционерное общество и английская фирма) договорились о том, что поставка продукции будет осуществляться на условиях "сиф" (морская перевозка) в редакции Инкотермс 1990 г. (см. гл. 9). С 1 января 2000 г. действует Инкотермс 2000.

Согласно п. 1 ст. 414 КТМ РФ право, подлежащее применению к отношениям торгового мореплавания, определяется наряду с прочими источниками права, "признаваемыми в Российской Федерации обычаями торгового мореплавания".

МКАС в соответствии с Законом о международном коммерческом арбитраже 1993 г. (п. 3 ст. 28) и своим Регламентом (§ 13) учитывает торговые обычаи, применимые к конкретной сделке. При этом он применяет не только Инкотермс, которые подлежат использованию при наличии ссылки на них в контракте, но и вообще обычаи, широко известные в международной торговле, о которых стороны знали или должны были знать, включая в контракт этот торговый термин.

В качестве примера приведем сформулированное М.Г. Розенбергом резюме к решению МКАС от 15 ноября 1995 г. по делу N 373/1994: "Поскольку в соответствии с контрактом поставка должна была производиться на условиях СРТ (что означает "перевозка оплачена до..."), МКАС истолковал примененный сторонами международный торговый термин СРТ в соответствии с пониманием, принятым в международной коммерческой практике, и возложил на продавца неоплаченные им расходы по перевозке товаров по железной дороге до Москвы".

Принятые в международной торговой практике обычаи применяются арбитражным судом в тех случаях, когда это обусловлено в договоре, из которого возник спор, и тогда, когда к обычаям отсылает норма права, подлежащего применению к спорному правоотношению, а также если применение обычая основывается на положениях международного договора, действующего в отношениях между государствами, к которым принадлежат стороны в споре. Кроме того, в арбитражной практике допускается применение торговых обычаев и в случаях, когда в нормах права, подлежащего применению к спорному вопросу, не содержится необходимых указаний, а обращение к торговому обычаю вытекает из характера условия, относящегося к спору, например условия, обозначенного одним из распространенных в международной торговле терминов "франко", "фоб", "сиф" и т.п. Вследствие расхождения в содержании торговых обычаев, применяемых в отдельных странах, в практике МКАС принимается во внимание (при установлении содержания

обычая) опыт внешнеторговых отношений между соответствующими странами и практика применения сторонами обычно принятых в торговых отношениях условий, связанных с обычаем, необходимость в обращении к которому возникла при разбирательстве спора.

От обычаев следует отличать обыкновения, складывающиеся в практике торговых сделок и определяющие детали этих сделок. С торговыми обыкновениями приходится сталкиваться в области морских перевозок. Они складываются, например, в портах. Обыкновения могут регулировать взаимоотношения сторон только в тех случаях, когда стороны в той или иной форме признали необходимым применение обыкновений какого-либо морского порта.

Согласно Принципам международных коммерческих договоров, разработанных УНИДРУА (см. § 1 этой главы), стороны в таком договоре связаны обычаем, который широко известен и постоянно соблюдается сторонами в международной торговле. Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях.

В ряде государств существенную роль в качестве источника международного частного права играют обычаи в области семейных и наследственных отношений. Это связано с историческими, национальными и религиозными традициями.

6. Роль доктрины международного частного права

В современном праве, в том числе и международном, доктрина, под которой понимается мнение ученых, не рассматривается в качестве источника международного частного права. Коллективное мнение наиболее авторитетных юристов из различных стран находит свое выражение в документах таких международных общественных организаций, как Ассоциация международного права и Институт международного права, а также в отдельных случаях в проектах, подготавливаемых Комиссией международного права ООН, и в иных межправительственных организациях, о которых говорилось выше. При рассмотрении отдельных споров как в национальных государственных судах, так и в третейских (международных коммерческих арбитражных судах) существует практика подготовки заключений отдельными учеными-юристами по тем или иным вопросам. Однако во всех этих случаях речь идет об использовании вспомогательных средств для уяснения и толкования норм международного частного права.

Таким образом, состав источников в области международного частного права в различных государствах не совпадает. В России в

качестве источников международного частного права признаются, во-первых, международные договоры и международный обычай, во-вторых, внутреннее законодательство, в-третьих, применяемые в России торговые обычаи и обычаи торгового мореплавания. Ни судебная практика, ни юридическая доктрина не рассматриваются в России в качестве источника международного частного права. Однако при применении в России норм иностранного права будет учитываться как практика их применения, так и доктрина в соответствующем государстве.

Контрольные вопросы по теме:

1. Дайте характеристику источников международного частного права
2. Охарактеризуйте международные договоры
3. Какова роль доктрины международного частного права?
4. Как соотносятся судебные прецеденты и судебная практика?

Лекция 3. Нормы международного частного права и методы регулирования.

1. Коллизионный и материально-правовой методы регулирования
2. Национальный режим и режим наибольшего благоприятствования
3. Взаимность и реторсия
4. Структура и содержание коллизионных норм
5. Квалификация юридических понятий коллизионной нормы
6. Обратная отсылка и отсылка к закону третьей страны
7. Оговорка о публичном порядке

1. Коллизионный и материально-правовой методы регулирования

Несмотря на все успехи в области унификации права, в современном мире сохраняются существенные различия в регулировании частноправовых отношений в различных странах. В одних областях правового регулирования (международная торговля, перевозка, охрана интеллектуальной собственности), в которых тенденция унификации проявляется более активно, различий становится меньше, в других же (семейное, наследственное) - различия сохраняются, поскольку в этих областях существенное влияние на регулирование соответствующих отношений оказывают национальные, бытовые, религиозные особенности и традиции. Возникает проблема выбора права, подлежащего применению к тому или иному правоотношению. Она получила название коллизионной проблемы (от лат. слова *collisio* - столкновение). Когда говорят о коллизии законов, то имеют в виду необходимость выбора между ними для решения спора или возникшего вопроса в области международного частного права. Обратимся к заключению смешанных браков, т.е. браков между гражданами различных государств. Например, российский гражданин хочет вступить в брак с гражданкой Туркменистана. Правовые нормы этих двух государств не совпадают. Законодательство Туркменистана устанавливает определенные условия для вступления в брак туркменских женщин с иностранными гражданами, российское право особых условий или ограничений для браков с иностранцами вообще не предусматривает. Какое право будет применять загс в Москве и какое право будет применять соответствующий орган в Туркменистане? Ответ на этот вопрос может дать только соответствующая коллизионная норма. Коллизионная норма - это норма, определяющая, право какого государства должно быть применено к соответствующему правоотношению. Коллизионная норма носит отсылочный характер, она только отсылает к материальным нормам, предусматривающим решение

соответствующего вопроса (подробнее о коллизионных нормах см. в § 4 настоящей главы).

Международное частное право возникло первоначально исключительно как коллизионное право, и до сих пор в ряде государств оно рассматривается в качестве такового.

2. Поскольку коллизионная норма - норма отсылочного характера, ею можно пользоваться только вместе с какими-либо материально-правовыми нормами, к которым она отсылает, - нормами законодательства, решающими вопрос по существу. Хотя коллизионная норма указывает лишь, законы какой страны должны быть применены, ее нельзя рассматривать как имеющую те же функции, что выполняет справочное бюро на вокзале, сообщающее пассажирам, в каком окошечке они могут купить билет и с какого пути отправляется их поезд. Вместе с материально-правовой нормой, к которой она отсылает, коллизионная норма выражает определенное правило поведения для участников гражданского оборота.

Недостатки коллизионного метода состоят в следующем: во-первых, применение коллизионной нормы, отсылающей к праву иностранного государства, усложняет деятельность суда или иного органа государства, который обязан в силу международного договора или внутреннего закона на основании коллизионной нормы применять иностранное право, а установить его содержание не так просто.

Во-вторых, применение этого метода не способствует обеспечению единообразия при решении конфликтных ситуаций, поскольку в различных государствах коллизионные нормы в отношении одного и того же предмета могут и не совпадать. Следовательно, конечный результат будет зависеть от того, в суде какого государства рассматривается спор.

В-третьих, при коллизионном методе применяются, как правило, нормы общего характера, призванные регулировать все частноправовые отношения, не рассчитанные на отношения с иностранным элементом.

Наша доктрина в отличие от ряда других государств не ограничивает содержание международного частного права только коллизионными нормами. Еще в 1940 г. И.С. Перетерский и С.Б. Крылов в своем учебнике международного частного права писали, что "рассматривать международное частное право лишь как "коллизионное", т.е. посвященное лишь "разграничению" различных законодательств, - это значит суживать... действительный характер международного частного права".

Объединение в составе международного частного права коллизионных и материально-правовых норм основывается на необходимости двумя различными методами регулировать однородные по своему характеру отношения.

Расширение применения материально-правовых норм, содержащихся в международных соглашениях, непосредственно связано с развитием интернационализации хозяйственной жизни. Благодаря этому методу создаются единообразные материально-правовые нормы, регулирующие торговые, производственные, научно-технические, транспортные и иные связи между организациями и фирмами различных государств. Значением в современных условиях применения материально-правовых норм, унифицированных в таких соглашениях, как Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., объясняется включение в часть третью ГК РФ п. 3 ст. 1186. В этом пункте предусмотрено следующее положение:

"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".

Это положение ГК РФ означает, что приоритетом пользуется материально-правовая норма, предусмотренная международным договором. Поэтому проблема определения в данном случае на основе коллизионной нормы права, подлежащего применению, отпадает.

Преимущества применения материально-правового метода состоят в следующем:

во-первых, его использование создает гораздо большую определенность для участников соответствующих отношений, поскольку и им, и тем органам, которые будут их применять (например, в случае возникновения споров), материально-правовые нормы всегда известны заранее;

во-вторых, при применении этого метода создается единообразное регулирование, устраняется односторонний подход, присущий коллизионному методу, когда в целом ряде случаев коллизионная норма устанавливается каким-либо одним государством. К недостаткам этого метода следует отнести то, что нормы международных соглашений могут по-разному пониматься и применяться в различных странах, а также то, что в большинстве случаев они носят диспозитивный характер (т.е. они не являются обязательными, а могут применяться по усмотрению сторон).

Развитие технического прогресса будет вести в ряде областей к дальнейшему созданию материально-правовых норм. Однако проводимая на международном уровне унификация материально-правовых норм международного частного права не должна вести к недооценке унификации коллизионных норм. Оба эти метода взаимно дополняют друг друга.

Создание материально-правовых норм в области международного частного права, и прежде всего унифицированных материально-правовых норм, как правильно подчеркивает С.Н. Лебедев, не должно вести к недооценке унификации коллизионных норм, которые играют и будут в дальнейшем играть важную роль в регулировании международных хозяйственных отношений. Как отмечает А.Л. Маковский, материально-правовая унификация должна касаться основных вопросов регулирования международных гражданских отношений (в частности, в сфере торгового мореплавания) в сочетании с другими методами регулирования, в том числе "с решением в тех же международных соглашениях относительно менее важных вопросов путем установления унифицированных коллизионных норм".

В отечественной литературе было высказано мнение и о том, что материально-правовые нормы в сфере международного частного права могут создаваться также в рамках внутреннего законодательства. В условиях монополии внешней торговли в стране прямые нормы, регулирующие отношения в сфере международного частного права, имели определенное значение. Однако для современных условий характерна иная тенденция. Так, перестал действовать особый порядок подписания внешнеэкономических сделок, к содержанию сделок стали шире применяться общие положения гражданского законодательства. Точно так же при регулировании иностранных инвестиций проявляется тенденция к созданию общего режима для всех инвесторов, как отечественных, так и иностранных (см. гл. 8).

В законодательстве сохраняются национальные нормы прямого действия по отдельным вопросам (например, в отношении аккредитации представительств иностранных фирм).

Что же касается материально-правовых норм международных соглашений, трансформированных в наше законодательство, то число таких норм растет. Иногда в литературе по международному частному праву применяются в этих случаях термины "прямые нормы", "прямой метод регулирования". Указанные термины употребляются исключительно для противопоставления терминам "коллизионная норма", "коллизионный метод". Значение прямых норм особенно велико, поскольку благодаря им устанавливаются единые для государств - их участников правила, единообразно решающие те или иные конкретные вопросы.

Следовательно, к области международного частного права должны быть отнесены нормы, унифицированные путем заключения международных соглашений.

Наряду с такими международными соглашениями в международной практике конца XX - начала XXI в. все большее значение приобретают унифицированные правила международного торгового права, которые, не будучи обязательными для применения сторонами в контракте, путем факультативного их применения (при наличии согласия сторон) существенным образом сужают возможность и необходимость применения коллизионных норм. К числу документов универсального характера относятся Принципы международных коммерческих договоров, разработанные и принятые в 1994 г. УНИДРУА, участником которого является Россия. Текст Принципов УНИДРУА сопровождается комментарием, призванным способствовать их пониманию. Принципы действуют исключительно в отношении международных торговых контрактов и представляют собой автономную, не связанную с каким-либо национальным правом систему. Наряду с другими аналогичными документами они призваны обеспечить переход к такому положению, когда в области регулирования торговых сделок национальное право вообще не будет применяться. В 2004 г. была принята новая редакция Принципов УНИДРУА.

Можно привести и другой пример, подтверждающий наличие такой тенденции в ЕС. В 1995 г. на региональном уровне комиссией под председательством О. Ландо (Дания) была принята первая часть Принципов европейского договорного права, в 1996 г. завершены работы над второй их частью. Имеется дополненная и пересмотренная в 1998 г. версия.

Эти Принципы предполагается включить в Европейский гражданский кодекс, непосредственная работа над которым началась с октября 1990 г. В 2003 г. Европейской комиссией был подготовлен специальный план мероприятий по разработке европейского договорного права.

3. Особое значение для России имеет проблема унификации права государств - участников СНГ, выходящая далеко за пределы проблематики международного частного права. Ее решению способствует разработка модельных кодексов и модельных законов, осуществляемая в рамках Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ, и прежде всего Модельного гражданского кодекса, который в качестве рекомендательного законодательного акта для стран СНГ был принят этой ассамблеей 13 мая 1995 г. Принятие актов такого рода способствует созданию единого правового пространства, а тем самым может ослабить остроту проблемы выбора права.

Следует также отметить, что в международной практике усилилась тенденция выбора сторонами на основе применения принципа автономии

воли сторон не какой-то конкретной правовой системы (норм национального права, которые часто не учитывают специфику международных торговых сделок), а отсылки к "общепринятым принципам и нормам права" либо к "праву международной торговли" (под автономией воли сторон понимается возможность для сторон установить по своему усмотрению содержание договора, его условия - см. гл. 9). Довольно часто на практике используется и отсылка к так называемому *lex mercatoria*. Этим термином в современных условиях, как отмечалось в литературе, обозначается концепция, отражающая тенденцию к формированию автономной системы правовых норм, содержащую нормы, предусмотренные в международных конвенциях, торговые обычаи, широко признанные правовые принципы, предназначенные регулировать международный торговый оборот (см. гл. 9).

2. Национальный режим и режим наибольшего благоприятствования

Принцип национального режима следует отнести к одному из основных начал международного частного права. Под национальным режимом понимается приравнивание иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц в том, что касается их прав и обязанностей, к отечественным гражданам и юридическим лицам. Поскольку на иностранных физических и юридических лиц распространяются те же права и преимущества, которыми в данной стране пользуются местные физические и юридические лица, все они ставятся в равное положение. Принцип национального режима может быть установлен как во внутреннем законодательстве, так и в международных договорах.

В России этот принцип в отношении иностранных граждан закреплен в Конституции. Согласно ч. 3 ст. 62 Конституции РФ иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами РФ, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации.

Согласно ст. 3 Федерального закона от 25 июля 2002 г. "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" иностранные граждане пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом.

Таким образом, принцип национального режима сформулирован в Конституции РФ более широко, чем в Законе, поскольку этот принцип

подлежит применению не только к иностранным гражданам, но и к лицам без гражданства. Исключения из него допускаются лишь на основании федеральных законов, а не любых других законодательных актов. Из этого следует, что законодательство субъектов РФ не может вводить какие-либо ограничения прав иностранцев.

В области гражданского права применение национального режима наиболее широким образом предусмотрено ч. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ, в которой говорится, что "правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом". О национальном режиме говорится в целом ряде других законодательных актов, в частности в ст. 5 Закона 1999 г. "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений", в ст. 4 Закона об иностранных инвестициях 1999 г., в ст. 5 Закона РФ 1993 г. "Об авторском праве и смежных правах". Из международных соглашений сошлемся прежде всего на Минскую конвенцию 1993 г., Кишиневскую конвенцию 2002 г. и многочисленные двусторонние договоры о правовой помощи, о поощрении и взаимной защите капиталовложений, а также на такие универсальные многосторонние соглашения, как Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. (см. гл. 14).

Национальный режим применяется в международных торговых договорах в ограниченном числе случаев, например по некоторым вопросам торгового мореплавания. Кроме того, предоставление национального режима предусматривается в отношении свободного доступа иностранных юридических лиц и граждан в суды. Национальный режим применяется в договорах о правовой помощи, социальном обеспечении (судебная защита, предоставление трудовых и иных прав на основе национального режима).

Таким образом, в России национальный режим применяется в отношении прав иностранцев согласно правилам внутреннего законодательства, хотя в отдельных случаях он может предусматриваться и в соответствии с международными договорами.

От национального режима следует отличать режим наибольшего благоприятствования. На основании предоставления этого режима иностранные лица пользуются максимумом тех прав, которые предоставлены лицам другого государства, что и объясняет само выражение "наибольшее благоприятствование". В обычном (неюридическом) языке, применяя этот термин, имеют в виду создание для кого-то самых лучших, благоприятных условий. В действительности это не так, режим наибольшего благоприятствования отличается от

национального режима тем, что в силу режима наибольшего благоприятствования в равное положение ставятся иностранные организации и иностранные граждане между собой, а в силу национального режима они ставятся в равное положение с отечественными лицами. Точно так же не должно вводить в заблуждение применение в законодательстве об иностранных инвестициях и в соглашениях о защите иностранных инвестиций указаний на то, что им должен предоставляться не менее благоприятный режим, чем правовой режим, предоставляемый отечественным инвесторам, поскольку в данных случаях имеется в виду предоставление национального режима. В отличие от национального режима принцип наибольшего благоприятствования может быть предусмотрен только в международном договоре.

Комиссией международного права ООН был разработан проект статей о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации. Согласно этому проекту юридическая сущность клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации как договорного положения состоит в обязательстве государства предоставить другому государству режим наиболее благоприятствуемой нации в определенной сфере отношений. В тексте проекта в конечном итоге комиссия применила термин "не менее благоприятный, чем режим, распространенный на третье государство". Согласно принципу наибольшего благоприятствования иностранным юридическим и физическим лицам в торговле, мореплавании или в иных областях предоставляется такой же режим, какой предоставляется или будет предоставляться юридическим и физическим лицам третьей страны. Режим в области торговли, мореплавания, правового положения иностранных организаций, применяемый к одному иностранному государству, с которым заключен торговый договор, будет применяться и к любому другому государству, с которым также заключен торговый договор на основе принципа наибольшего благоприятствования. Таким образом, в силу этого режима создаются равные условия для всех иностранных государств, их организаций, фирм и граждан в отношении тех вопросов торговли, которые предусмотрены торговым договором.

В Соглашении о партнерстве и сотрудничестве 1994 г. стороны предусмотрели взаимный доступ на рынки на основе режима наибольшего благоприятствования (ст. 10). Об этом режиме говорится также в разделах о таможенных вопросах, о поощрении иностранных инвестиций, режиме представительств обществ одной стороны на территорию другой и по другим вопросам.

В Соглашении предусматривалось, что Российская Федерация может предоставить странам СНГ большие преимущества, чем другим странам,

тем самым речь шла об изъятиях из режима наибольшего благоприятствования.

Режим наибольшего благоприятствования и недискриминационный режим установлены в отношениях нашей страны с США благодаря заключенному 1 июня 1990 г. Соглашению о торговых отношениях. В соответствии со ст. 1 этого Соглашения каждая сторона "без каких-либо условий предоставит товарам, происходящим или экспортируемым на территорию другой стороны, режим не менее благоприятный, чем тот, который предоставлен подобным товарам, происходящим из/или экспортируемым на территорию любой третьей страны...".

Недискриминационный режим предоставляется в отношении применения количественных ограничений и выдачи лицензий.

3. Взаимность и реторсия

Проблема взаимности непосредственно связана с такой объективностью современного мира, как взаимозависимость государств. Наше государство неизменно выступает за укрепление экономических, научно-технических, культурных и иных связей с другими странами, если и они стоят за укрепление деловых связей с Россией. Обе стороны должны стремиться к развитию таких связей на началах равноправия. Равноправие находит свое выражение и во взаимном признании государствами действия их законов. Без этого сотрудничество между странами невозможно.

Принцип взаимности в международном частном праве понимается в широком и узком смыслах. Например, российский гражданин поехал отдыхать со своей семьей в Карловы Вары (Чехия) на купленном им в России автомобиле. Право собственности возникло в России, но оно полностью признается и в других государствах, если, конечно, машина не была ранее украдена и незаконно ввезена в Россию. Чешский турист приехал в Санкт-Петербург на своей машине. И в том и другом случае в одном государстве взаимно признается действие правовой системы другого государства и тех субъективных прав, которые возникли у лица на основе применения законодательства другого государства. Во всех подобных случаях следует говорить о взаимности в широком смысле. В широком смысле под взаимностью понимается взаимное признание государствами действия их законов и тех прав, которые возникают на основании их законов в иностранном государстве. В более узком смысле под взаимностью понимается предоставление определенного режима (национального или режима наибольшего благоприятствования).

Сущность взаимности состоит в предоставлении физическим и юридическим лицам иностранного государства определенных прав при условии, что физические и юридические лица предоставляющего эти права государства будут пользоваться аналогичными правами в данном иностранном государстве. Вводя оговорку о взаимности в международный договор, государство преследует цель обеспечить своим организациям и гражданам за границей пользование определенными правами. Поскольку в законодательствах государств имеются значительные различия, в отношении взаимности возникают определенные сложности.

Обычно под взаимностью понимается взаимное предоставление государствами отдельных конкретных прав и правомочий и взаимное предоставление национального режима и режима наибольшего благоприятствования.

В области внешнеторговой деятельности под взаимностью в российском законодательстве понимается предоставление одним государством (или группой государств) определенного режима международной торговли взамен предоставления вторым государством первому государству такого же режима (ст. 2 Закона об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности 2003 г.). Принцип взаимности является одним из основных принципов государственного регулирования внешнеторговой деятельности.

В области международного частного права различают два вида взаимности: материальную и формальную. Термины эти часто условные. Они состоят в следующем.

Под материальной взаимностью понимается предоставление иностранным физическим и юридическим лицам тех же конкретных прав, которыми пользуются в данном иностранном государстве отечественные граждане и юридические лица. Приведем пример из области международной охраны авторских прав.

В одной из статей Бернской конвенции 1886 г. предусмотрены правила об определении срока охраны авторского права. Предусмотрено, в частности, такое условие: если в одной стране, в которой предъявляется требование об охране, срок будет продолжительнее, чем 50 лет после смерти автора, то применяется установленный в этой стране срок, однако он не может быть более продолжительным, чем срок действия авторского права в той стране, в которой произведение было впервые опубликовано. Таким образом, в данном случае будет применено взаимное предоставление срока одной и той же продолжительности. Такое правило было включено в российское законодательство в 2004 г. (см. гл. 14).

Материальная взаимность может применяться и в некоторых других случаях (в области налогообложения, льгот для иностранных инвесторов).

При формальной взаимности иностранным физическим и юридическим лицам предоставляются те права, которыми пользуются отечественные граждане. С одной стороны, в силу принципа формальной взаимности иностранным гражданам в другой стране могут предоставляться те права, которыми обладают отечественные граждане, в том числе и те права, которыми иностранные граждане не пользуются в своем государстве. С другой стороны, иностранцы не могут требовать предоставления им тех прав, которыми они обладают в своем государстве, если предоставление таких прав не предусмотрено законодательством этого иностранного государства. Например, если в одной стране на всей ее территории иностранцам не предоставляется право частной собственности на землю сельскохозяйственного назначения или лесные угодья, то это не означает, что гражданин такого государства не будет пользоваться этими же правами в другом государстве, где подобные ограничения для иностранцев не установлены.

По действующему в России законодательству предоставление национального режима иностранным гражданам не обусловлено наличием взаимности. Из этого следует, что суд или иной орган не может требовать наличия взаимности для российских граждан, за исключением случаев, когда это прямо предусмотрено в федеральном законе или международном договоре.

В некоторых российских законодательных актах прямо предусмотрена необходимость соблюдения принципа взаимности в отдельных областях (в законах о патентах, товарных знаках, селекционных достижениях, об охране топологий интегральных микросхем, о племенном животноводстве). Можно привести и другой пример. Иностранные граждане и лица без гражданства, постоянно находящиеся на территории РФ, имеют право на получение компенсационных выплат согласно Закону об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств 2002 г. Однако временно находящиеся на территории РФ граждане иностранного государства имеют такое право лишь в случае, если в соответствии с законодательством этого иностранного государства аналогичное право предоставлено гражданам РФ.

Принцип взаимности используется в различных двусторонних международных договорах, заключенных Россией с другими государствами (например, в Соглашении между Правительством РФ и Правительством Украины о сотрудничестве в области охраны промышленной собственности 1993 г., в Соглашении о торговых и коммерческих отношениях между Россией и Канадой 1992 г. и др.).

Федеральный закон от 26 октября 2002 г. "О несостоятельности (банкротстве)" устанавливает, что решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории РФ в соответствии с международными договорами РФ, а при отсутствии международных договоров РФ - на началах взаимности, если иное не предусмотрено федеральным законом.

В отдельных странах СНГ принцип взаимности применяется при решении вопроса о признании и исполнении решений иностранных судов (в Белоруссии, Грузии). В отношении стран СНГ, в том числе и России, участвующих в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, этот принцип взаимности подлежит применению, даже если решение было вынесено в стране, в Конвенции не участвующей. При ратификации Советским Союзом этой Конвенции было сделано заявление о том, что "СССР будет применять положения настоящей Конвенции в отношении арбитражных решений, вынесенных на территории государств, не являющихся участниками Конвенции, лишь на условиях взаимности".

2. Используется ли принцип взаимности в отношении применения в России иностранного права? Как уже отмечалось выше, в силу целого ряда коллизионных норм международных договоров России и внутреннего законодательства должно применяться иностранное право. Наличие взаимности не является необходимой предпосылкой для применения иностранного права. В ст. 1189 ГК РФ предусмотрено следующее:

1. Иностранное право подлежит применению в Российской Федерации независимо от того, применяется ли в соответствующем иностранном государстве к отношениям такого рода российское право, за исключением случаев, когда применение иностранного права на началах взаимности предусмотрено законом.

2. В случае, когда применение иностранного права зависит от взаимности, предполагается, что она существует, если не доказано иное".

Из приведенного текста ст. 1189 следует, что требование наличия взаимности не устанавливается в качестве условия для применения иностранного права. Применение иностранного права, как правило, носит безусловный характер. Правило ст. 1189 имеет практическое значение не только для суда или иного органа (например, прокуратуры, нотариата), который обязан применять иностранное право. Оно имеет значение и для стороны в споре, стремящейся по тем или иным причинам путем ссылки на отсутствие взаимности добиться того, чтобы суд отказался от применения иностранного права.

В п. 2 ст. 1189 разъясняется, как должен поступить суд или иной орган при наличии в каком-либо законе исключений из общего правила о неприменении взаимности. В этом случае не нужно доказывать наличие взаимности. Если применение иностранного права зависит от взаимности, предполагается, что она существует, поскольку не доказано иное. Таким образом, ГК РФ устанавливает презумпцию наличия взаимности.

Из приведенного положения ст. 1189 следует сделать вывод о том, что при рассмотрении спора стороны, доказывающие, что иностранное право соответствующего государства не может быть применено, должны предоставить доказательства, свидетельствующие об отсутствии взаимности, и эти доказательства должны быть приняты судом.

3. Непосредственно с принципом взаимности связана возможность применения ответных ограничительных мер, именуемых реторсией. Под реторсией в международном частном праве понимаются правомерные принудительные действия государства, совершаемые в ответ на недружественный акт другого государства, поставившего в дискриминационные условия физические или юридические лица первого государства.

Целью применения реторсии является восстановление принципа взаимности по отношению к соответствующему государству. Поэтому меры, используемые в качестве реторсии, должны быть пропорциональны вызвавшему их акту и прекращаться с момента восстановления прежнего положения. В соответствии с нормами международного права применение реторсии в отношении определенного иностранного государства не может рассматриваться как нарушение принципа недискриминации.

Часть третья ГК РФ содержит общее правило по вопросу о реторсии, согласно которому Правительством РФ могут быть установлены ответные ограничения (реторсии) в отношении имущественных и личных неимущественных прав граждан и юридических лиц тех государств, в которых имеются специальные ограничения имущественных и личных неимущественных прав российских граждан и юридических лиц (ст. 1194).

Возможность применения реторсии установлена рядом законодательных актов. Так, в соответствии с ГПК РФ Правительством РФ могут быть установлены ответные ограничения в отношении иностранных лиц тех государств, в судах которых допускаются такие же ограничения процессуальных прав российских граждан и организаций (п. 4 ст. 398 ГПК РФ).

Аналогичное правило установлено п. 4 ст. 254 АПК РФ.

Возможность применения ответных ограничений приобретает особое значение в связи с тем, в каком сложном положении оказались

после распада СССР в некоторых странах наши соотечественники. Основные направления государственной политики Российской Федерации в отношении соотечественников, проживающих за рубежом, предусматривают в необходимых случаях соответствующие меры, допускаемые современным международным правом и используемые в мировой практике, по отношению к тем государствам, в которых грубо нарушаются права соотечественников. К числу таких мер относится сокращение торгово-экономических связей, изменение таможенного режима, отмена льгот физическим и юридическим лицам соответствующих государств, осуществляющим свою деятельность на территории Российской Федерации.

Такой подход получил дальнейшее подтверждение в Концепции внешней политики Российской Федерации (2000 г.), в которой предусмотрено, что Российская Федерация будет добиваться адекватного обеспечения прав и свобод соотечественников в государствах, где они постоянно проживают. В Концепции, в частности, подчеркивается, что неперенным условием развития отношений с Литвой, Латвией и Эстонией и взаимовыгодного сотрудничества с этими странами "является уважение данными государствами российских интересов, в том числе в стержневом вопросе о соблюдении прав русскоязычного населения".

В области внешнеторговой деятельности применение ответных мер предусмотрено Законом об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности 2003 г.

В этом Законе предусматривается, что Правительство РФ может вводить ограничения внешней торговли товарами, услугами и интеллектуальной собственностью. Такие ограничения вводятся, если иностранное государство не выполняет принятые им по международным договорам обязательства в отношении Российской Федерации, предпринимает меры, которые нарушают экономические интересы Российской Федерации, муниципальных образований или российских лиц, не предоставляет российским лицам адекватную и эффективную защиту их законных интересов, не предпринимает разумных действий для борьбы с противоправной деятельностью физических и юридических лиц этого государства на территории РФ (ч. 1 ст. 40). Ограничительные меры вводятся в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права (ч. 2 ст. 40).

Решение о введении ответных мер принимается Правительством РФ. До введения ответных мер Правительство РФ может принять решение о проведении переговоров с соответствующим иностранным государством.

4. Структура и содержание коллизионных норм

1. От первой глоссы Аккурсия (XIII в.), сделанной в виде пометки на рукописи Кодекса Юстиниана, породившей, по существу, то, что в наше время именуется международным частным правом, до современных законов и международных конвенций на рубеже XXI в., содержащих целую систему коллизионных норм, пройден большой путь. Под коллизионными нормами, как уже отмечалось, понимаются правила, определяющие, право какой страны подлежит применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом.

Однако прежде чем рассматривать так называемые обычные, классические коллизионные нормы, давать анализ их структуры, иными словами, говорить о том, из каких частей состоит коллизионная норма, следует обратить внимание на широкое распространение в современных условиях применения принципа "наиболее тесной связи" соответствующего правоотношения с правом какой-то страны. Этот принцип часто именуют "гибкой коллизионной нормой". В.П. Звеков совершенно справедливо отмечает, что "значение "гибкой" коллизионной нормы, отсылающей к праву страны, с которым отношение наиболее тесно связано, переросло рамки "рядового" коллизионного права. Во многих странах это правило получило "статус" одного из основных коллизионных начал".

Концепция применения правила, наиболее тесно связанного с правоотношением, получила широкое распространение сначала в странах англо-американской системы права, а затем и в других государствах. Первоначально эта концепция была применена в судебной практике США в области договорного права и деликтных обязательств.

Она была воспринята во втором своде законов о конфликте законов США, представляющего собой неофициальную кодификацию, в законе о международном частном праве Австрии 1978 г., Венгрии 1979 г., Швейцарии 1987 г., Германии 1986 и 1999 гг., Грузии 1998 г., Эстонии 2002 г., в Гражданском кодексе 1991 г. Квебека (Канада), в законе КНР 1999 г. о договорах.

Из международных соглашений правило "наиболее тесной связи" применено в Римской конвенции 1980 г., Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. Согласно Закону о реформе итальянской системы международного частного права 1995 г. договорные обязательства во всех случаях регулируются Римской конвенцией 1980 г. (ст. 57).

2. В третьей части ГК РФ общее правило об определении права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, содержится в ст. 1186.

Приведем текст абз. 1 п. 1 ст. 1186.

"1. Право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей, определяется на основании международных договоров Российской Федерации, настоящего Кодекса, других законов (пункт 2 статьи 3) и обычаев, признаваемых в Российской Федерации".

Под другими законами понимаются федеральные законы, на основании которых определяется право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, в частности, КТМ РФ.

Существенным дополнением приведенного общего положения является п. 2 ст. 1186. В этом пункте предусмотрено следующее:

"2. Если в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано".

Имеется в виду, что если на основании источников права, названных в пункте первом, определить применимое право не представляется возможным, то тогда следует использовать принцип "тесной связи". Из приведенного текста п. 1 и 2 ст. 1186 следует, что такое коллизионное начало носит общий характер, оно должно применяться независимо от характера или содержания гражданско-правового отношения, осложненного иностранным элементом (независимо от того, договорные это отношения или внедоговорные).

Тот же принцип использован в случае применения права страны с множественностью правовых систем, в случае если невозможно определить в соответствии с правом этой страны, какая из правовых систем подлежит применению (ст. 1188). В отношении применения права к договорным отношениям, согласно п. 1 ст. 1211 ГК РФ, при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. "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".

Тот же принцип предусмотрен в ст. 1213 в отношении определения права, подлежащего применению к договору, в отношении недвижимого имущества (ст. 1213) и уступке требования (п. 1 ст. 1216). Согласно п. 1 ст. 1213 при отсутствии соглашения сторон о праве, подлежащем применению к договору в отношении недвижимого имущества, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Правом страны, с которой такой договор наиболее тесно связан, считается, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где находится недвижимое имущество. Правила о применении права, в основу которых положен принцип "тесной связи", доктрина относит к категории так называемых гибких коллизионных норм.

От них следует отличать "жесткие коллизионные нормы", которые часто также определяют в литературе как "классические коллизионные нормы".

3. Специфика жестких коллизионных норм проявляется в их структуре. Каждая коллизионная норма состоит из двух частей: объема и коллизионной привязки. Под объемом понимаются соответствующие правоотношения, к которым применимы эти нормы. Под привязкой понимается указание на право страны (правовую систему), которое подлежит применению к данному виду отношений.

Приведем пример. Статья 156 СК РФ предусматривает, что условия заключения брака для каждого из лиц, вступающих в брак, определяются законодательством государства, гражданином которого это лицо является в момент заключения брака. Объем в данном случае - условия заключения брака, привязка - закон гражданства лица.

В законодательстве, в международных договорах и практике различных государств применяются различные коллизионные привязки (формулы прикрепления), имеющие обычно латинские обозначения.

Приведем наиболее распространенные коллизионные привязки и отношения, к которым они применяются:

- личный закон физического лица (*lex personalis*), разновидностями которого являются закон гражданства лица (*lex patriae*) и закон места жительства лица (*lex domicilii*). Применяются при регулировании отношений с участием граждан (определение правоспособности и дееспособности) - ст. 1195, 1196, 1197 ГК РФ, ст. 156 СК РФ, п. 1 и 2 ст. 23 Минской конвенции 1993 г.; ст. 26 Кишиневской конвенции 2002 г.;

- личный закон юридического лица (*lex societatis*). Указывает на государственную принадлежность юридического лица (обычно условно в международном частном праве говорят "о национальности" юридического

лица) - ст. 1202 ГК РФ, п. 3 ст. 23 Минской конвенции 1993 г., п. 3 ст. 26 Кишиневской конвенции 2002 г.;

- закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*). Применяется в отношении права собственности и иных вещных прав, в области наследования - ст. 1205, 1213, 1224 ГК РФ, ст. 38, 45, 46 Минской конвенции 1993 г., ст. 41, 48, 49 Кишиневской конвенции 2002 г.;

- закон места совершения акта (*lex loci actus*). Применяется в различных вариантах при определении формы договора, формы и сроков действия доверенности, в области наследования и др. - ст. 1209, 1217 ГК РФ, ст. 39, 40, 41 Минской конвенции 1993 г., ст. 42 - 44 Кишиневской конвенции 2002 г.;

- закон места заключения договора (*lex loci contractus*) и закон места исполнения договора (*lex loci solutionis*). Применяются в области обязательственного права в законодательстве ряда стран;

- закон страны места выполнения работы (*lex loci laboris*). Применяется в законодательстве ряда стран в области трудовых отношений;

- закон места совершения правонарушения (*lex loci delicti commissi*). Применяется в отношении обязательств вследствие причинения вреда - ст. 1219 ГК РФ, ст. 42 Минской конвенции 1993 г., ст. 45 Кишиневской конвенции 2002 г.;

- закон места заключения брака (*lex loci celebrationis*). Применяется в законодательстве ряда стран, регулирующем семейные отношения;

- закон флага (*lex flagi*). Применяется в области торгового мореплавания - ст. 415 КТМ РФ;

- закон, регулирующий существо отношения (*lex causae*). Применяется в ряде стран в основном в области обязательственного права;

- закон страны суда, разрешающего спор (*lex fori*). Применяется в области гражданского процесса. Суд по вопросам гражданско-процессуального характера применяет свое право;

- закон, избранный арбитрами (*lex arbitri*). В ряде стран, в том числе и в России, при отсутствии какого-либо указания сторон международный коммерческий арбитраж применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми - абз. 2 п. 1 ст. 1186 ГК РФ, ст. 28 Закона РФ о международном коммерческом арбитраже 1993 г.;

- закон места нахождения суда, осуществляющего конкурсное производство (*lex fori concursus*). Применяется в области трансграничного банкротства.

Наряду с приведенными выше привязками применяется и ряд других, в частности в отношении отдельных видов договоров (см. гл. 10).

4. Для понимания сущности коллизионных норм, их содержания и пределов их действия необходимо обратиться к классификации коллизионных норм. Во-первых, имеются коллизионные нормы, установленные национальным правом, и нормы, установленные международным договором. Последние должны толковаться с учетом их международного характера (ст. 18 Римской конвенции 1980 г.).

Во-вторых, имеются коллизионные нормы диспозитивного и императивного характера. Диспозитивные нормы не обязательны, от них можно отступить, стороны могут договориться о применении права на основе иного принципа. Императивные, напротив, обязательны, от них стороны не могут отступать. Например, нормы ст. 1211 ГК РФ представляют собой диспозитивные нормы и предусматривают коллизионные привязки в отношении применения права к правам и обязанностям сторон по большому числу сделок, поскольку для сторон предусмотрена возможность выбора иного права.

В ст. 1214 ГК РФ в качестве императивной предусмотрена норма о применении права к договору о создании юридического лица с иностранным участием. К такому договору применяется право страны, в которой, согласно договору, подлежит учреждению такое юридическое лицо.

В-третьих, имеются коллизионные нормы односторонние и двусторонние. Первые определяют правила применения только одного, обычно отечественного права, вторые сформулированы более широко и устанавливают применение как отечественного, так и иностранного права. Например, к односторонним коллизионным нормам относятся правила п. 3 ст. 1197, ст. 1200, п. 2 ст. 1213 ГК РФ. Так, согласно правилу п. 2 ст. 1213 ГК РФ к договорам в отношении находящихся на территории РФ земельных участков, участков недр, обособленных водных объектов и иного недвижимого имущества применяется российское право. Применение двусторонних коллизионных норм расширяет сферу их действия.

В области международного частного права характерен переход от односторонних к двусторонним коллизионным нормам (например, в области семейного права, торгового мореплавания). Преобладание двусторонних норм характерно и для третьей части ГК РФ.

В-четвертых, коллизионные нормы в зависимости от числа привязок делятся на однозначные и кумулятивные. Под однозначными понимаются нормы, содержащие одну привязку, однако могут применяться нормы, в которых имеются две или три и более коллизионных привязок, которые могут быть альтернативными или кумулятивными. В последнем случае, как справедливо отмечалось в нашей доктрине, создается более гибкая и

справедливая система, которая позволяет заинтересованному лицу ссылаться на право страны, которое для него является наиболее благоприятным. Так, в отношении определения права, подлежащего применению к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуг, в части третьей ГК РФ предусмотрено применение по выбору потерпевшего различных вариантов (альтернативные привязки). В качестве примера кумулятивной привязки можно привести норму части третьей ГК РФ в отношении формы сделки. В этой норме предусмотрено, что форма сделки подчиняется праву места ее совершения, однако сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права (п. 1 ст. 1209 ГК РФ).

Известно, что в ряде государств, и прежде всего с федеральным устройством, в субъектах федерации или административных единицах имеются свои правовые системы. В случае отсылки коллизионной нормы к праву такой страны возникает вопрос о том, какое законодательство или какое право, действующее в такой среде, применяется. Приведем для пояснения этой ситуации следующий пример.

В Италии рассматривался вопрос о наследстве гражданина США, родившегося в Сан-Франциско (штат Калифорния). Согласно Закону от 31 мая 1995 г. о реформе итальянской системы международного частного права (ст. 46) к наследованию подлежит применению законодательство государства, гражданином которого был наследодатель в момент своей смерти. Согласно п. 1 ст. 18 Закона от 31 мая 1995 г. в случаях, когда в соответствии с этим Законом должно применяться право страны, в которой действует одновременно несколько правовых систем в зависимости от территориального или персонального принципа, подлежащее применению право определяется на основе критериев, применяемых правом этой страны.

В США наследственное право регулируется не федеральным законодательством, а законодательством штатов. Поскольку в США не установлены законодательные критерии для определения применимого права на основе федеральных коллизионных норм, итальянский суд должен исходя из п. 2 ст. 18 указанного Закона применять правовую систему, с которой отношение наиболее тесно связано. В данном случае он должен будет исходить не только из того, что в США существует гражданство США как федеративного государства (*federal citizenship*), но и из того, что имеется гражданство каждого штата (*state citizenship*). Гражданством штата обладают граждане, домицилированные в соответствующем штате. Наследодатель имел свой домицилий (особая

форма места жительства) в Калифорнии. Наличие домицилия в Калифорнии должно рассматриваться как наличие тесной связи именно с этим штатом. Отсюда следует, что подлежит применению законодательство Калифорнии. В случае наследования в отношении движимого имущества право Калифорнии не содержит обратной отсылки, а в отношении недвижимого имущества оно отсылает к праву места нахождения имущества.

Согласно ст. 27 приведенного выше Закона Италии от 31 мая 1995 г. о реформе итальянской системы международного частного права брачная правоспособность и другие условия вступления в брак определяются правом страны гражданства каждого из лиц, вступающих в брак.

В случае если в Италии возникнет вопрос при заключении брака итальянского гражданина с гражданкой России, проживающей в г. Владимире, в отношении брачного возраста, итальянский орган регистрации брака должен будет учитывать то обстоятельство, что согласно ст. 13 СК РФ брачный возраст может устанавливаться законами субъектов Федерации, и во Владимирской области установлен более низкий возраст, чем в Российской Федерации.

В ст. 1188 части третьей ГК РФ предусмотрено специальное правило о применении права страны с множественностью правовых систем. "В случае, когда подлежит применению право страны, в которой действуют несколько правовых систем, применяется правовая система, определяемая в соответствии с правом этой страны. Если невозможно определить в соответствии с правом этой страны, какая из правовых систем подлежит применению, применяется правовая система, с которой отношение наиболее тесно связано".

Эта статья сформулирована самым общим образом. В комментарии В.П. Звекова к этой статье обращено внимание на то, что эта статья, "используя общее понятие "правовые системы", охватывает, очевидно, их основные разновидности - как территориальные, так и иные ("персональные") правовые системы". Известно, что в ряде государств Азии и Африки, особенно в сферах брачно-семейных и наследственных отношений, где сильны традиции и обычаи, к лицам различных вероисповеданий или принадлежащих к различным племенам, применяются различные правовые системы, прежде всего мусульманского права. Представляется, что наиболее удачно эта ситуация отражена в ГК Квебека (Канада), в котором применен термин "несколько правовых систем, подлежащих применению к различным категориям лиц" (ст. 3077).

Так, если возникнет необходимость применить к какому-либо отношению право США, нужно сначала установить, каким законодательством - федеральным или штата - регулируется отношение

такого рода. Применимое право на практике в ряде случаев определяется не только в отношении какой-либо территории, но и в отношении лиц (интерперсональное право), и в отношении времени (интертемпоральное право). В нашей литературе обращалось внимание на то, что ст. 1188 ГК РФ может применяться только к действию норм иностранного права в пространстве и по кругу лиц (И.В. Елисеев).

5. Особое место занимают коллизионные нормы, установленные международными договорами, заключенными государствами - участниками СНГ. В качестве примера таких норм приведем положения ст. 11 Киевского соглашения 1992 г.

В соответствии с этой статьей гражданское законодательство одного государства - участника СНГ применяется на территории другого государства - участника СНГ согласно следующим правилам:

а) гражданская правоспособность и дееспособность юридических лиц и предпринимателей определяется по законодательству государства - участника СНГ, на территории которого учреждено юридическое лицо, зарегистрирован предприниматель;

б) к отношениям, вытекающим из права собственности, применяется законодательство места нахождения имущества. Право собственности на транспортные средства, подлежащие внесению в государственные реестры, определяется по законодательству государства, где транспортное средство внесено в реестр;

в) возникновение и прекращение права собственности или иного вещного права на имущество определяется по законодательству государства, на территории которого имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием возникновения или прекращения такого права. Возникновение и прекращение права собственности или иного вещного права на имущество, являющееся предметом сделки, определяется по законодательству места совершения сделки, если иное не предусмотрено соглашением сторон;

г) форма сделки определяется по законодательству места ее совершения. Форма сделок по продаже строений, другого недвижимого имущества и прав на него определяется по законодательству места нахождения такого имущества;

д) форма и срок действия доверенности определяются по законодательству государства, на территории которого выдана доверенность;

е) права и обязанности сторон по сделке определяются по законодательству места ее совершения, если иное не предусмотрено соглашением сторон;

ж) права и обязанности сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по законодательству государства, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда.

Это законодательство не применяется, если действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда, по законодательству места рассмотрения спора не является противоправным;

з) вопросы исковой давности разрешаются по законодательству государства, применяемому для регулирования соответствующего отношения.

Какое значение имеют приведенные положения? Содержание коллизионных норм отдельных государств - участников Соглашения может не совпадать. Приведенные правила о праве, подлежащем применению к тем или иным отношениям, призваны обеспечить единый подход к таким отношениям независимо от того, в какой стране - участнице соглашения рассматривается спор. Соглашение обеспечивает применение к правоотношению одного и того же законодательства, а именно того, к которому отсылает приведенная выше статья.

В тех же случаях, когда в соглашении не предусмотрена единая коллизионная норма (например, о праве, подлежащем применению к договору о создании предприятия с иностранными инвестициями), суды, в том числе и судебные органы каждой из стран-участниц, будут применять коллизионные нормы своего государства.

Более детальное регулирование содержится в Минской конвенции 1993 г., которая в зарубежной литературе (Ф. Майорас) получила наименование "кодекс международного частного права СНГ". Коллизионные нормы Минской конвенции, в том числе и ее новой редакции (Кишиневская конвенция 2002 г.), рассматриваются в соответствующих главах.

Доктрина и практика разных государств различают "международные" и "межобластные" коллизии, поскольку их правовая природа различна.

Для России как федеративного государства проблема решения так называемых межобластных коллизий, под которыми понимается определение применения законодательства различных субъектов РФ, имеет существенное значение. Еще в Федеральном договоре (март 1992 г.) было предусмотрено разграничение предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти РФ и органами власти республик в составе Федерации. Согласно ст. 1 этого договора к ведению федеральных органов было отнесено "федеральное коллизионное

право". Федеральное коллизионное право, согласно п. "п" ст. 71 Конституции РФ, находится в ведении Российской Федерации. В США исторически решение межштатных коллизий первоначально использовалось в судебной практике для решения "международных коллизий", однако идентично эти проблемы не решаются, во всяком случае в отношении действия оговорки о публичном порядке, принципа автономии воли сторон, взаимности, определения юрисдикции, признания и исполнения судебных решений.

5. Квалификация юридических понятий коллизионной нормы

В процессе применения коллизионной нормы возникает проблема квалификации юридических понятий, используемых в самой формулировке коллизионной нормы (как объема, так и привязки). В праве различных государств эти понятия ("домиций", "форма сделки", "движимое и недвижимое имущество" и т.д.) не совпадают по своему содержанию. Например, исковая давность рассматривается во Франции, как и в подавляющем большинстве других государств, как понятие гражданского права, а в Великобритании, США и Финляндии - как понятие процессуального права.

Правда, в самой Великобритании в 1984 г. был принят Закон об иностранных сроках исковой давности, в котором было установлено, что правила об этих сроках считаются относящимися к материальному праву, применяемому к договору, а не к процессуальным нормам.

В США также постепенно происходит отход от характеристики этого института как процессуального с целью применения принятого в международном частном праве подхода.

Если французский суд квалифицирует давность не по собственному праву, а по английскому (в случае, когда к сделке подлежит применению английское право), то применить английские правила о сроке давности он не сможет, поскольку суд вообще не применяет иностранные процессуальные законы. Господствующая доктрина западных государств исходит из того, что квалификация юридических понятий должна проводиться по закону страны суда до того, как решена проблема выбора закона, т.е. до того, как применена коллизионная норма. Но если на основе коллизионной нормы должен применяться иностранный закон, то всякая дальнейшая квалификация возможна лишь на основе той правовой системы, к которой отсылает коллизионная норма. Следует подчеркнуть, что во всех случаях, когда коллизионная норма права иностранного государства отсылает к нашему закону, суд или иной орган этого

государства должен применять российский закон так, как он применяется в России.

В прошлом, до принятия части третьей ГК РФ, в нашей стране отсутствовало законодательное регулирование сложных проблем квалификации в области международного частного права. Этот пробел был восполнен принятием ст. 1187 ГК РФ, текст которой гласит:

"1. При определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий осуществляется в соответствии с российским правом, если иное не предусмотрено законом.

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

Из текста этой статьи следует, что проблема квалификации в современном российском законодательстве решается в отношении понятий как объема, так и привязки коллизионной нормы, исходя из одних и тех же критериев. Основным правилом, установленным п. 1 ст. 1187, является правило о толковании юридических понятий в соответствии с российским правом. Из этого основного правила сделаны исключения, а именно: во-первых, может осуществляться квалификация, как это предусмотрено п. 2 этой статьи, на основе иностранного права, а во-вторых, и в самой третьей части ГК РФ, и в других законах могут применяться иные подходы. Так, в соответствии со ст. 1205 ГК РФ содержание права собственности и иных вещных прав на недвижимое и движимое имущество должно определяться по праву страны, где это имущество находится. При таком подходе, допускающем в определенных случаях осуществление квалификации на основе иностранного права, должным образом учтено объективное несовпадение или же существенные различия в правовых системах разных государств.

В комментариях В.П. Звекова к этой статье справедливо обращалось внимание на то, что она предусматривает так называемую первичную квалификацию, т.е. квалификацию с целью определения подлежащей применению коллизионной нормы. Если говорить о "вторичной квалификации", т.е. о квалификации после того, как уже применена коллизионная норма, то такая дальнейшая квалификация должна осуществляться на основе той правовой системы, к которой эта коллизионная норма отсылает. Применительно к исковой давности из такого принципа исходила долголетняя практика международного коммерческого арбитража как в СССР, так и в России.

6. Обратная отсылка и отсылка к закону третьей страны

Один из самых сложных вопросов применения коллизионных норм - это вопрос об обратной отсылке (от франц. *renvoi* - отсылка). Проблема обратной отсылки, как и проблема отсылки к закону третьей страны, возникла перед судами ряда государств во второй половине XIX в. Эта проблема первоначально возникла в судебной практике Франции при рассмотрении дела Форго.

Суть дела состояла в следующем. Франц Форго родился как внебрачный ребенок в 1801 г. в тогдашнем королевстве Бавария. Его родителями были баварские подданные. Когда ему исполнилось пять лет, он переехал со своей матерью во Францию. Позднее он женился там на богатой француженке. Форго скончался на юге Франции после смерти своей жены. Завещание он не составлял. После его смерти осталось значительное имущество (вклады во французских банках). По баварскому материальному наследственному праву, наследниками признавались потомки сестры матери, причем они становились наследниками после рождения внебрачных детей. По действовавшему в то время французскому материальному праву, законным наследником могло быть только французское государство, поскольку других наследников, признаваемых французским правом, не было. Таким образом, на наследство претендовали баварские кровные родственники Форго по боковой линии. Дело рассматривалось в течение длительного времени во французских судах. Затем французский кассационный суд в 1878 г. установил, что по французскому коллизионному праву к наследованию в движимом имуществе должен применяться закон "домицилия [происхождения]" наследодателя, т.е. в данном случае французская коллизионная норма отсылала к баварскому праву. При этом было установлено, что Форго, как это ни удивительно, оставался подданным Баварии, во Франции не натурализован. Он сохранил свое местожительство в Баварии, поскольку не подавал соответствующих ходатайств во Франции. Суд должен был, таким образом, применять баварское материальное право. Но при этом суд обратил внимание и на коллизионные нормы баварского права. Согласно же баварскому коллизионному праву, в отношении наследования движимого имущества подлежало применению законодательство страны домицилия, но под ним понималось фактическое место жительства наследователя, иными словами, надо было применять французское право.

Французский суд в своем последнем решении воспринял обратную отсылку, применил материально-правовые нормы французского права,

объявил имущество выморочным и отказал в праве на него родственникам наследодателя. Вклады в банках достались французской казне. В доктрине была сделана попытка продолжить эти рассуждения и сослаться на то, что во французском праве тоже имеются не только материальные нормы, но и нормы коллизионные, которые, в свою очередь, отсылают к баварскому законодательству, и т.д. Так можно рассуждать до бесконечности. Как образно заметил в отечественной литературе академик В.М. Корецкий, проблема обратной отсылки похожа на настольный теннис или сказку про белого бычка. Таким образом, эта проблема возникает в случаях, когда отечественное право отсылает к иностранному праву, а из коллизионных норм последнего вытекает необходимость обращения вновь к отечественному праву или к праву третьей страны.

В пользу принятия обратной отсылки приводят обычно довод о том, что сама идея коллизионного метода регулирования состоит в выборе правовой системы, с которой данное правоотношение имеет наиболее тесную связь. Поэтому следует использовать не только ее материальные, но и коллизионные нормы. Позднее стали приводить и довод чисто практического порядка: принятие обратной отсылки ведет к сокращению случаев вынесения судами решений на основе иностранного права, что значительно упрощает их работу по рассмотрению споров.

Против признания *renvoi* выдвигается довод о том, что коллизионная норма страны суда уже решила проблему выбора права. Поэтому отсылку к праву другой страны следует понимать как отсылку исключительно к материально-правовым нормам другой страны, а не к ее коллизионным нормам. Отрицательное отношение к принятию обратной отсылки (точно так же, как и к практике отсылки к закону третьей страны) было проявлено в Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам (ст. 15). В этой статье предусмотрено, что под правом государства, подлежащим применению в соответствии с Римской конвенцией, понимаются действующие в этом государстве правовые нормы "за исключением норм международного частного права". Эта позиция была поддержана в резолюции такой авторитетной неправительственной организации, как Институт международного права.

Законодательная практика и доктрина иностранных государств не дают однозначного ответа на вопрос о применимости обратной отсылки и отсылки к праву третьей страны.

В ФРГ Вводный закон к Германскому гражданскому уложению (ГГУ) общим образом признает обратную отсылку и отсылку к третьему закону. Согласно ст. 4 при отсылке к праву какого-либо государства применяется и его международное частное право, если это не противоречит смыслу коллизионной нормы. Если право иностранного

государства содержит отсылку к гражданскому праву, то применяются нормы германского материального права (п. 1 ст. 4). Однако в отношении обязательственных договорных отношений под подлежащим применению правом иностранного государства "понимаются действующие в этом государстве материальные нормы" (ст. 35).

Согласно Закону о международном частном праве Эстонии 2002 г. обратная отсылка признается. В случае если нормы международного частного права иностранного государства предусматривают применение эстонского права, то применяются нормы эстонского материального права. Отсылка к праву третьей страны не признается (ст. 6).

Обратная отсылка подлежит применению согласно законам Венгрии, Польши, Грузии и некоторых других стран. По Закону о международном частном праве Швейцарии 1987 г. она прямо допускается в случаях отсылки к швейцарскому праву, регулирующему вопросы гражданского состояния. Так же как в Швейцарии, применение обратной отсылки только в конкретных установленных законом случаях предусмотрено законами Италии, Португалии, Швеции, штата Луизиана (США). По этому пути пошло законодательство большинства стран СНГ, в том числе и России.

2. В нашей стране отрицательное отношение к применению обратной отсылки было выражено прежде всего в отношении применения права к внешнеторговым сделкам в практике международного коммерческого арбитражного суда.

При рассмотрении Внешнеторговой арбитражной комиссией (преобразованной в МКАС) еще в 1967 г. иска английской фирмы "Ромулус филмс лтд" к В/О "Совэкспортфильм" возник следующий вопрос: договор о прокате советского фильма "Спящая красавица" был заключен в Лондоне, и, следовательно, в соответствии с действующей тогда коллизионной нормой ст. 126 Основ гражданского законодательства 1961 г. к нему должно было применяться английское право. Однако ответчик, ссылаясь на английские коллизионные нормы, доказывал, что они отсылают, в свою очередь, к советскому праву. Арбитраж отверг этот довод ответчика, указав в своем решении, в частности, следующее: "Как бы ни решался этот вопрос по английскому коллизионному праву, принятие обратной отсылки во всяком случае зависит от советского коллизионного права", а последнее в соответствии с господствующей доктриной и практикой не применяет "обратной отсылки при разрешении споров по внешнеторговым сделкам, за исключением случаев, предусмотренных в заключенных СССР международных договорах".

Вопрос об обратной отсылке в период существования Совета Экономической Взаимопомощи (СЭВ) получил отрицательное решение и

при регулировании внешнеторговой поставки в отношениях между странами - членами СЭВ. Это нашло свое выражение в том, что в Общих условиях поставок СЭВ 1968/1988 гг., подлежащих обязательному применению, прямо предусматривалось, что в отношениях сторон по поставкам товаров по тем вопросам, которые не урегулированы контрактом или настоящими Общими условиями, применяется "материальное право страны продавца", иными словами, обратная отсылка исключалась.

Отрицательное отношение к применению обратной отсылки получило в России впервые законодательное закрепление в Законе о международном коммерческом арбитраже 1993 г. В соответствии с этим Законом третейский суд должен разрешать споры в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. "Любое указание на право или систему права какого-либо государства, - говорится в ст. 28 Закона, - должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам".

В российском гражданском законодательстве вопрос об обратной отсылке впервые был решен в третьей части ГК РФ (ст. 1190).

Приведем текст этой статьи.

1. Любая отсылка к иностранному праву в соответствии с правилами настоящего раздела должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву соответствующей страны, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи.

2. Обратная отсылка иностранного права может приниматься в случаях отсылки к российскому праву, определяющему правовое положение физического лица (статьи 1195 - 1200)".

Из приведенного текста следует, что общее правило неприменения обратной отсылки и отсылки к закону третьей страны установлено не только в отношении договоров. Согласно этому правилу любая отсылка к иностранному праву должна пониматься как отсылка к материальному праву, а не к коллизионному праву соответствующей страны. Хотя коллизионные нормы, включенные в разд. VI третьей части ГК РФ, предусматривают отсылку не к конкретному, изолированному предписанию иностранного права, а к иностранной правовой системе в целом, однако в эту систему не включаются коллизионные нормы (нормы международного частного права) соответствующей страны. Применению подлежат лишь материальное право, материально-правовые нормы соответствующей страны.

Правило ст. 1190 непосредственно связано с правилами ст. 1210, устанавливающими основополагающие принципы автономии воли сторон.

Выбирая право, подлежащее применению к их отношениям, стороны в договоре имеют в виду исключительно материальное право, а не коллизионные нормы иностранного права, применение которого может лишь привести к неопределенности касательно права, подлежащего применению к отношениям сторон.

Статья 1190 предусматривает исключения из этого общего правила в отношении двух категорий случаев, или, иными словами, при наличии двух условий. Во-первых, когда нормы иностранного права отсылают конкретно к российскому праву, а не к праву какой-то третьей страны. Таким образом, отсылка к праву третьей страны в соответствии с рассматриваемой нормой вообще не допускается.

Во-вторых, при отсылке к российскому праву конкретно устанавливается, что обратная отсылка может применяться в случаях отсылки к положениям, определяющим правовое положение физического лица.

Речь идет о статьях, определяющих личный закон физического лица (ст. 1195), право, подлежащее применению при определении гражданской правоспособности физического лица (ст. 1196), право, подлежащее применению при определении гражданской дееспособности физического лица (ст. 1197), право, подлежащее применению при определении прав физического лица на имя (ст. 1198), право, подлежащее применению к опеке и попечительству (ст. 1199), право, подлежащее применению при признании физического лица безвестно отсутствующим и при объявлении умершим (ст. 1200). Так, в отношении опеки над несовершеннолетним гражданином Канады, проживающим в России, коллизионная норма отсылает к закону о гражданстве, а коллизионная норма Канады отсылает к закону местожительства. Применение российского права в случаях, касающихся определения личного закона физического лица, способствует большей стабильности и определенности в отношении определения прав личности.

Общий отрицательный подход к применению обратной отсылки, проявленной в части третьей ГК РФ, естественно, не означает, что она не будет применяться в случаях, когда такая отсылка прямо предусмотрена в международных соглашениях (например, во вступившей в силу в 1985 г. Конвенции о международном железнодорожном сообщении (КОТИФ), заменившей Бернские конвенции о железнодорожных перевозках. Согласно этой Конвенции общая коллизионная норма отсылает к праву страны суда, включая его коллизионные нормы. Хотя Россия не является участницей КОТИФ, положения этого соглашения, связанные с этим инструкции и другие нормативные акты применяются при перевозках

российских внешнеторговых грузов в страны Европы и из этих стран в Россию (см. подробнее гл. 11).

3. Модельный Гражданский кодекс стран СНГ предлагает принимать обратную отсылку и отсылку к праву третьей страны лишь в строго определенных случаях (определение личного закона физического лица, гражданской дееспособности в отношении сделок и обязательств, возникающих вследствие причиненного вреда, и др.). Любая иная отсылка к иностранному праву должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву соответствующей страны. Эти положения были восприняты в ГК Белоруссии (ст. 1096), Казахстана и других государств.

Согласно ГК Армении любая отсылка должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву соответствующего государства (ст. 1260). Это предусматривает и Закон о международном частном праве Азербайджана. Согласно этому Закону обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны применяется в отношении физических лиц, их правоспособности и дееспособности, а также семейных и наследственных отношений (ст. 3).

7. Оговорка о публичном порядке

Оговорка о публичном порядке (*ordre public*, *public policy*, *Vorbehaltsklausel*) относится к числу таких общих понятий международного частного права, при помощи которых может быть ограничено применение норм иностранного права, к которым отсылает коллизионная норма. Тем самым путем применения этой оговорки ограничивается действие отечественной коллизионной нормы. Подход такого рода проявился еще в средние века, но своим развитием оговорка обязана Гражданскому кодексу Франции 1804 г., в ст. 6 которого было сформулировано правило о том, что "нельзя нарушать частными соглашениями законов, затрагивающих общественный порядок и добрые нравы". Под частными соглашениями понимались соглашения между лицами и имелся в виду сугубо внутренний публичный порядок, однако затем во Франции путем толкования ст. 6 стало действовать положение о том, что оговорка о публичном порядке ограничивает применение в данной стране иностранного права, которое должно применяться в силу предписания коллизионной нормы. Публичный порядок стал в этом случае именоваться "международным публичным порядком". Как и многие другие термины в области международного частного права, и этот термин носит условный характер. И в той же Франции было предложено использовать более точную формулировку: "публичный порядок в смысле

международного частного права". Суть оговорки состоит в том, чтобы ограничить действие собственной коллизионной нормы, исключив применение иностранного закона в случае, если его применение несовместимо с публичным порядком страны суда.

Такова первая, первоначальная сфера действия оговорки о публичном порядке. Впоследствии эта оговорка стала применяться и в сфере, относящейся к области международного гражданского процесса (исполнение судебных поручений иностранных судов, признание и исполнение иностранных судебных и арбитражных решений).

Так, согласно Нью-Йоркской конвенции 1958 г., в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного в другой стране, может быть отказано, если "признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку страны".

Во многих судебных решениях, касающихся толкования и применения этого положения Нью-Йоркской конвенции, подчеркивалась необходимость разграничения "внутреннего публичного порядка", относящегося к сугубо внутренним отношениям, и "международного публичного порядка", применимого к правоотношениям, возникающим в международном обороте, т.е. в частности, к отношениям между юридическими лицами различных государств. Этот справедливый вывод был сделан С.Н. Лебедевым на основе анализа материалов ежегодников, издаваемых Международным советом коммерческого арбитража.

Понятие публичного порядка в судебной практике и доктрине многих государств отличается крайней неопределенностью и, пользуясь этой неопределенностью, суды стран Запада в целом ряде дел, особенно в делах, касающихся признания действия проведенной в нашей стране национализации, а также применительно к области семейного права, не применяли советское право в силу его принципиального отличия от права этих стран. Такая позиция судов чрезмерно расширяла понятие этой оговорки и сводила на нет применение иностранного права (см. гл. 7).

Однако еще в 20-х гг. в ряде своих решений суды были вынуждены отвергнуть ссылки на противоречие публичному порядку советских декретов о национализации (в Великобритании - по делу Лютера - Сегора, в США - по делу о советском золоте).

В качестве примера решения этого вопроса в современном законодательстве приведем ст. 17 Закона о международном частном праве Швейцарии 1981 г., в которой сказано: "Иностранное право не применяется, если последствия его применения несовместимы со швейцарским публичным порядком".

Иначе аналогичное правило было сформулировано в действующем Вводном законе к Германскому гражданскому уложению, в редакции

Закона от 25 июля 1986 г. В ст. 6 этого Закона говорится: "Какая-либо правовая норма другого государства не применяется, если ее применение ведет к результату, который явно несовместим с существенными принципами германского права. Она в особенности не применяется, если это применение несовместимо с основными правами". Отметим, что под основными правами в современном праве ФРГ понимаются права человека и гражданина. Формулировка ст. 6 была воспроизведена в гражданском процессуальном кодексе Германии. В немецком праве центр тяжести перенесен на иностранное право. Такой подход именуется в доктрине как "негативная концепция публичного порядка". Именно эта концепция отражена в современных кодификациях в области международного частного права в подавляющем большинстве стран (в Австрии, Швейцарии, Испании, Италии, Эстонии и др.).

Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. содержит следующую оговорку о публичном порядке: "В применении нормы права любой страны, определяемой настоящей Конвенцией, может быть отказано только в том случае, если такое применение явно не соответствует публичному порядку (*ordre public*) суда" (ст. 16).

Приведенные примеры свидетельствуют о наличии в современном законодательстве тенденции осторожного, взвешенного подхода к определению оговорки о публичном порядке.

В современных условиях более осторожным стал подход судебной практики к применению оговорки о публичном порядке и в отношении применения действия законов о национализации.

Из практики судов Франции заслуживает внимания дело о картинах Пикассо, рассмотренное в 1954 г. судом департамента Сена. Несколько картин этого художника были вывезены из СССР в Париж и выставлены в одном из французских музеев. До революции картины принадлежали С.И. Щукину, затем были национализированы и стали достоянием советского государства. Иск был предъявлен дочерью С.И. Щукина - Екатериной Щукиной-Келлер, которая требовала признать ее право собственности на картины и просила наложить на них арест. Иск был отклонен, причем французский суд в своем решении указал, что французский публичный порядок в данном деле не был задет в такой мере, чтобы требовалось принятие срочных мер, ибо эти картины были приобретены уже много лет назад иностранным сувереном от его собственных граждан, на его собственной территории и в соответствии с законами страны.

В аналогичном деле о картинах Матисса иск был предъявлен в 1993 г. другой дочерью С.И. Щукина - Ириной Щукиной (подробнее об этом см. гл. 6). Суд также отклонил ссылку истца на то, что проведение

национализации без компенсации представляет собой нарушение французского публичного порядка и поэтому акт национализации не может быть признан во Франции.

На основании изложенного можно прийти к выводу следующего характера.

Если в какой-либо стране злоупотреблять применением этой оговорки, необоснованно часто к ней прибегать, тогда можно лишить смысла существование в такой стране международного частного права вообще, как системы норм, призванной обеспечивать защиту прав граждан и юридических лиц, возникших в силу применения норм иностранного права.

В законодательстве РФ основное правило о публичном порядке содержится в третьей части ГК РФ, в ст. 1193. Приведем текст этой статьи.

"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. В этом случае при необходимости применяется соответствующая норма российского права.

Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации".

В приведенной формулировке ст. 1193 обращает на себя внимание то, что в ней, в отличие от ранее действовавшей ст. 158 Основ 1991 г., особо подчеркивается исключительный характер обращения к оговорке о публичном порядке.

Как отмечалось в комментариях А.Н. Жильцова к этой статье, она сформулирована с учетом как отечественных правовых традиций, так и современной общемировой традиции к максимальному сужению сферы применения оговорки о публичном порядке, к сокращению случаев обращения судов и других правоприменительных органов к этому защитному механизму. В ст. 1193 говорится о том, что норма иностранного права не применяется в исключительных случаях, и при этом лишь тогда, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. На использование в ст. 1193 слов "последствия применения" следует обратить особое внимание. Известно, что существует глубокое заблуждение в понимании самой сущности оговорки о публичном порядке, когда исходят из того, что эта оговорка применяется в случае

противоречия содержания правовой нормы иностранного права, подлежащей применению в стране суда, основополагающим принципам права этой страны. Речь же должна идти, на что неоднократно обращалось внимание в нашей доктрине (Л.А. Лунц, В.П. Звеков и др.), на неприемлемость для страны суда последствий применения иностранной нормы. В ст. 1193 предусмотрено, что в случае применения оговорки о публичном порядке "при необходимости применяются соответствующие нормы российского права". Имеется в виду, что в этом случае будет применена материально-правовая норма российского права.

В области международного гражданского процесса соответствующие положения содержатся в ГПК РФ, АПК РФ и других законодательных актах.

В ГПК РФ в качестве основания для отказа в принудительном исполнении или в признании решения иностранного суда указан, в частности, случай, когда исполнение решения может нанести ущерб суверенитету России, или угрожает ее безопасности, либо противоречит публичному порядку Российской Федерации (п. 5 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ). В признании и исполнении решений иностранных третейских судов (арбитраж) может быть отказано, если это признание и исполнение противоречат публичному порядку Российской Федерации (п. 2 ч. 1 ст. 417 ГПК РФ).

В разд. VII Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г. воспроизведено положение Нью-Йоркской конвенции о том, что арбитражные решения не исполняются, если будет найдено, что признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречат публичному праву Российской Федерации (ст. 36).

Соответствующие положения о возможности применения оговорки о публичном порядке содержатся также в ст. 167 СК РФ, в ст. 414 КТМ РФ.

Согласно АПК РФ арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда, если исполнение такого решения "противоречило бы публичному порядку Российской Федерации" (п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК РФ).

Статья 167 СК РФ устанавливает, что "нормы иностранного семейного права не применяются в случае, если такое применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В этом случае применяется законодательство Российской Федерации".

Следует обратить внимание на то, что в приведенных статьях говорится не о случаях противоречия самого иностранного закона основам нашего строя, а о противоречии этим основам применения иностранного закона. Приведем пример: обычное право иностранного

государства, допускающее полигамию, противоречит основам российского семейного права, но из этого не вытекает, что полигамные браки, заключенные в стране, где они действительно, не могут порождать юридические последствия, которые были бы признаны в России (требование об уплате алиментов на содержание детей и т.п.).

Для нашей практики характерен крайне осторожный подход к вопросу об использовании оговорки о публичном порядке, хотя возможность неприменения иностранного права есть. Наличие принципиального различия между нашим законом и законом другого государства не может само по себе быть основанием для применения оговорки о публичном порядке, поскольку такое применение этой оговорки могло бы привести к отрицанию применения в России права иностранного государства вообще.

Напомним, что в ст. 1193 ГК РФ прямо обращается внимание на то, что отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан лишь на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы России.

Под "публичным порядком Российской Федерации" понимаются основы общественного строя российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания (Определение судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 25 сентября 1998 г.).

Как отмечалось в Постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 2 июня 1999 г., под публичным порядком следует понимать основные принципы, закрепленные в Конституции РФ и законах Российской Федерации.

В комментариях А.И. Жильцова к ст. 1193 обращалось внимание на то, что дать исчерпывающий перечень этих принципов невозможно. В отечественной литературе отмечалось, что критерии применения оговорки о публичном порядке к предпринимательским отношениям пока только формируются. В основном в практике судов проблема обращения к оговорке о публичном порядке чаще всего возникает при рассмотрении вопроса об исполнении решений третейских судов (международных коммерческих арбитражных судов, находящихся как в России, так и за рубежом). Эта практика отличается неустойчивостью, причем часто приходится сталкиваться с недостаточно четким пониманием того, что представляет собой эта оговорка. Приведем пример. Верховный Суд РФ в одном из своих определений, вынесенных в 1998 г., признал

неправильным вывод Московского городского суда о противоречии решения МКАС публичному порядку РФ на том основании, что это решение не соответствует российскому законодательству.

Этот вывод, как совершенно справедливо указал Верховный Суд, основан на неверном толковании понятия "публичный порядок Российской Федерации", а также противоречит содержанию решения, в котором отсутствуют ссылки на нормы международного или иностранного права. Решение арбитражного (третейского) суда основано на нормах российского гражданского законодательства, что вообще исключает возможность ссылки на нарушение публичного порядка, поскольку применение норм национального российского права не может трактоваться как нарушение публичного порядка Российской Федерации.

Содержание понятия "публичный порядок" не совпадает с содержанием национального законодательства Российской Федерации. Поскольку законодательство Российской Федерации допускает применение норм иностранного государства (ст. 28 Закона о международном коммерческом арбитраже), наличие принципиального различия между российским законом и законом другого государства само по себе не может быть основанием для применения оговорки о публичном порядке. Такое применение этой оговорки означало бы отрицание применения в Российской Федерации права иностранного государства вообще (Определение судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 25 сентября 1998 г.).

Таким образом, благодаря применению оговорки о публичном порядке ограничивается применение иностранного права, но она может применяться в исключительных случаях.

В отношениях между странами СНГ Кишиневская конвенция 2002 г. предусматривает возможность отказа в признании и исполнении решения по гражданским и семейным делам, вынесенного в другой стране в случае, если "признание и исполнение решения противоречит публичному порядку запрашиваемой Договаривающейся Стороны" (ст. 59).

Контрольные вопросы по теме:

1. Раскройте коллизионный и материально-правовой методы регулирования
2. Охарактеризуйте национальный режим и режим наибольшего благоприятствования
3. Что такое взаимность и реторсия?
4. Какова структура и содержание коллизионных норм?
5. Дайте определение обратной отсылки и отсылки к закону третьей страны

Лекция 4. Физические лица в международном частном праве и их правовое положение.

1. Общие вопросы правового положения иностранцев.
2. Гражданско-правовое положение иностранцев в России.
3. Правовое положение беженцев и переселенцев.
4. Гражданско-правовое положение российских граждан за рубежом

1. Общие вопросы правового положения иностранцев

Термин "физические лица" применяется в гражданском законодательстве и в международных соглашениях для обозначения людей как субъектов права. Понятие физического лица позволяет отграничить этих субъектов частноправовых отношений от лиц юридических. С позиций международного частного права к физическим лицам относятся все участники соответствующих правоотношений независимо от их гражданства, это могут быть российские граждане, граждане других государств и лица без гражданства. Иностранцами признаются лица, не являющиеся гражданами РФ и имеющие доказательства наличия гражданства (подданства) иностранного государства. В настоящем учебнике для удобства термин "иностранец" применяется в ряде случаев как адекватный термину "иностраный гражданин", хотя под ним должны пониматься и иностранные граждане, и лица без гражданства. Лицо без гражданства - это лицо, не являющееся гражданином РФ и не имеющее доказательств наличия гражданства (подданства) иностранного государства. Для проблематики международного частного права имеют значение и определение понятий беженца и переселенца (см. п. 4.4).

Нормами международного частного права регулируются имущественные, личные неимущественные, семейные, трудовые и процессуальные права иностранцев.

Актуальность определения правового положения иностранцев в России и российских граждан за пределами России не подлежит сомнению. Это можно объяснить тем, что само число приезжающих в нашу страну и проживающих в ней иностранцев резко увеличилось, что, в свою очередь, определяется отменой многих административных ограничений и запретов для въезда и передвижения иностранцев, открытостью российской экономики для зарубежных инвесторов и предпринимателей, изменением порядка внешнеторговой деятельности, долгосрочным пребыванием большого числа строителей, рабочих иных

профессий, специалистов из других стран, а также бурным развитием туризма.

Резко возросла и иммиграция российских граждан за границу, прежде всего в США, Израиль, Германию, Нидерланды и в ряд других государств. В одних случаях они уезжают для временного пребывания за рубежом с целью учебы, занятия научной, артистической, спортивной или иной профессиональной деятельностью, на лечение и отдых, в других - они встали на путь изменения постоянного места жительства, при этом в течение определенного периода такие лица сохраняли российское гражданство. Рост числа смешанных браков также приводит к увеличению числа российских граждан, выезжающих за границу.

Известно, что после распада СССР более 25 млн. людей стали нашими соотечественниками за рубежом, оказавшись за пределами своей Родины и неожиданно для самих себя превратившись в "национальные меньшинства" даже в тех государствах, где русскоязычное население составляет преобладающую или значительную часть. Защита прав соотечественников и русскоязычного населения в странах СНГ и Балтии стала важнейшей задачей российского государства и его внешней политики. В 1996 г. Правительством РФ была принята Программа мер по поддержке соотечественников за рубежом и в 1999 г. - специальный Федеральный закон "О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом".

Применительно к проблематике международного частного права отметим, что существенное значение для улучшения ситуации в странах Балтии может иметь разработка законов о финансовых и иных льготах для совместного бизнеса, предоставление льгот при ввозе и вывозе товаров, производимых на совместных предприятиях, с участием инвесторов из России и страны места нахождения и регистрации предприятия или индивидуального предпринимателя.

Основополагающее значение для определения правового положения иностранцев в любой стране должны иметь общепризнанные принципы и нормы общего международного права о правах и свободах человека.

Общепризнанные принципы и нормы международного права содержатся во Всеобщей декларации прав человека, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, Международном пакте о гражданских и политических правах и Факультативных протоколах к этому Пакту, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека.

Реализация и соблюдение прав человека, предусмотренных международным правом, таких как право покидать свою страну и

возвращаться в нее, признание прав и свобод за любым человеком, находящимся на территории России, независимо от того, является ли он ее гражданином, иностранным гражданином или лицом без гражданства, приобретают в современных условиях существенное значение. К лицам, в отношении которых действуют нормы международного частного права, с учетом специфики их правового положения относятся не только иностранные граждане, но и лица без гражданства, беженцы, лица, которым предоставляется политическое убежище, перемещенные лица и др.

В соответствии с Конституцией в РФ признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права (п. 1 ст. 17).

На необходимость применения судами международно-правовых документов о правах человека было обращено внимание Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия".

Во многих государствах применяется понятие "право иностранцев", которое сводится к определению особого режима для иностранцев в области публичного права. Обычно "право иностранцев" состоит из правил, касающихся поселения, поступления на работу и т.д. Имеется и точка зрения, согласно которой под "правом иностранцев" следует вообще понимать сумму норм, ограничивающих права иностранцев. Ограничения касаются главным образом права передвижения, права заниматься определенными профессиями, права приобретения недвижимости.

Есть страны, в которых традиционно "положение иностранцев" (*la condition des etrangers*) включается в международное частное право. Это Франция и страны, правовая система которых формировалась под влиянием французского права. В большинстве же современных государств, и в частности тех, где эта область детально регулируется (ФРГ, Австрия и др.), право иностранцев рассматривается как подотрасль административного права.

Таким образом, "право иностранцев" - это комплекс норм, определяющих специальный статус иностранцев, это не нормы коллизионного характера, а исключительно материально-правовые, регулирующие соответствующие отношения по существу. Обычно "право иностранцев" определяет правовой статус иностранцев как в узком, так и в широком смысле. В узком смысле - это нормы в основном административно-правового характера; они касаются отличий правового статуса иностранца от правового статуса отечественных граждан. В широком смысле - это комплекс всех норм, определяющих статус

иностранца в любом отношении: как устанавливающих отличия, так и признающих равный режим с отечественными гражданами, в том числе необходимых для осуществления деятельности иностранца как такового в пределах данного государства.

Во многих странах имеется подробно разработанное законодательство об иностранцах, в том числе и в тех, которые относятся к англо-американской системе "общего права" (common law). Но есть также страны, как, например, ФРГ, в которых традиционно право иностранцев отграничивается от международного частного права и в то же время регулируется отдельным законом (Законом об иностранцах 1990 г. в редакции 2004 г.), содержащим административно-правовые нормы.

В России и в других государствах СНГ, в КНР "право иностранцев" не считается самостоятельной отраслью в системе права. Это объясняется тем, что по предмету регулирования соответствующие нормы относятся к различным отраслям права: государственному, административному, гражданскому, трудовому, семейному, уголовному, процессуальному и т.д.

При решении коллизионных вопросов в законодательстве и доктрине ряда государств широко используется понятие личного закона физического лица (lex personalis), который призван регулировать все основные вопросы правосубъектности такого лица. Наибольшее распространение для определения такого закона получило применение принципа закона гражданства лица (lex patriae) в ФРГ, Австрии, Италии и других европейских странах. Однако в США, Англии и иных странах "общего права", а также в некоторых других государствах используются не привязки к закону гражданства, а привязка к закону места жительства (lex domicilii) или же смешанные системы. Так, по Закону о международном частном праве Эстонии 2002 г. в отношении лиц, имеющих гражданство нескольких государств, применяется гражданство того государства, с которым лицо имеет наиболее тесную связь, в отношении лиц без гражданства либо беженцев вместо гражданства применяется закон места жительства лица (ст. 11). Однако в отношении правоспособности и дееспособности физического лица, согласно этому Закону, применяется право государства места жительства данного лица (ст. 12).

4. Положение иностранцев в России определяется прежде всего Конституцией РФ. Напомним, что, согласно Конституции, иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в РФ правами и несут обязанности наравне с гражданами России, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ (ч. 3 ст. 62).

Принцип национального режима сформулирован в Конституции РФ 1993 г. более широко, чем в предшествующем законодательстве. В отличие, например, от предусмотренного Законом СССР о правовом положении иностранных граждан 1981 г., этот принцип подлежит применению не только к иностранным гражданам, но и к лицам без гражданства. Кроме того, исключения из него допускаются лишь на основании федеральных законов, а не любых других законодательных актов. Из этого следует, что законодательство субъектов РФ не может вводить какие-либо ограничения прав иностранцев.

В полном соответствии с Конституцией общее правило о национальном режиме в сфере гражданского права было сформулировано в п. 1 ст. 2 ГК РФ, где, в частности, сказано: "Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом".

К основным законодательным актам, определяющим правовое положение иностранных граждан в России, относится наряду с Конституцией и ГК РФ ряд федеральных законов.

В Федеральном законе от 31 мая 2002 г. "О гражданстве Российской Федерации", вступившем в силу с 1 июля 2002 г., наряду с определением понятий "иностраный гражданин", "лицо без гражданства" содержатся положения о двойном гражданстве (ст. 6), о предоставлении защиты и покровительства гражданам Российской Федерации, находящимся за ее пределами (ст. 7), о гражданстве и браке (ст. 8), о гражданстве детей (ст. 9, 24 - 27).

В Федеральном законе от 25 июля 2002 г. "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" наряду с общим определением правового положения иностранных граждан в Российской Федерации регулируются их отношения с органами государственной власти, органами местного самоуправления. В Законе содержатся правила, касающиеся пребывания (проживания) иностранных граждан в России и осуществления ими на территории России трудовой, предпринимательской и иной деятельности. Закон содержит следующие главы: гл. I - Общие положения; гл. II - Порядок оформления приглашений на въезд в Российскую Федерацию; гл. III - Регистрация иностранных граждан в Российской Федерации; гл. IV - Учет иностранных граждан, временно пребывающих и проживающих в Российской Федерации; гл. V - Контроль за пребыванием и проживанием иностранных граждан в Российской Федерации; гл. VI - Ответственность за нарушение настоящего Федерального закона; гл. VII - Заключительные положения. Из приведенного перечня видно, что в Законе в основном

содержатся административно-правовые правила, в частности, положения в области регулирования трудовых отношений, которые имеют существенное значение для международного частного права.

Российское законодательство исходит из следующих основных принципов правового положения иностранных граждан:

- иностранные граждане пользуются теми же правами и свободами и несут те же обязанности, что и граждане РФ;

- иностранные граждане равны перед законом независимо от происхождения, социального и имущественного положения, расовой и национальной принадлежности, пола, образования, языка, отношения к религии, рода и характера занятий и других обстоятельств;

- в отношении граждан тех государств, в которых имеются специальные ограничения прав и свобод отечественных граждан, могут быть установлены ответные ограничения;

- использование иностранными гражданами своих прав в РФ не должно наносить ущерба интересам общества и государства, правам и законным интересам граждан РФ и других лиц. Как и остальные участники гражданского оборота, иностранцы обязаны соблюдать действующие в Российской Федерации законы, включая и те, которые определяют порядок осуществления субъектами своих гражданских прав.

Наличие у гражданина РФ гражданства иностранного государства не умаляет его прав и не освобождает его от обязанностей, вытекающих из российского гражданства, если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором РФ.

При определении правового положения иностранцев наше законодательство исходит из принципа равенства всех рас и национальностей, поэтому, например, запреты для вступления в брак между белыми и неграми, действующие в некоторых странах, в Российской Федерации не имеют никакой силы.

Согласно ч. 3 ст. 19 Конституции РФ мужчины и женщины имеют в Российской Федерации равные права и свободы и равные возможности для их реализации. Действующий в нашей стране принцип равноправия женщины и мужчины полностью распространяется и на иностранцев. Женщине-иностранке предоставляются в Российской Федерации равные права с мужчиной-иностранцем.

Поэтому в Российской Федерации не могут быть признаны всякого рода ограничения прав замужних женщин. Правила законодательства Греции, Нидерландов, Бельгии, Бразилии и других государств, устанавливающие власть мужа над женой, перестают действовать для граждан этих государств во время их пребывания в Российской Федерации. Жена без согласия мужа может в Российской Федерации

поступать на работу, распоряжаться своим имуществом, обращаться в суд и т.д.

Безоговорочное признание принципа равенства женщины и мужчины приводит к тому, что в Российской Федерации не могут быть осуществлены вообще юридические действия, основанные на неравноправном положении женщины.

5. Положения о правах иностранцев содержатся в различных международных договорах, заключенных Россией с другими странами (торговых договорах, консульских конвенциях, договорах о правовой помощи, по вопросам налогообложения и т.д.). В этих актах закрепляется уравнивание иностранцев в правах либо с отечественными гражданами (предоставление национального режима), либо с гражданами любого другого государства, с которым заключен договор на аналогичных условиях (предоставление режима наибольшего благоприятствования). Так, предоставление национального режима предусмотрено договором о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам между Россией и Эстонией от 26 января 1993 г. Граждане Эстонии в России точно так же, как и граждане России на территории Эстонии, пользуются в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой в судах и других учреждениях, как и собственные граждане каждого из государств.

2. Гражданско-правовое положение иностранцев в России

Современное гражданское законодательство России для определения права, подлежащего применению к определению правового положения физических лиц, пользуется понятием личного закона физического лица (ст. 1195 ГК РФ). Личный закон определяет право, подлежащее применению при решении вопросов гражданской правоспособности физического лица (ст. 1196 ГК РФ), его гражданской дееспособности (ст. 1197 ГК РФ), при определении прав физического лица на имя (ст. 1198 ГК РФ), вопросов опеки и попечительства (ст. 1199 ГК РФ), признания лица безвестно отсутствующим или объявления его умершим (ст. 1200 ГК РФ).

Приведем текст ст. 1195 ГК РФ:

"1. Личным законом физического лица считается право страны, гражданство которой это лицо имеет.

2. Если лицо наряду с российским гражданством имеет и иностранное гражданство, его личным законом является российское право.

3. Если иностранный гражданин имеет место жительства в Российской Федерации, его личным законом является российское право.

4. При наличии у лица нескольких иностранных гражданств личным законом считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства.

5. Личным законом лица без гражданства считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства.

6. Личным законом беженца считается право страны, предоставившей ему убежище".

Из приведенного текста следует, что для третьей части ГК РФ характерно сочетание двух коллизионных привязок: привязки к закону гражданства лица и привязки к закону места жительства лица. Наряду с этим учитывается применяемый в российском праве подход, согласно которому гражданин, имеющий также иное гражданство, рассматривается Российской Федерацией только как гражданин РФ (ст. 6 Закона о гражданстве Российской Федерации). Новым для российского законодательства является введение правила о личном законе иностранных граждан, имеющих место жительства в России (п. 3 ст. 1195). Как отмечалось в комментариях к третьей части ГК (Н.И. Марышева), эта норма отражает стремление увязать применение принципа гражданства как основного принципа с территориальным принципом (указанием на место жительства). Эта норма представляет собой изъятие из основного правила о применении права страны гражданства, причем она носит односторонний характер, поскольку речь идет о применении только российского права. Таким образом, в отношении иностранного гражданина, проживающего в России, вместо права страны его гражданства должно применяться право страны места его жительства, а в отношении российских граждан, проживающих за границей, таких изъятий из общего правила и применения права страны гражданства не предусмотрено. Понятие места жительства определено в ГК РФ следующим образом: под местом жительства понимается "место, где лицо постоянно или преимущественно проживает" (ст. 20).

Принцип места жительства применяется согласно п. 4 ст. 1195 и в отношении лиц, являющихся гражданами нескольких иностранных государств. Поскольку к лицам без гражданства применение общего принципа невозможно в силу отсутствия у них гражданства, п. 5 ст. 1195 предусматривает применение права страны, в которой такое лицо имеет место жительства.

Основное правило в отношении гражданской правоспособности физического лица содержится в ст. 1196 ГК РФ. Приведем текст этой статьи:

"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".

Поскольку иностранный гражданин обладает в России такой же гражданской правоспособностью, как российский гражданин, иностранец в Российской Федерации не может претендовать на какие-либо иные гражданские права, нежели те, которые предоставлены по нашему закону гражданам РФ; иностранец не может требовать предоставления ему привилегий или установления изъятий из российского закона.

Закрепленный в законодательстве национальный режим в отношении гражданской правоспособности иностранцев носит безусловный характер, т.е. он предоставляется иностранцу в каждом конкретном случае без требования взаимности.

Сказанное не означает, что в отдельных случаях законодательством не могут быть установлены правила в отношении осуществления каких-либо прав на началах взаимности (например, такое правило применительно к занятию племенным животноводством было установлено в 1995 г. Федеральным законом).

Национальный режим в отношении прав иностранцев на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, топологии интегральных микросхем, на селекционные достижения предоставляется в силу международных договоров или на основании принципа взаимности (подробнее см. гл. 14).

В нашей литературе обращалось внимание на то, что в области гражданского права национальный режим применяется шире, чем в какой-либо иной правовой сфере. Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства, если иное не предусмотрено федеральным законом (ст. 2 ГК РФ). Речь идет о правилах, определяющих правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, а также регулирующих договорные и иные обязательства, другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Иностранные граждане могут иметь имущество на праве собственности; наследовать и завещать имущество; заниматься предпринимательской и иной деятельностью, если занятие такой деятельностью не исключается законом; создавать в установленном порядке юридические лица самостоятельно или совместно с физическими, а также юридическими лицами РФ. В то же время в отношении прав иностранцев на землю Земельным кодексом РФ и Законом об обороте

земли сельскохозяйственного назначения 2002 г. установлен ряд ограничений для иностранцев. Закон об обороте земель в п. 2 ст. 2 и ст. 3 установил, что иностранные граждане, иностранные юридические лица, лица без гражданства, а также российские юридические лица, в уставном (складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более чем 50%, могут обладать земельными участками из земель сельскохозяйственного назначения только на праве аренды.

Иностранные граждане, как и российские, вправе заниматься в России предпринимательской деятельностью без образования юридического лица. На них распространяется действие Положения о порядке государственной регистрации субъектов предпринимательской деятельности, утвержденное Указом Президента РФ от 8 июля 1994 г. Иностранные граждане как субъекты предпринимательской деятельности могут быть пользователями недр, если законодательством они будут наделены правом заниматься соответствующим видом деятельности. Речь идет о деятельности по разведке и использованию недр. В этом и в ряде других случаев определенными видами деятельности иностранные физические (и юридические) лица могут заниматься при наличии лицензии или лицензионного свидетельства (например, градостроительной деятельностью (ст. 22 Закона РФ от 14 июля 1992 г. "Об основах градостроительства в Российской Федерации"); деятельностью по предоставлению услуг связи (ст. 8 Федерального закона от 16 февраля 1995 г. "О связи")). Согласно ст. 10 Федерального закона от 17 ноября 1995 г. "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации" они могут принимать участие в архитектурной деятельности на территории России только совместно с архитектором - гражданином РФ, имеющим лицензию.

Иностранные граждане могут быть членами производственных кооперативов и сельскохозяйственных потребительских кооперативов, но лишены права участия в сельскохозяйственных производственных кооперативах (ст. 13 Федерального закона от 8 декабря 1995 г. "О сельскохозяйственной кооперации"). Кроме того, следует обратить внимание на возможность установления изъятий в отношении предоставления иностранцам равных прав с российскими гражданами. Эти изъятия немногочисленны и могут быть сведены к двум группам.

К первой группе относятся изъятия в отношении возможности для иностранцев занимать определенные должности или заниматься той или иной профессией на равных началах с нашими гражданами. Они не могут находиться на государственной или муниципальной службе, быть принятыми на работу на объекты и в организации, деятельность которых

связана с обеспечением безопасности РФ, замещать должности в составе экипажа морского судна, плавающего под флагом Российской Федерации, в соответствии с ограничениями, предусмотренными КТМ РФ, быть командирами воздушного судна гражданской авиации, заниматься иной деятельностью и занимать иные должности, допуск иностранных граждан к которым ограничен федеральным законом (ст. 14 Закона о правовом положении иностранных граждан 2002 г.). Установлен особый порядок замещения иностранными гражданами руководящих должностей в организациях, в уставном капитале которых более 50% акций или долей принадлежит российскому государству.

Вторую группу изъятий составляют правила, устанавливающие особый режим прав иностранцев, определяемый характером охраняемых прав, особенностями их юридической природы. Так, в силу территориального характера авторских прав (согласно ст. 5 Закона об авторском праве 1993 г.) национальный режим в отношении авторских прав иностранцев установлен применительно к произведениям, обнародованным на территории РФ либо необнародованным, но находящимся на территории РФ в какой-либо объективной форме. В отношении других произведений иностранцев авторские права признаются в соответствии с международными договорами РФ (см. гл. 14).

Изъятия для иностранцев и лиц без гражданства из национального режима (как в отношении ограничения, так и расширения прав по сравнению с правами российских граждан) могут быть установлены, согласно ч. 3 ст. 62 Конституции, только федеральным законом или международным договором РФ. Это означает, что ни в постановлениях Правительства РФ, ни в актах иных исполнительных органов РФ, ни в правовых актах субъектов РФ не могут вводиться особые правила для иностранных граждан.

Предоставление национального режима иностранцам означает не только уравнивание их с российскими гражданами в области гражданских прав, но и возложение на иностранцев как участников гражданских правоотношений обязанностей, вытекающих из правил нашего законодательства. Например, согласно ст. 1064 ГК РФ из факта причинения вреда личности или имуществу гражданина или имуществу юридического лица возникает обязательство по возмещению вреда. Согласно ст. 1099 - 1101 ГК РФ установлено возмещение морального вреда. Такие обязательства возникают и в случае причинения вреда иностранцами (см. гл. 13).

Осуществление прав, предоставленных в Российской Федерации иностранным гражданам в соответствии с нашим законодательством,

неотделимо от исполнения ими обязанностей. Общее правило в отношении обязанностей иностранцев сформулировано в ч. 3 ст. 62 Конституции РФ.

Иностранные граждане могут обучаться, а также повышать свою квалификацию в образовательных учреждениях РФ. Такое обучение осуществляется на основе прямых договоров с этими учреждениями, а также межправительственных и иных соглашений, заключаемых с государственными органами зарубежных стран.

Для работающих в России иностранцев, которые окончили высшие учебные заведения за границей, имеет большое значение признание действия их дипломов в Российской Федерации. Правила по этим вопросам содержатся в соглашениях о признании эквивалентности дипломов. В соответствии с этими соглашениями в Российской Федерации лица, окончившие высшие учебные заведения за границей, при наличии у них соответствующего документа в подлиннике считаются имеющими высшее образование наравне с лицами, окончившими высшие учебные заведения на территории РФ. Документы об окончании высших учебных заведений, полученные за границей, имеют юридическую силу в Российской Федерации и не подлежат обмену на дипломы установленного в Российской Федерации образца.

Законодательство содержит также специальные правила, касающиеся дееспособности физических лиц, под которой понимается способность совершать определенные действия, принимать на себя определенные обязательства. Коллизионные вопросы дееспособности физического лица возникают прежде всего вследствие того, что законы разных стран не всегда одинаково определяют возраст, с наступлением которого человек достигает совершеннолетия и тем самым становится полностью дееспособным. Как и во многих странах континентальной Европы, наш закон исходит в вопросах дееспособности из принципа *lex patriae*. Приведем соответствующие положения, предусмотренные ст. 1197 ГК РФ:

"1. Гражданская дееспособность физического лица определяется его личным законом.

2. Физическое лицо, не обладающее дееспособностью по своему личному закону, не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности, если оно является дееспособным по праву места совершения сделки, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об отсутствии дееспособности.

3. Признание в Российской Федерации физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным подчиняется российскому праву".

Из приведенного текста этой статьи, во-первых, следует, что дееспособность определяется законом гражданства лица; во-вторых, ограничение действия закона гражданства установлено в интересах торгового оборота для тех случаев, когда сделка совершается лицом не в стране его гражданства, а в другой стране; в-третьих, установление общего правила о применении права страны гражданства не исключает применения для определенных видов отношений специальных коллизионных норм о дееспособности. В комментариях к этой статье (Н.И. Марышева) отмечалось, что такие специальные коллизионные нормы имеются, например, в отношении способности лица нести ответственность за вред по обязательствам вследствие причинения вреда. В таком случае к дееспособности будет применяться не личный закон, а право, к которому отсылает соответствующая коллизионная норма. Так, если иностранец во время проживания в России причинит вред российскому гражданину в результате автоаварии (так называемого ДТП - дорожно-транспортного происшествия), то его способность нести ответственность за вред в силу ст. 1219 и 1220 ГК РФ будет определяться по российскому праву как закону места причинения вреда. Следует обратить внимание и на то, что, согласно п. 3 ст. 1197 ГК РФ, признание в России физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным должно осуществляться в соответствии с российским правом независимо от того, проживают ли эти лица в России постоянно или находятся временно.

В договорах о правовой помощи, заключенных с другими странами, дееспособность физического лица обычно определяется по закону его гражданства.

Согласно многосторонним конвенциям о правовой помощи стран СНГ, дееспособность физических лиц определяется законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой является это лицо (ст. 23 Минской конвенции 1993 г., ст. 26 Кишиневской конвенции 2002 г.).

Новым для российского законодательства является введение коллизионной нормы, касающейся права на имя. Согласно ст. 1198 ГК РФ "права физического лица на имя, его использование и защиту определяются его личным законом, если иное не предусмотрено этим Кодексом или другими законами".

В понятие "имя", согласно ГК, входит имя, отчество, фамилия лица, если иное не вытекает из законодательства или национального обычая. Закон от 15 ноября 1997 г. "Об актах гражданского состояния" позволяет

отдельным субъектам РФ применять свои правила, регулирующие присвоение ребенку фамилии (в том случае, если фамилии его родителей различны) и отчества. Ребенку может вообще не присваиваться отчество, если это обусловлено национальной традицией, получившей закрепление в нормативном акте субъекта РФ. В соответствии с п. 2 ст. 19 ГК РФ в случае перемены имени любой гражданин обязан принимать необходимые меры для уведомления об этом своих должников и кредиторов и несет риск последствий, вызванных отсутствием у этих лиц сведений о перемене его имени. Российский закон (п. 4 ст. 19) не допускает приобретения прав и обязанностей под именем другого лица. Защита права на имя имеет существенное значение, поскольку встречаются случаи искажения имени, использования имени таким образом, что затрагивается честь, достоинство и деловая репутация его носителя.

Следует иметь в виду, что регулирование вопроса об имени лица не ограничивается только пределами гражданского законодательства. Изменение имени возможно лишь на основании акта государственного органа, а им может быть только орган страны гражданства. В случае вступления в брак или усыновления вопрос об имени, например женщины, вступающей в брак, или усыновленного, будет определяться правом, которое должно применяться к отношениям такого рода.

Правила о применении права в отношении имени физического лица имеются в ряде государств. В Австрии, ФРГ и других странах право на имя определяется местными законами.

Известны и случаи из практики.

Так, проблема применения права в отношении изменения имени возникла в 1997 г. у четырехкратной чемпионки мира русской спортсменки Оксаны Гришук (спортивные танцы на льду) в связи с тем, что на предшествующих зимних Олимпийских играх золотые медали завоевали две спортсменки с одинаковыми именами - Оксана Баюл (Украина) и Оксана Гришук (Россия). После этого обе спортсменки проживали в США, где их часто путали. Чтобы избежать этого, Оксана Гришук объявила в коммюнике за два месяца до начала зимних Олимпийских игр в Нагано, что ее официальное имя не Оксана, а Паша. При этом она предъявила официальное подтверждение об изменении имени от властей места своего проживания. Однако этот факт не был признан, поскольку решающее значение для Олимпийских игр имеет имя в паспорте спортсменки.

5. Поскольку в отличие от предшествующего российского гражданского законодательства новый ГК РФ рассматривает в качестве институтов гражданского права опеку и попечительство, коллизионные

правила опеки и попечительства включены в часть третью ГК РФ (ст. 1199). Приведем текст этой статьи:

"1. Опека или попечительство над несовершеннолетними, недееспособными или ограниченными в дееспособности совершеннолетними лицами устанавливается и отменяется по личному закону лица, в отношении которого устанавливается или отменяется опека либо попечительство.

2. Обязанность опекуна (попечителя) принять опекунство (попечительство) определяется по личному закону лица, назначаемого опекуном (попечителем).

3. Отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Однако когда лицо, находящееся под опекой (попечительством), имеет место жительства в Российской Федерации, применяется российское право, если оно более благоприятно для этого лица".

Цель опеки и попечительства состоит в том, чтобы обеспечить защиту прав и интересов лиц, которые в силу отсутствия у них дееспособности не в состоянии сами обеспечить защиту своих прав. Опека устанавливается над полностью недееспособными лицами, в то время как попечительство - над ограниченно или частично дееспособными.

Основной коллизионной привязкой является личный закон лица, в отношении которого устанавливается опека или попечительство, иными словами, закон гражданства (п. 1 ст. 1199), а в отношении обязанностей опекуна (попечителя) - закон гражданства лица, назначаемого опекуном или попечителем (п. 2 ст. 1199).

К личному закону, как общее правило, отсылают нормы законодательства ряда государств (Австрии, ФРГ, Венгрии, Италии, канадской провинции Квебек, Турции, Чехии и др.). Однако во внутреннем законодательстве могут применяться и другие принципы. Так, согласно ст. 66 Закона о международном частном праве Эстонии 2002 г. в отношении опеки и попечительства применяется право государства, где устанавливается опека или попечительство (ст. 66).

В Минской конвенции 1993 г. (п. 4 ст. 33) и в Кишиневской конвенции 2002 г. (п. 4 ст. 36), а также в ряде договоров о правовой помощи установлена возможность назначения опекуном или попечителем лица, являющегося гражданином другого государства, лишь при условии, что он проживает на территории, где будет осуществляться опека (попечительство). Статья 1199 ГК РФ такого ограничения не устанавливает. Отношения, возникающие между опекуном (попечителем) и подопечным, как это следует из п. 3 ст. 1199, должны определяться

правом страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Как отмечено в комментариях (Н.И. Марышева), независимо от гражданства соответствующих лиц (опекуна и подопечного) при установлении опеки (попечительства) российским учреждением должно применяться российское законодательство.

6. В третью часть ГК РФ включено также правило о праве, подлежащем применению при признании физического лица безвестно отсутствующим и при объявлении физического лица умершим. Статья 1200 гласит: "Признание в Российской Федерации физического лица безвестно отсутствующим и объявление умершим подчиняется российскому праву".

Поскольку данная норма сформулирована как односторонняя, остался открытым вопрос о признании лица умершим, совершенном за рубежом.

В законах некоторых иностранных государств нормы по этому вопросу сформулированы как двусторонние. В качестве примера приведем ст. 13 Закона о международном частном праве Эстонии 2002 г. В ч. 1 этой статьи предусмотрено, что в отношении предпосылок и последствий объявления умершим применяется право государства, в котором находилось последнее известное местожительство безвестно отсутствующего лица. Часть 2 этой же статьи устанавливает, что если право, указанное в ч. 1 настоящей статьи, является правом иностранного государства, то объявление безвестно отсутствующего умершим допускается и на основании эстонского права, если заинтересованное лицо имеет к тому оправданный интерес.

Напомним, что в России в отношении всех коллизионных норм, определяющих правовое положение физического лица (ст. 1195 - 1200 ГК РФ) и отсылающих к российскому праву, может применяться обратная отсылка (см. гл. 2).

7. Новым для российского законодательства является введение специальной коллизионной нормы в отношении предпринимательской деятельности физических лиц.

Статья 1201 ГК РФ гласит: "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".

Введение такой специальной нормы объясняется тем, что общая отсылка к закону гражданства физического лица в отношении определения его дееспособности в данном случае не может быть применена прежде всего потому, что в разных странах неоднозначно решается вопрос о самой возможности занятия предпринимательской деятельностью для физического лица. В России это допускается, но в других странах может вообще не допускаться, кроме того, в данном случае обычную отсылку к праву места жительства применять тоже нельзя, поскольку место жительства и место занятия предпринимательской деятельностью могут также не совпадать.

Российское законодательство исходит из того, что иностранный гражданин может быть индивидуальным предпринимателем, если он будет соответствующим образом зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица (п. 1 ст. 23 ГК РФ, п. 2 ст. 2, ст. 13 Закона "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации"). Именно поэтому ст. 1201 предусматривает отсылку к праву страны, где физическое лицо также зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя.

Поскольку, как говорилось в комментариях к этой статье, в ряде иностранных государств не предусмотрена какая-либо регистрация как условие предоставления статуса предпринимателя, ст. 1201 позволяет применять право страны основного места осуществления предпринимательской деятельности.

Как отмечал А.С. Комаров, осуществление такой деятельности в нескольких государствах является довольно распространенным случаем. Российский суд в соответствии со ст. 1201 должен будет выяснить, в каком государстве осуществляется основная предпринимательская деятельность конкретного физического лица, и применять право этого государства, в том числе и для того, чтобы выяснить, имеет ли это лицо право вообще заниматься такой деятельностью.

3. Правовое положение беженцев и переселенцев

Правовое положение беженцев в России определяется Конвенцией о статусе беженцев 1951 г. и Протоколом, касающимся статуса беженцев, 1967 г., а также Федеральным законом от 19 февраля 1993 г. "О беженцах" (в ред. от 7 ноября 2000 г.). Под беженцем в Законе "О беженцах" понимается лицо, которое не является российским гражданином и которое в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, национальности,

принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может или не желает пользоваться защитой этой страны вследствие таких опасений либо, не имея определенного гражданства и находясь вне страны своего прежнего обычного места жительства в результате подобных событий, не может или не желает вернуться в нее вследствие таких опасений.

При определенных обстоятельствах лицо не может быть признано беженцем, например, если имеются серьезные основания предполагать, что оно совершило преступление против мира, военное преступление или преступление против человечества, тяжкое преступление неполитического характера вне пределов территории РФ до того, как оно было допущено на территорию РФ в качестве лица, ходатайствующего о признании беженцем. Решение о признании либо об отказе в признании беженцем принимается федеральным органом исполнительной власти по миграционной службе либо его территориальным органом по итогам рассмотрения ходатайства.

Новым для российского законодательства является правило п. 6 ст. 1195 ГК РФ, согласно которому личным законом беженца считается право страны, предоставившей ему убежище. Как отмечалось в комментариях (Н.И. Марышева), необходимость особого регулирования личного статуса беженцев была вызвана значительными перемещениями населения и особенностями статуса таких лиц, оказавшихся в России. С учетом особого статуса беженцев п. 6 ст. 1195 предусматривает, что их личным законом является право страны, предоставившей им убежище.

От беженцев следует отличать переселенцев и такую категорию лиц, как вынужденные переселенцы.

Распад Советского Союза и превращение граждан единой страны в жителей независимых государств, вызванные этим миграционные процессы и потребность обеспечить правовую защиту граждан одной страны - бывшей союзной республики - на территории другой обусловили заключение Российской Федерацией с некоторыми государствами СНГ и Балтии наряду с договорами о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам ряда других соглашений, в том числе: 1) о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев, 2) о правовом статусе российских граждан, постоянно проживающих на территории другой страны - бывшей союзной республики, и граждан этой страны, постоянно проживающих на территории РФ; 3) по вопросам гражданства.

В соглашениях о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев таковыми считаются лица, добровольно покидающие

государство своего проживания и переезжающие на постоянное место жительства на территорию другого государства.

Переселенец - это лицо, добровольно покидающее страну своего проживания и переезжающее в другую страну. Россия заключила с Азербайджаном, Арменией, Белоруссией, Казахстаном, Киргизией, Туркменистаном, а также с Латвией соглашения, регулирующие не только процесс переселения, но и вопросы защиты прав переселенцев, в том числе имущественных. Так, в Соглашении с Казахстаном, вступившем в силу в 1999 г., предусмотрено право переселенца на вывоз движимого имущества с учетом ограничений, относящихся к вывозу культурных ценностей.

Гражданско-правовые споры в отношении имущества, находящегося на территории государства выезда, между переселенцами и членами их семей, с одной стороны, и заинтересованными лицами - с другой, решаются в судебном порядке на территории государства выезда и в соответствии с его законодательством и упомянутыми соглашениями.

Применяется также категория "вынужденные переселенцы". Закон РФ от 19 февраля 1993 г. "О вынужденных переселенцах" (в ред. от 7 августа 2000 г.) именуется вынужденным переселенцем гражданина РФ, покинувшего место жительства вследствие совершенного в отношении него или членов его семьи насилия или преследования в иных формах либо вследствие реальной опасности подвергнуться преследованию по признаку расовой или национальной принадлежности, вероисповедания, языка, а также по признаку принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений, ставших поводом для проведения враждебных кампаний в отношении конкретного лица или группы лиц, массовых нарушений общественного порядка. При наличии обстоятельств, предусмотренных этим определением, вынужденным переселенцем признается гражданин РФ, вынужденный покинуть: 1) место жительства на территории иностранного государства и прибывший на территорию РФ; 2) место жительства на территории одного субъекта РФ и прибывший на территорию другого. Закон относит к вынужденным переселенцам также иностранного гражданина и лицо без гражданства, постоянно проживающих на законных основаниях на территории Российской Федерации, изменивших место жительства в пределах этой территории по указанным обстоятельствам (ст. 1 Закона о вынужденных переселенцах).

4. Гражданско-правовое положение российских граждан за рубежом

Правовое положение российских граждан за рубежом определяется как российским законодательством, так и многочисленными актами законодательства страны пребывания (конституциями, законами о правах иностранцев и др.).

Российские граждане, проживающие за рубежом, находятся в двойственном положении: с одной стороны, их правовой статус определяется соответствующим иностранным законодательством, с другой - они пользуются правами и несут обязанности наравне с российскими гражданами, проживающими на территории Российской Федерации, за исключением случаев, установленных международными договорами РФ и законодательством России. Лица, имеющие двойное гражданство, одно из которых российское, не могут быть ограничены в правах и свободах и не освобождаются от обязанностей, вытекающих из гражданства Российской Федерации, если иное не предусмотрено международным договором РФ или законодательством России.

В одних странах правовые нормы, определяющие правовое положение иностранцев, традиционно включаются в международное частное право (например, во Франции). В большинстве государств материально-правовые нормы, определяющие правовое положение иностранцев, содержатся в различных законодательных актах в основном административно-правового характера, устанавливающих особые условия или ограничения в отношении прав, которыми могут пользоваться иностранцы. Они касаются, в частности, права собственности на земельные участки (например, в Польше, Литве, Латвии, Эстонии). В ряде стран имеются отдельные законы об иностранцах, содержащие нормы административно-правового характера (например, в ФРГ).

Российские граждане, находящиеся за границей, пользуются защитой и покровительством России. Согласно ч. 2 ст. 61 Конституции РФ "Российская Федерация гарантирует своим гражданам защиту и покровительство за ее пределами".

Не умаляя значения различных общественных организаций (российских общин) за рубежом, выполнение этой задачи должно обеспечиваться посольствами и консульскими учреждениями России в соответствующих странах. К основным задачам и функциям посольств относится защита в государстве их пребывания прав и интересов российских граждан и российских юридических лиц с учетом законодательства государства пребывания (п. 6 Положения о Посольстве Российской Федерации 1996 г.). На российские консульства возложены обязанности принимать меры к тому, чтобы российские граждане пользовались в полном объеме всеми правами, предоставленными им законодательством государства пребывания и международными

договорами, участниками которых являются Россия и государство пребывания, а также международными обычаями. В случае если консулом будет установлено нарушение каких-либо прав российских граждан, он должен принять меры для восстановления нарушенных прав.

Кроме того, консульские учреждения РФ за пределами ее территории осуществляют ряд функций, непосредственно связанных с обеспечением прав российских граждан. Они производят государственную регистрацию рождения, заключения брака, расторжения брака, усыновления (удочерения), установления отцовства, перемены имени, а также смерти; по заявлениям российских граждан и лиц без гражданства принимают решения о внесении исправлений и изменений в записи актов гражданского состояния, составленные на территории РФ; вносят исправления и изменения в записи актов гражданского состояния, находящиеся у них на хранении, и выдают на основании этих записей повторные свидетельства о государственной регистрации актов гражданского состояния.

Должностные лица консульских учреждений выполняют целый ряд нотариальных действий, в частности, они:

- удостоверяют сделки (кроме договоров об отчуждении недвижимого имущества, находящегося на территории Российской Федерации);
- принимают меры к охране наследственного имущества; выдают свидетельства о праве на наследство; выдают свидетельства о праве собственности на долю в общем имуществе супругов; свидетельствуют верность копий документов и выписок из них; свидетельствуют верность перевода документов с одного языка на другой.

На вопросах, касающихся прав соотечественников, следует остановиться особо. Федеральный закон от 24 мая 1999 г. "О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом" выделяет категорию соотечественников, под которыми понимает лиц, родившихся в одном государстве, проживающих либо проживавших в нем и обладающих признаками общности языка, религии, культурного наследия, традиции и обычаев, а также потомков указанных лиц по прямой нисходящей линии. Под "соотечественниками за рубежом" в Законе подразумеваются: российские граждане, постоянно проживающие за пределами Российской Федерации; лица, состоявшие в гражданстве СССР, проживающие в государствах, входивших в состав СССР, получившие гражданство этих государств или ставшие лицами без гражданства; выходцы (эмигранты) из России и Советского Союза, ставшие гражданами иностранного государства либо имеющие вид на жительство или ставшие лицами без гражданства;

потомки лиц, принадлежащих к указанным группам, за исключением потомков лиц титульных наций иностранных государств (титульной нацией в законе обозначается часть населения государства, национальность которой определяет его официальное наименование).

В Законе 1999 г. предусматриваются, в частности, меры по поддержке соотечественников в области основных прав и свобод человека и гражданина, в экономической и социальной областях. Для достижения целей государственной политики Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом российским физическим и юридическим лицам, иностранным лицам и организациям, оказывающим соотечественникам материальную и финансовую помощь и поддержку, могут быть предоставлены налоговые, таможенные и иные льготы и преимущества наравне с соотечественниками и их организациями на основании законодательства РФ.

Большое значение для обеспечения соблюдения законных прав и интересов граждан и соотечественников за границей имеют положения международных договоров РФ с иностранными государствами. Предоставление в договорном порядке на основе взаимности определенного режима преследует цель предотвращения какой бы то ни было дискриминации российских граждан, изменения их правового положения в одностороннем порядке.

Было заключено большое число как многосторонних, так и двусторонних договоров, направленных на обеспечение прав и свобод человека в государствах СНГ. К ним относятся прежде всего документы многостороннего характера: Соглашение о создании СНГ 1991 г., Декларация о международных обязательствах в области прав человека и основных свобод 1993 г., Конвенция СНГ о правах и основных свободах человека 1995 г., конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. и 2002 г.

К двусторонним относятся: договоры о правовой помощи, о правовом статусе российских граждан, постоянно проживающих на территории государств СНГ, и граждан этих государств - на территории РФ, консульские конвенции и др. Ряд соглашений был заключен РФ со странами Балтии (Литвой, Латвией, Эстонией), в которых проживает большое число российских граждан. В качестве примера приведем договор о правовой помощи между Россией и Латвией, заключенный 3 февраля 1993 г. и вступивший в силу 29 марта 1995 г. Согласно этому договору граждане Латвии в России, точно так же, как и граждане России на территории Латвии, пользуются в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и собственные граждане каждого из государств.

Это относится также к юридическим лицам, которые созданы в соответствии с законодательством одной из договаривающихся сторон.

Контрольные вопросы по теме:

1. Расскажите о правовом положении иностранцев в целом
2. Каково гражданско-правовое положение иностранцев в России?
3. Охарактеризуйте правовое положение беженцев и переселенцев
4. Определите гражданско-правовое положение российских граждан за рубежом

Лекция 5. Юридические лица в международном частном праве и их правовое положение.

1. Общие положения.
2. Государственная принадлежность юридических лиц.
3. Правовое положение иностранных юридических лиц в России.
4. Правовое положение российских юридических лиц за рубежом.

1. Общие положения

Под юридическими лицами в отличие от физических лиц понимаются обычно такие субъекты права, имущество которых обособлено от имущества его создателей (учредителей, участников).

В современных условиях хозяйственная деятельность юридических лиц не ограничена пределами одного государства, причем число таких юридических лиц все время возрастает. Экспорт капитала приводит к тому, что предприятия, созданные в одном государстве, принадлежат полностью или частично компаниям другого государства. Основная деятельность крупных монополий осуществляется вообще в нескольких странах.

В современной экономической литературе международные монополии, деятельность которых охватывает многие важные сферы мирового хозяйства, делятся обычно на несколько групп.

В первую из них входят национальные общества, тресты, компании, имеющие за рубежом многочисленные филиалы, а также дочерние общества. Речь идет, таким образом, о монополиях, национальных по своему капиталу, но международных по сфере деятельности. К числу таких транснациональных корпораций в США принадлежат "Дженерал моторз", "Форд моторз", "Интернэшнл бизнес мэшинз" и др. В странах Западной Европы крупнейшими международными монополистическими корпорациями являются "Фольксваген" и "Сименс" (ФРГ), "Филипс" (Нидерланды), "Бритиш Петролеум", "Империял кэмикал индастриз" (Великобритания), "Нестле" (Швейцария).

Ко второй группе транснациональных корпораций (ТНК) относятся тресты и концерны, которые являются международными не только по сфере деятельности, но и по капиталу. В отличие от монополий первой группы они принадлежат капиталу нескольких государств. Таковы, например, англо-голландские концерны - нефтяной "Ройял датч-Шелл" и химико-пищевой "Юнилевер", англо-американо-канадский никелевый трест "Интернэшнл никл компани оф Кэнада", бельгийско-франко-люксембургский металлургический концерн "Арбед", германо-

бельгийский трест фотохимических товаров "Агфа-Геверт", англо-итальянский концерн резинотехнических изделий "Данлоп-Пирелли".

Общим для этих двух групп является то, что и те и другие монополии созданы как юридические лица одного государства. В других странах и те и другие монополии имеют многочисленные филиалы, отделения, а также дочерние общества.

Наконец, к третьей группе международных монополий относятся многочисленные картели и синдикаты, объединения производственного и научно-технического характера, юридическими лицами не являющиеся.

С правовой точки зрения монополии (речь идет о первых двух группах) не являются международными юридическими лицами, хотя термин "международный" применяется и в официальном названии некоторых из них.

Тенденция развития ТНК в США такова, что от участия и контроля над западноевропейскими предприятиями они все чаще переходят к превращению их в свою собственность. Экономически и политически это ведет к более глубокому воздействию американского капитала на экономику Западной Европы, а юридически - к образованию в европейских странах юридических лиц, формально самостоятельных, но полностью принадлежащих американской компании, часто с одноименным названием, например "Дрессер Франс" (Франция), "Форд АГ Кельн" (ФРГ).

Приведем пример сложных ситуаций, возникающих в результате использования ТНК такой юридической конструкции. Бывшая советская гражданка Э. Иванова, проживающая в Бельгии, была в 1942 г. угнана гитлеровцами из Ростова в Германию. Она предъявила в федеральном окружном суде Нью-Йорка (США) иск к корпорации "Форд" о возмещении ущерба, причиненного ей в результате каторжного труда во время войны на заводе по производству военных грузовиков в Кельне, принадлежащем компании Форда.

В проведенном компанией в 50-х гг. исследовании утверждалось, что компания Форда в 1941 г. потеряла связь со своим германским подразделением. Контроль над ним удалось восстановить лишь в 1948 г. Однако в исковом заявлении утверждалось, что, в отличие от других подразделений американских компаний на территории Германии, нацисты не только не конфисковали предприятия Форда, но помещали часть прибыли кельнского предприятия в специальный фонд, который после окончания войны должен был поступить в распоряжение родительской корпорации.

Монополии используют для полностью принадлежащих им компаний форму самостоятельного юридического лица страны места

нахождения, для того чтобы распространить на них действие местного законодательства, и в первую очередь налогового, если его требования являются более льготными для "отечественных" компаний, чем для иностранных.

В других случаях монополии, и прежде всего транснациональные, создают в иностранных государствах свои филиалы. Филиалы не наделяются правами самостоятельных юридических лиц. Таким образом, наиболее характерной особенностью ТНК является несоответствие между экономическим содержанием, экономической сущностью и юридической формой; экономическое единство оформляется юридической множественностью (юридические лица местного права, филиалы и т.д.), что служит интересам собственников ТНК. Хартия экономических прав и обязанностей государств 1974 г. предусматривает, что каждое государство имеет право в пределах своей юрисдикции регулировать и контролировать деятельность ТНК. В этой хартии, принятой в виде резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, точно так же как в проекте разработанного кодекса поведения ТНК, отразилось стремление развивающихся стран оградить свою экономику от пагубного влияния ТНК.

Еще одной распространенной формой экспорта капитала является организация смешанных обществ (на паях с местным капиталом или с фирмами различных государств). Под смешанными обществами в международном частном праве обычно понимаются торговые общества или производственные предприятия, капитал которых принадлежит юридическим лицам или гражданам различных государств.

Международными юридическими лицами современная западная доктрина признает те юридические лица, которые созданы либо непосредственно в силу международного договора (например, Международный банк реконструкции и развития - МБРР, Европейское общество химической обработки облученных горючих материалов - "Еврохемик"), либо на основании внутреннего закона одного или двух государств, принятого в соответствии с международным договором (Европейское общество по финансированию закупок железнодорожного оборудования - "Еврофирма", Банк международных расчетов - БМР).

Большого распространения термин "международные юридические лица" не получил. В литературе отмечалось, что в большинстве случаев он применялся к юридическим лицам публичного права. В ЕС исходным началом служит "свобода образования и деятельности коммерческих комиссий", установленная сначала ст. 52, 58 Римского договора о ЕС, а затем подтвержденная ст. 43, 48 Амстердамского договора. В рамках ЕС был принят ряд директив (в частности, Директива 1994 г. о европейских советах предприятий, которая была реализована, например, в ФРГ, путем

принятия Закона о европейских советах предприятий от 28 октября 1996 г.). 8 октября 2001 г. был принят Регламент ЕС 2157/2001 об Уставе европейской компании.

2. Юридические лица создаются на территории определенного государства. Однако их деятельность не ограничивается территорией этого государства и может распространяться на территорию других стран. При осуществлении такой деятельности возникают два вопроса: во-первых, о признании правосубъектности иностранного юридического лица и, во-вторых, о допуске его к осуществлению хозяйственной деятельности на территории данного государства и об условиях такой деятельности. Правосубъектность иностранных юридических лиц обычно признается на основании двусторонних договоров.

Вопрос о допуске иностранного юридического лица к хозяйственной деятельности на территории государства решается законодательством этого государства. В большинстве стран такая деятельность иностранного юридического лица возможна, но при выполнении определенных правил, условий, установленных национальным законодательством.

Правовое положение иностранных юридических лиц определяется и торговыми договорами, в которых устанавливается общий режим для юридических лиц. Этот режим может быть основан либо на принципе наибольшего благоприятствования, либо на принципе национального режима.

2. Государственная принадлежность юридических лиц

В международном частном праве в отношении юридических лиц применяется понятие личного закона, или личного статута юридического лица (*lex societatis*). На основе этого закона можно установить, является ли то или иное образование юридическим лицом, какова его правоспособность и дееспособность, как определяется ответственность по обязательствам юридического лица и т.д.

Закон какой страны будет рассматриваться в качестве личного закона, определяется так называемой национальностью юридического лица. Термин "национальность", как и многие термины в области международного частного права, применяется к юридическим лицам условно, в ином смысле, чем он применяется к гражданам. Речь идет об установлении принадлежности юридического лица к определенному государству. В международной практике наряду с определением личного закона юридического лица государственную принадлежность юридического лица ("национальность") необходимо установить для того, чтобы знать, какое государство может оказывать ему дипломатическую

защиту. Напомним в этой связи, что посольства и консульства Российской Федерации должны принимать меры по защите прав и интересов российских юридических лиц за рубежом. Защита в государстве пребывания прав и интересов российских юридических лиц с учетом законодательства государства пребывания входит в состав основных задач и функций посольств РФ.

Кроме того, без определения "национальности" юридического лица нельзя будет установить, на какие юридические лица распространяется национальный режим (или режим наибольшего благоприятствования), предусмотренный двусторонними договорами о правовой помощи (например, по договорам РФ с Латвией и Эстонией), соглашениями о торгово-экономическом сотрудничестве, о поощрении и взаимной защите капиталовложений, действующими для России в отношении большого числа государств.

Вопрос о критериях определения "национальности" юридических лиц решается по-разному в различных государствах.

Критерий инкорпорации. В праве Великобритании, США и других государств англо-американской системы права, в скандинавских странах господствующим критерием для определения "национальности" юридического лица является место его учреждения, т.е. закон того государства, где юридическое лицо создано и где утвержден его устав. Английские авторы называют такой закон законом инкорпорации. При этом если юридическое лицо учреждено в Великобритании и там зарегистрирован его устав, то считается, что это юридическое лицо английского права.

Критерий местонахождения. В континентальных государствах Западной Европы применяются другие принципы определения "национальности" юридического лица. Господствующая тенденция сводится к тому, что в качестве критерия для установления "национальности" юридического лица применяют закон места его нахождения. Под местом нахождения юридического лица понимается то место, где находится его центр управления (совет директоров, правление и т.д.). Такой принцип принят, в частности, во Франции, ФРГ, Австрии, Швейцарии, Польше, Литве, Латвии, Эстонии, Испании. Так, в Латвии (где продолжает действовать Гражданский закон 1937 г.) правоспособность и дееспособность юридического лица определяются законом места нахождения его органа управления.

В Литве, согласно Гражданскому кодексу (в ред. от 17 мая 1994 г.), гражданская правоспособность иностранного юридического лица устанавливается в соответствии с законами государства, на территории

которого фактически имеется местонахождение юридического лица (его правление, дирекция и т.д.).

Регламент ЕС 2157/2001 отдает предпочтение критерию местонахождения. Под местонахождением понимается местонахождение главного органа управления.

Под европейскими акционерными обществами или обществами с ограниченной ответственностью понимаются общества, созданные согласно праву государства ЕС, главный орган которого находится в ЕС. Местонахождение европейской компании может быть перенесено в другую страну ЕС (ст. 8). В то же время для судебной практики ряда европейских стран характерен осторожный подход к применению критерия места нахождения юридического лица, поскольку имели место многочисленные случаи создания фиктивного административного центра, в частности в офшорных зонах, с целью избежания налогообложения и по другим основаниям, в функции которого входит лишь регистрация деловой переписки, а не деятельность по руководству компанией. Приведем пример из судебной практики ФРГ.

В 1991 г. на острове Мэн было создано общество с ограниченной ответственностью (в форме company limited by shares). Оно занималось таким распространенным видом предоставления туристических услуг, как "таймшер" ("отдых, разделенный по времени"), получивший в конце XX в. широкое распространение. Компания предоставляла своим клиентам право на проживание на основе аренды в течение ими определенных календарных недель в течение года в поселке курортных домиков (бунгало) на острове Гран-Канария (Испания). Компания не только зарегистрирована в торговом реестре острова Мэн, но имеет там свое бюро. Управление компанией, согласно уставу, осуществлялось тремя директорами.

Компания предъявила в суде Германии иск к ответчику, который сначала (в 1992 г.) заключил договор с компанией об аренде двух бунгало на определенный срок, а затем (в январе 1993 г.) письменно уведомил ее о расторжении договора и одновременно аннулировал поручение о переводе компании соответствующих сумм. В подписанном покупателем формуляре договора содержалось следующее условие: "Приобретатель не имеет права отозвать договор о приобретении права проживания", а в приложенных к формуляру условиях разъяснялось, что продавец имеет свое место нахождения на острове Мэн (Великобритания) и что приобретатель признает, что к отношениям сторон по покупке права на проживание подлежит применению право острова Мэн.

Первоначально решением суда г. Эссен от 10 марта 1994 г. в иске было отказано со ссылкой, в частности, на то, что процессуальная

правоспособность стороны вопреки утверждению истца не может определяться правом острова Мэн. Установлено, что на этом острове имеется только почтовый адрес истца (там находится лишь почтовый ящик фирмы для переписки).

По мнению суда, для определения гражданской и процессуальной правоспособности решающим может служить место, где фактически осуществляется управление делами компании. Вопрос о том, обладает ли истец правоспособностью, определяется правом страны по местонахождению его фактического правления. То, что истец на острове Мэн выполняет свои налоговые обязательства, оформляет сертификаты на право проживания и регистрирует их, является недостаточным доказательством для признания острова Мэн местом фактического управления. Гораздо более существенным является установление того, где осуществляется деятельность по управлению делами, где принимаются решения и где они реализуются соответствующими представителями.

Истец, по мнению суда, не доказал, что именно на острове Мэн осуществляется деятельность по управлению компанией. Таким образом, суд исходил из применения права той страны, где фактически находилось правление компании.

Такие фирмы, как приведенная в примере, имеющие в какой-то стране только почтовый ящик, получили в литературе образное наименование компаний почтового ящика (Briefkastenfirmen).

Критерий места деятельности. В литературе по международному частному праву был выдвинут и еще один критерий определения "национальности" юридического лица - место деятельности (центр эксплуатации). Этот критерий получил применение в практике развивающихся стран. Под местом деятельности понимается обычно основное место производственной деятельности (правление может находиться в одной стране, а разработка недр, например, осуществляться в другой). Так, в Законе о компаниях 1956 г. Индии применительно к иностранным компаниям особо оговаривается, что компания, учрежденная в соответствии с законами иностранного государства, может зарегистрироваться в Индии как "иностранная компания, имеющая местом осуществления бизнеса Индию".

Определение "национальности" юридических лиц на основе сочетания различных критериев характерно для ряда государств. Так, согласно Гражданскому кодексу Египта 1948 г., правовой статус иностранных юридических лиц подчиняется закону государства, на территории которого находится местопребывание основного и действенного органа управления юридического лица. Однако если это

лицо осуществляет свою основную деятельность в Египте, применимым является египетский закон.

В Италии Закон о реформе итальянской системы международного частного права 1995 г. исходит из применения в рассматриваемом случае права страны, на территории которой был завершен процесс учреждения юридических лиц, т.е. из принципа инкорпорации. "Однако в случае, когда орган управления таких правовых образований находится в Италии или когда их основная деятельность осуществляется на территории Италии, применению подлежит итальянское право" (ст. 25 Закона 1995 г.). Согласно Закону о международном частном праве Эстонии 2002 г. к юридическому лицу применяется право государства, согласно которому оно было учреждено. Если руководство юридическим лицом фактически осуществляется в Эстонии или основная его деятельность осуществляется в Эстонии, то к такому юридическому лицу применяется эстонское право (ст. 14).

В ряде случаев в законодательстве и судебной практике упомянутые критерии установления "национальности" юридического лица вообще отбрасываются со ссылкой на то, что эти критерии исходят из формальной точки зрения, а подлинную принадлежность капитала по таким формальным признакам определить нельзя.

"Теория контроля". Когда нужно установить, кому в действительности принадлежит юридическое лицо, кто его контролирует, используется "теория контроля". Эта теория была первоначально сформулирована еще во время Первой мировой войны и применялась в судебной практике в борьбе с нарушением законодательства о "враждебных иностранцах".

Этот вопрос впервые возник в английской судебной практике в известном деле Даймлера (1916). В Англии была учреждена акционерная компания по продаже шин. Ее капитал состоял из 25 тыс. акций, из них только одна принадлежала англичанину, а остальные находились в руках германских собственников. Компания была зарегистрирована по английским законам. С точки зрения английского права, компания - английское юридическое лицо. Однако суд признал, что в данном случае надо установить, кто контролирует юридическое лицо, и соответственно с этим решил вопрос о его фактической принадлежности.

В отличие от критериев формального характера, которые сохраняют определенную стабильность, состав капитала непостоянен, он меняется; поэтому установление государственной принадлежности на основе критерия контроля не остается неизменным. При перераспределении уставного капитала между акционерами из различных государств национальность юридического лица будет постоянно меняться. Кроме

того, в ряде случаев установить состав капитала (например, в анонимных компаниях в отношении акций на предъявителя) вообще нельзя, а от этого зависит определение "национальности" в случае применения "теории контроля".

В дальнейшем критерий контроля был воспринят законодательством ряда государств, предусматривающем, что под "враждебным юридическим лицом" понимается юридическое лицо, контролируемое лицами враждебной национальности. Критерий контроля применялся после Второй мировой войны во всех случаях, когда особенно важно было установить действительную принадлежность юридического лица. Как и другие правовые категории, этот критерий используется различными государствами в зависимости от целей их экономической политики.

Принцип контроля применяется не только в случаях вооруженных конфликтов, но и при применении экономических санкций, вводимых Советом безопасности ООН.

Для обеспечения дипломатической защиты инвестиций отечественных компаний и граждан в создаваемых ими в других странах юридических лицах (прежде всего в так называемых развивающихся странах) принцип контроля стал применяться в двусторонних договорах США и некоторых других государств (в частности, стран Юго-Восточной Азии) о поощрении и защите капиталовложений. Однако европейские государства, и прежде всего ФРГ, не используют этот принцип в своих двусторонних договорах подобного рода. Так, в договоре СССР и ФРГ о содействии осуществлению и взаимной защите инвестиций 1989 г. (действует для РФ) было установлено, что термин "инвестор" означает юридическое лицо с местом пребывания в соответствующей сфере действия настоящего договора (т.е. на территории соответствующего государства), правомочное осуществлять капиталовложения.

В практике Международного суда ООН первоначально эта теория отвергалась (в решении по делу *Barcelona Traction*, 1970 г.), однако затем в деле *ELSI* (решение 1989 г.) в определенных пределах она была применена, однако в этом случае иск США к Италии основывался на договоре между этими государствами о дружбе, торговле и мореплавании 1948 г., в котором говорилось о контроле в отношении юридических лиц.

В современной международной практике принцип контроля применяется с оговорками в Вашингтонской конвенции 1965 г. об инвестиционных спорах между государствами и лицами других государств, а также в отдельных двусторонних соглашениях о защите инвестиций, заключенных с развивающимися странами. Договор 1994 г. к Энергетической хартии, участниками которого являются Россия и другие государства СНГ, предусмотрел такую возможность для отказа в

преимущества в отношении юридических лиц, если такие юридические лица принадлежат к гражданам или подданным третьего государства или контролируются ими (ст. 17).

Несмотря на определенные недостатки применения критерия контроля для определения государственной принадлежности юридических лиц, о которых говорилось выше, этот принцип используется и во внутреннем законодательстве с целью защиты прежде всего экономических интересов государства от влияния иностранного капитала.

3. Правовое положение иностранных юридических лиц в России

Правовое положение иностранных юридических лиц в РФ определяется как правилами нашего законодательства, так и положениями международных договоров РФ с другими государствами.

Основные положения о применении права к юридическим лицам содержатся в п. 1 ст. 1202 Гражданского кодекса:

"1. Личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо".

Таким образом, современное российское гражданское законодательство исходит при определении "национальности" юридического лица из критерия инкорпорации. Этот принцип применялся и в прежнем законодательстве. Из этого следует, что, для того чтобы установить, является ли то или иное образование юридическим лицом, необходимо выяснить, какую государственную принадлежность оно имеет.

Согласно ст. 1203 ГК личным законом иностранной организации, не являющейся юридическим лицом по иностранному праву, считается право страны, где эта организация учреждена. Например, если личным законом полного товарищества будет английский закон, тогда такое товарищество не признается юридическим лицом. В случае же, когда установлено, что личным законом является французский закон, аналогичное образование будет рассматриваться как юридическое лицо.

Федеральный закон об иностранных инвестициях 1999 г. относит к иностранным инвесторам также иностранную организацию, не являющуюся юридическим лицом, гражданская правоспособность которой определена в соответствии с законодательством государства, в котором она учреждена.

Во многих двусторонних международных соглашениях, заключенных СССР, а затем Россией с иностранными государствами о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений, применяется тот же критерий инкорпорации, в некоторых соглашениях (например, с

Грецией, Аргентиной и Японией) действуют одновременно два критерия - инкорпорации и местонахождения, в соглашении с ФРГ и Италией использован только критерий местонахождения. Принцип "контроля" применен в некоторых соглашениях Российской Федерации (с Филиппинами, Кувейтом, Швейцарией, Бельгией и Люксембургом). Так, по договору с Филиппинами он установлен применительно к компаниям, созданным не в рамках законов Филиппин, но реально контролируемых гражданами или компаниями, созданными в соответствии с законами Филиппин, однако в отношении РФ этот принцип в договоре не применен.

В литературе отмечалось, что в нашем законодательстве не решен вопрос о том, могут ли рассматриваться в качестве иностранных инвесторов предприятия и компании, зарегистрированные в качестве юридических лиц России, капитал которых принадлежит иностранным лицам. Закон об иностранных инвестициях 1999 г. не относит их к категории иностранных инвесторов, но в то же время в отношении реинвестирования распространяет на них в полном объеме правовую защиту, гарантии и льготы, установленные этим Законом для иностранных инвесторов (п. 5 ст. 4).

Закон об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности 2003 г. (ст. 2) относит к иностранным лицам, в частности, юридическое лицо или не являющуюся юридическим лицом по праву иностранного государства организацию, которые не являются российскими лицами, а под российским лицом понимается юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством РФ. Таков общий подход российского законодательства. Однако в некоторых специальных областях (в налоговом, валютном, банковском законодательстве), а также в соответствующих международных соглашениях в качестве основного критерия применяется критерий местонахождения юридического лица, в соответствии с которым определяются "резиденты" и "нерезиденты" (о применении этого критерия для определения права, подлежащего применению к внешнеторговым сделкам, см. в гл. 9).

Таким образом, личным законом созданных в России юридических лиц с иностранным участием является российский закон независимо от размера доли участия в них иностранного капитала. Однако в тех случаях, когда необходимо защитить прежде всего интересы отечественной экономики, отечественного производителя и ввести определенные ограничения в отношении иностранных юридических лиц, к ним приравниваются российские юридические лица, доля иностранного капитала в которых превышает 50%. Такой подход определения действительной экономической принадлежности того или иного юридического лица был проявлен прежде всего в земельном

законодательстве, в законодательстве о банках, страховой деятельности, а также в некоторых других областях.

Следует обратить внимание на то, что в части третьей ГК содержится перечень вопросов, которые должны определяться на основе личного закона юридического лица.

Согласно п. 2 ст. 1202 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 ликвидации 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".

В комментариях А.С. Комарова к этому пункту ст. 1202 отмечалось, что и в отношении ряда других вопросов, не упомянутых в приведенном выше пункте, они должны решаться на основе применения личного закона юридического лица, поскольку их связь с правосубъектностью юридического лица очевидна (например, в отношении места, которое считается местом нахождения юридического лица, возможности для юридического лица иметь филиалы и представительства с определенным правовым статусом вне места своего нахождения).

Все приведенные в перечне вопросы имеют существенное практическое значение. В качестве примера остановимся только на вопросах создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, а также на вопросах правопреемства (п. 4 приведенного перечня). Без учета требований, предъявляемых российским законодательством к учреждению юридического лица, иностранный участник не сможет создать или участвовать в создании такого юридического лица в России, точно так же российский предприниматель должен знать, что будет в случае рассмотрения в российском суде (третейском суде) спора, связанного с ликвидацией или правопреемством такого юридического лица, им созданного за рубежом, в котором он участвует. Как и большинство других коллизионных норм третьей части ГК, рассматриваемое положение носит двусторонний характер. Это значит, что в качестве личного закона созданных в России юридических лиц с

иностранным участием независимо от объема этого участия, т.е. доли участия в них иностранного капитала, должно признаваться российское право (иными словами, эти юридические лица будут признаваться в качестве российских юридических лиц). Точно так же компании, созданные и зарегистрированные на Бермудах и на Кипре или о. Мэн российскими лицами с полностью или частично российским капиталом, должны признаваться в качестве юридического лица соответствующего государства или территории. К внутренним отношениям, о которых говорится в пп. 7 приведенного перечня п. 2 ст. 1202, наряду с указанными следует отнести вопросы формирования уставного складочного капитала, принятия решений органами юридического лица и др.

На вопросах о полномочиях органа юридического лица и его представителей необходимо остановиться особо. Как уже отмечалось выше, содержание правоспособности юридического лица определяется его личным законом. Поэтому с учетом законодательства страны "национальности" иностранного юридического лица должен определяться объем полномочий на совершение сделки органов юридического лица или лиц, совершающих сделки по доверенности, выданной органом юридического лица (подробнее см. гл. 9).

Однако согласно п. 3 ст. 1202 ГК РФ, "юридическое лицо не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, не известное праву страны, в которой орган или представитель юридического лица совершил сделку, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона о сделке знала или заведомо должна была знать об указанном ограничении". В этом положении выражена, как отмечалось в литературе, приобретающая все большее значение защита добросовестности стороны (Г. К. Дмитриева).

Согласно Минской конвенции 1993 г. правоспособность юридического лица определяется законодательством государства, по законам которого оно было учреждено.

В международных договорах предусматривается взаимное предоставление определенного режима юридическим лицам договаривающихся государств. В этих целях в договорах содержатся и критерии определения "национальности" юридических лиц. Однако во взаимоотношениях РФ с другими странами определение "национальности" юридического лица не имеет того значения, которое оно имеет во взаимоотношениях других государств. Это объясняется тем, что под юридическими лицами всегда подразумеваются юридические лица, учрежденные по нашим законам и имеющие место пребывания на территории РФ. Участие иностранного капитала в совместных

предприятиях, учрежденных в Российской Федерации, не меняет дела, поскольку все они являются юридическими лицами права России.

Вопрос об определении национальности иностранных юридических лиц возникает главным образом при признании их правосубъектности, что является необходимой предпосылкой для заключения с ними сделок.

Итак, в торговых договорах с иностранными государствами, во-первых, определяется, к какому государству относится соответствующее юридическое лицо, поскольку там устанавливается принцип определения национальности юридических лиц; во-вторых, предусматривается взаимное признание правосубъектности этих юридических лиц; и наконец, в-третьих, содержатся правила о режиме юридических лиц, о режиме наибольшего благоприятствования или национальном режиме. По торговым договорам иностранным юридическим лицам обычно предоставляется режим наибольшего благоприятствования. Что же касается национального режима, то он предоставляется в определенных сферах (право на судебную защиту, в области торгового мореплавания). Если торговым договором предусматривается режим наибольшего благоприятствования, то это значит, что ко всем иностранным юридическим лицам должны применяться одинаковые положения. Никакой дискриминации в отношении иностранного юридического лица какого-либо государства, с которым заключен договор на основе принципа наибольшего благоприятствования, не допускается.

В отношении экономической деятельности путем создания дочерних компаний и филиалов в странах ЕС или, соответственно, в России Соглашение о партнерстве и сотрудничестве 1994 г. предусматривает при соблюдении законодательства и иных нормативных актов "режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый любой третьей стране".

3. Согласно ст. 2 ГК РФ иностранные юридические лица уравниваются в отношении их прав и обязанностей с российскими юридическими лицами. Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом.

4. Иностранные юридические лица могут осуществлять на территории России следующую хозяйственную деятельность при условии соблюдения ими правил ведения такой деятельности, установленных внутренним российским законодательством:

- заключать внешнеэкономические сделки без каких-либо специальных разрешений (имеются в виду сделки купли-продажи товаров, бартерные сделки, лизинговые операции, строительный подряд и др.). При этом не требуется, чтобы иностранное юридическое лицо было

зарегистрировано в реестре юридических лиц, состояло на учете в налоговых органах, если оно не осуществляет свою деятельность в России через постоянное представительство;

- арендовать земельные участки, здания и помещения для офисов, осуществлять производственную деятельность, а также приобретать право собственности на недвижимое имущество (с учетом установленных ограничений);

- совершать связанные со сделками расчеты, кредитно-финансовые, транспортные и иные операции (в частности, в области рекламы товаров и услуг в соответствии с Федеральным законом "О рекламе" 1999 г.);

- быть учредителями и участниками создаваемых в России обществ и товариществ;

- создавать полностью принадлежащие им предприятия, хозяйственные общества и товарищества или же совместно с российскими лицами в организационно-правовых формах, предусмотренных российским законодательством (в частности, в форме акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью);

- заключать инвестиционные соглашения, концессионные соглашения, соглашения о разделе продукции и в иных формах участвовать в разработке недр и природных ресурсов (Федеральные законы: "О недрах" 1992 г., "О континентальном шельфе Российской Федерации" 1995 г., "О соглашениях о разделе продукции" 1995 г.);

- учреждать на территории России свои представительства, филиалы;

- принимать участие в приватизации государственных и муниципальных предприятий;

- регистрировать товарные знаки и наименования мест происхождения (на началах взаимности);

- быть учредителями и участниками некоммерческих и благотворительных организаций.

Основные ограничения прав иностранных юридических лиц, установленные федеральным законодательством, касаются возможности ограничения права собственности на землю и невозможности иметь такое право на сельскохозяйственные земельные участки (о положениях Земельного кодекса 2001 г. и Закона об обороте земель сельскохозяйственного назначения 2002 г. см. в гл. 7), а также ограничения в сфере страхования и банковской деятельности, телевидения (см. гл. 7, 8).

Необходимо обратить внимание на то, что в строго определенных случаях ограничения и изъятия подлежат применению не только к иностранным юридическим лицам, но и к российским юридическим лицам с иностранным участием, иными словами, во внутреннем

законодательстве был применен принцип контроля, о котором говорилось выше. Приведем примеры. Согласно п. 2 ст. 2 и ст. 3 Федерального закона "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения" права собственности на земельные участки из числа этих земель не могут иметь не только иностранные юридические лица, но и российские юридические лица, в уставном капитале которых доля иностранных граждан, лиц без гражданства или иностранных юридических лиц составляет более 50%. О российских юридических лицах с долей участия в них иностранного капитала Земельный кодекс РФ не упоминает.

5. Основными законодательными актами, регулирующими положение предприятий с иностранными инвестициями в России, являются ГК РФ, Закон об иностранных инвестициях в Российской Федерации 1999 г., а также акты о приватизации. Как отмечалось выше, согласно российскому законодательству под предприятиями с иностранными инвестициями понимаются предприятия с долевым участием иностранных инвесторов (совместные предприятия - СП) и предприятия, полностью принадлежащие иностранным инвесторам. Кроме того, на территории России могут создаваться филиалы иностранных юридических лиц.

Юридические лица подразделяются в России на коммерческие и некоммерческие организации исходя из цели их основной деятельности. В ГК РФ дается исчерпывающий перечень форм коммерческих организаций. Это хозяйственные общества и товарищества. Кодекс четко разделил товарищества как объединения лиц, требующие непосредственного участия учредителей в их деятельности, и общества как объединения капиталов, не требующие такого участия, но предполагающие наличие специальных органов управления.

В ГК РФ подробно определен статус хозяйственных товариществ, а для обществ установлены лишь общие правила, детализация которых осуществляется в специальных законах. В Российской Федерации действует Федеральный закон об акционерных обществах от 26 декабря 1995 г. и Федеральный закон об обществах с ограниченной ответственностью от 8 февраля 1998 г.

Хозяйственные общества согласно ст. 66 ГК РФ могут создаваться в форме акционерного общества, общества с ограниченной или с дополнительной ответственностью. Акционерные общества, в свою очередь, подразделяются на открытые и закрытые. Акционерное общество, участники которого могут отчуждать принадлежащие им акции без согласия других акционеров, признается открытым, а общество, акции которого распределяются только среди его учредителей или иного заранее определенного круга лиц, - закрытым.

Обществом с ограниченной ответственностью признается учрежденное одним или несколькими лицами общество, уставный капитал которого разделен на доли определенных учредительными документами размеров. Участники такого общества не отвечают по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости внесенных ими вкладов (ст. 87 ГК РФ).

Иностранные инвесторы при создании предприятий с иностранными инвестициями обычно используют форму закрытого акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью, хотя в ходе проводившейся в 1992 - 1993 гг. приватизации иностранные фирмы приобретали акции и вновь образованных акционерных обществ.

Поскольку основными иностранными инвесторами, выступающими в качестве учредителей соответствующих предприятий на территории РФ, являются иностранные юридические лица, приведем применяемое в Законе 1999 г. понятие "иностраный инвестор", используемое для целей этого Закона. Согласно ст. 2 Закона 1999 г. иностранный инвестор - это:

- иностранное юридическое лицо, гражданская правоспособность которого определяется в соответствии с законодательством государства, в котором оно учреждено, и которое вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории РФ;

- иностранная организация, не являющаяся юридическим лицом, гражданская правоспособность которой определяется в соответствии с законодательством государства, в котором она учреждена, и которая вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории РФ;

- иностранный гражданин, гражданская правоспособность и дееспособность которого определяются в соответствии с законодательством государства его гражданства и который вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории РФ;

- лицо без гражданства, которое постоянно проживает за пределами РФ, гражданская правоспособность и дееспособность которого определяются в соответствии с законодательством государства его постоянного места жительства и которое вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории РФ;

- международная организация, которая вправе в соответствии с международным договором РФ осуществлять инвестиции на территории РФ;

- иностранные государства в соответствии с порядком, определяемым федеральными законами.

В отличие от ранее действовавшего законодательства СССР, предусматривавшего явно выраженный разрешительный порядок создания предприятий с иностранными инвестициями, в России был установлен в целом явочно-нормативный порядок, при котором решение о создании предприятия принимают сами учредители, являющиеся собственниками денежных и имущественных средств, вносимых в уставный капитал создаваемого предприятия. При таком порядке от учредителей требуется только соблюдение положений нормативных актов, регулирующих создание предприятий с иностранными инвестициями, включая государственную регистрацию.

Однако из явочно-нормативного порядка учреждения предприятий с иностранными инвестициями было сделано несколько исключений. В отношении участия иностранных инвесторов в приватизации предприятий и объектов торговли, общественного питания, автотранспорта, а также мелких предприятий промышленности и строительства предприятий с иностранными инвестициями такое участие допускалось только на условиях инвестиционных коммерческих конкурсов.

Приведем пример из практики. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ рассмотрела в кассационном порядке дело по иску трудового коллектива кафе "Юность" и прокурора Мурманской области о признании недействительными результатов конкурса приватизации этого кафе и договора купли-продажи, заключенного Фондом имущества г. Мурманска с участвовавшим в этом конкурсе гражданином Норвегии Б. Решением, принятым судебной коллегией по делу, предъявленный иск был удовлетворен, итоги конкурса приватизации кафе "Юность" и договор купли-продажи, заключенный с участвовавшим в нем иностранным инвестором, признаны недействительными, поскольку приватизация иностранными инвесторами предприятий общественного питания допускалась только по решению местных органов власти. Такого решения в отношении приватизации гражданином Норвегии Б. конкретного объекта - кафе "Юность" принято не было.

В Российской Федерации были установлены также ограничения для участия в конкурсах иностранных инвесторов в отдельных отраслях хозяйства. Так, было предусмотрено, что при участии в конкурсах должна сообщаться информация в федеральные органы безопасности, которые вправе предоставить заключение о запрете приобретения предприятия определенным иностранным инвестором.

6. Действующее в России законодательство не устанавливает для российских и иностранных участников предприятия с иностранными

инвестициями какого-либо обязательного соотношения долей. Этот вопрос решается соглашением сторон (учредительным договором). Иные правила по данному вопросу установлены в отношении совместных страховых организаций.

В отношении этих организаций в 1992 г. было установлено, что доля участия иностранных инвесторов в уставном капитале страховой организации в совокупности не должна превышать 49%.

Уставный капитал общества с ограниченной ответственностью составляется из стоимости вкладов его участников, а акционерного общества - из номинальной стоимости акций общества, приобретенных акционерами. Допускается увеличение уставного капитала акционерного общества. Эти и другие положения законов РФ об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью полностью применяются и в отношении обществ с участием иностранных лиц.

Вклады в иностранной валюте и имущество, оцененное в иностранной валюте, подлежат пересчету в рубли в соответствии с тем курсом, который действует для операций такого рода. При формировании уставного капитала путем внесения денежных средств, имущества, имущественных и неимущественных прав на практике стали делаться специальные перечни вкладов российских и иностранных участников в виде отдельных приложений к учредительному договору. Каждый перечень должен содержать наименование вклада, его описание, согласованную оценку вклада и срок его вноса.

В качестве вклада могут вноситься: собственность, а также другие имущественные права (например, право пользования, право залога и т.д.); права на долевое участие и другие формы участия в хозяйственных предприятиях и организациях; права требования по денежным средствам, вложенным для создания экономических ценностей, или услугам, имеющим экономическую ценность; авторские права, права промышленной собственности, такие как права на изобретения, включая права, вытекающие из патентов, товарные знаки, промышленные образцы, полезные модели, фирменные наименования, а также на технологию и ноу-хау; права на экономическую деятельность, включая права на разработку, добычу или эксплуатацию природных ресурсов.

Закон об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности 2003 г. рассматривает коммерческое присутствие в качестве формы организации предпринимательской и экономической деятельности иностранного лица на территории РФ в целях оказания услуг, в том числе путем создания юридического лица, филиала или представительства юридического лица либо участия в уставном (складочном) капитале юридического лица (ст. 2). Свои представительства в России могут

открывать иностранные банки, авиационные предприятия и др. Согласно установленному порядку иностранные юридические лица могут открывать на территории России свои представительства только с разрешения, выдаваемого специально уполномоченным на то аккредитуемым органом.

Иностранная фирма или организация, заинтересованная в открытии представительства, подает в соответствующий аккредитуемый орган письменное заявление, в котором оговаривается цель открытия представительства, дается описание деятельности фирмы, ее планов и перспектив сотрудничества с российскими партнерами. К заявлению прилагаются официальные документы, в числе которых можно назвать: устав иностранного юридического лица, открывающего представительство; выписку из торгового реестра и банковскую справку о платежеспособности иностранной фирмы; положение о представительстве и решение компетентного органа управления иностранного предприятия о его открытии. Разрешение на открытие обычно выдается на срок от одного года до трех лет и может быть продлено по просьбе соответствующего иностранного юридического лица.

Филиал иностранного юридического лица создается в целях осуществления на территории РФ той деятельности, которую осуществляет за пределами Российской Федерации головная организация, и ликвидируется на основании решения иностранного юридического лица. Государственный контроль за созданием, деятельностью и ликвидацией филиала иностранного юридического лица осуществляется посредством аккредитации в порядке, определяемом Правительством РФ. Филиал иностранного юридического лица, созданный на территории РФ, выполняет часть функций или все функции, включая функции представительства, от имени создавшего его иностранного юридического лица (головной организации) при условии, что цели создания и деятельность головной организации имеют коммерческий характер и головная организация несет непосредственную имущественную ответственность по принятым ею в связи с ведением указанной деятельности на территории РФ обязательствам.

Коммерческая организация с иностранными инвестициями, созданная на территории РФ, в которой иностранный инвестор владеет не менее чем 10% доли в уставном капитале указанной организации, при осуществлении им реинвестирования пользуется в полном объеме правовой защитой, гарантиями и льготами, установленными Законом 1999 г.

Российская коммерческая организация получает статус коммерческой организации с иностранными инвестициями со дня вхождения в состав ее участников иностранного инвестора.

Она утрачивает этот статус со дня выхода иностранного инвестора из состава ее участников (при наличии нескольких иностранных инвесторов в составе ее участников - в случае выхода всех иностранных инвесторов). С этого дня указанная коммерческая организация и иностранный инвестор утрачивают правовую защиту, гарантии и льготы, установленные Законом 1999 г.

Юридические лица, являющиеся коммерческими организациями с иностранными инвестициями, подлежат государственной регистрации в органах юстиции. Юридические лица, являющиеся коммерческими организациями с иностранными инвестициями, подлежат государственной регистрации в порядке, определяемом Федеральным законом "О государственной регистрации юридических лиц".

Коммерческой организации с иностранными инвестициями может быть отказано в государственной регистрации в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Отказ в государственной регистрации может быть обжалован иностранным инвестором в судебном порядке.

Функции по регистрации предприятий с иностранным участием на территории РФ возложены на Государственную регистрационную палату при Министерстве юстиции РФ. Эта же палата осуществляет аккредитацию представительства иностранных компаний на территории РФ.

Порядок регистрации содержится в Уставе Государственной регистрационной палаты, утвержденном Приказом Министра юстиции РФ от 29 декабря 1998 г.

Важную роль в решении существенных вопросов как учреждения предприятий, так и их деятельности призваны сыграть договоры о создании предприятий, заключаемые их участниками, и уставы предприятий.

Предприятия с иностранными инвестициями (СП) являются юридическими лицами по российскому законодательству. Они могут от своего имени заключать договоры, приобретать имущественные и личные неимущественные права и нести обязанности, быть истцами и ответчиками в суде и третейском суде. Предприятия имеют самостоятельный баланс и действуют на основе полного хозяйственного расчета, самоокупаемости и самофинансирования. В принципе на них как на юридические лица российского права распространяются общие

положения российского законодательства о юридических лицах. Но в отношении таких предприятий действуют и некоторые специальные положения, прямо установленные законодательством.

С учреждением предприятия с иностранными инвестициями в России рождается новое юридическое лицо, но независимо от того, находится ли в руках иностранного инвестора 100% капитала такого лица или только его часть, оно полностью подпадает под действие российского права. Это означает, что все правила, касающиеся лицензирования, применяются и к его деятельности (например, в секторе энергетики, здравоохранения, транспорта, строительства).

Из других юридических вопросов следует остановиться на вопросе о праве, подлежащем применению к взаимоотношениям участников предприятия с иностранными инвестициями. Поскольку договор об учреждении такого предприятия - это всегда договор с иностранным участником (фирмой, компанией, корпорацией), во взаимоотношениях участников всегда присутствует "иностраный элемент". Это означает необходимость решения так называемой коллизионной проблемы, т.е. вопроса о том, правом какого государства эти отношения будут регулироваться. Решение этой проблемы российским судом или третейским судом (арбитражем) возможно лишь на основе норм и принципов коллизионного права, входящего в состав международного частного права. Такая норма содержится в ст. 1214 ГК РФ: "К договору о создании юридического лица с иностранным участием применяется право страны, в которой согласно договору подлежит учреждению юридическое лицо".

Ранее действовала коллизионная норма аналогичного содержания (п. 3 ст. 166 Основ 1991 г.), но она применяется лишь только к договорам о совместных предприятиях. Статья 1214, как это видно из ее текста, должна применяться к договорам о создании любых юридических лиц с иностранным участием. По своему характеру это императивная норма. Стороны такого договора не могут своим соглашением предусмотреть применение иного права, чем право страны места учреждения юридического лица.

7. Правила, касающиеся положения иностранных юридических лиц, содержатся в многочисленных международных договорах (о торгово-экономическом сотрудничестве, о поощрении и защите капиталовложений, о правовой помощи, об избежании двойного налогообложения).

Так, в договорах о поощрении и защите капиталовложений определяется, как уже отмечалось выше, какие юридические лица государств, заключивших договор, рассматриваются в качестве

инвесторов, т.е. решается вопрос о "национальности" юридических лиц. Объясняется это тем, что задача этих международных соглашений состоит в возможно более точном определении того юридического лица другой стороны, в отношении которого должны применяться положения договора.

Многосторонние соглашения о правовой помощи (Минская конвенция 1993 г., Кишиневская конвенция 2002 г.) и двусторонние договоры о правовой помощи между государствами СНГ применяются не только к гражданам, но и к юридическим лицам (договоры РФ с Азербайджаном, Грузией, Киргизией, Молдавией); аналогичные положения содержатся в договорах с Латвией, Литвой и Эстонией.

4.Правовое положение российских юридических лиц за рубежом

Правовое положение российских юридических лиц за рубежом определяется российским законодательством, которым должны руководствоваться юридические лица, осуществляющие свою деятельность вне пределов страны, внутренним законодательством страны, в которой они осуществляют свою деятельность, а также международными договорами.

Российское законодательство в этой сфере призвано способствовать решению таких взаимосвязанных задач, как установление, с одной стороны, препон для бегства капиталов за границу, а с другой - стимулирование инвестирования в Россию капиталов, находящихся за рубежом. Однако как отмечалось в нашей литературе, наше законодательство в этом отношении далеко от совершенства. Формально продолжает действовать устаревшее Постановление Совета Министров СССР от 18 мая 1989 г. "О развитии хозяйственной деятельности советских организаций за рубежом", согласно которому был установлен разрешительный порядок вывоза российскими инвесторами капитала за границу. Для вывоза капиталов за границу и открытия счетов в банках за пределами России необходимо получение лицензий. Было установлено также, что для создания за рубежом предприятий с российским участием требуется получение разрешения федерального исполнительного органа и регистрация в России. В государственный реестр должны вноситься все зарубежные предприятия с российскими инвестициями независимо от времени создания, организационно-правовой формы и доли в капитале российского участника. Только с момента регистрации на такое предприятие с российским участием должна распространяться государственная поддержка и правовая защита в рамках заключенных

Россией с другими странами международных соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений.

Все российские лица - участники оборота (в том числе и юридические лица) независимо от форм собственности вправе осуществлять за рубежом самостоятельно внешнеторговую деятельность в соответствии с действующим законодательством РФ. Они могут заключать сделки и несут ответственность по своим обязательствам всем принадлежащим им имуществом.

Деятельность по экспорту или импорту лишь отдельных товаров, на которые установлена государственная монополия, может осуществляться на основе лицензирования. Лицензии на такую деятельность выдаются только государственным унитарным предприятиям. Имеются особые правила об экспортном контроле, согласно которым определена система обязательного лицензирования в отношении операций с контролируемыми товарами и технологиями. Установлен также особый порядок военно-технического сотрудничества, согласно которому определен круг тех организаций, которым разрешено заключать контракты.

По обязательствам предприятия, основанного на праве оперативного управления (федерального казенного предприятия), Россия как государство будет нести субсидиарную ответственность при недостаточности имущества такого казенного предприятия. Хотя заниматься внешней торговлей могут все юридические лица, определенные операции в области внешнеэкономической деятельности продолжают осуществлять крупные государственные предприятия - внешнеторговые объединения, принадлежащие государству.

Самостоятельность понимается именно в гражданско-правовом отношении. Принадлежащее государству юридическое лицо заключает сделку не от имени государства, но для него обязательны акты государства, в частности о запрете экспорта или импорта. Поэтому сохраняет свое значение старое решение Внешнеторговой арбитражной комиссии (ВТАК) по этому вопросу.

В решении ВТАК по иску израильской фирмы "Джордан инвестмент лтд" против В/О "Союзнефтеэкспорт" от 19 июня 1958 г. было признано, что запрещение со стороны Министерства внешней торговли СССР исполнения договора и отказ в выдаче лицензии на вывоз нефти из СССР, будучи обязательными для В/О "Союзнефтеэкспорт", являются обстоятельствами форс-мажора, освобождающими его от ответственности. Истец в данном деле, в частности, утверждал, что эти действия не могут рассматриваться в качестве форс-мажора для ответчика, поскольку ответчик и Министерство внешней торговли

являются органами одного и того же государства. В решении ВТАК признана самостоятельная правосубъектность объединения и отмечено, что объединение не является органом государственной власти. Поэтому попытка фирмы отождествить объединение с министерством лишена основания.

В этой связи нельзя согласиться с утверждениями, часто высказываемыми на Западе, что государственное юридическое лицо частного права (применительно к СССР и Российской Федерации - советского и российского гражданского права) идентично стоящему за ним государству.

В уставе такого объединения закреплено общее положение гражданского права о раздельной ответственности юридических лиц: каждое юридическое лицо пользуется имущественной самостоятельностью и несет обособленную ответственность. Государство, его органы и организации не отвечают по обязательствам объединения, а объединение не отвечает по обязательствам государства, его органов и организаций. Таким образом, принцип раздельной ответственности юридических лиц установлен внутренним правом и уставом объединения.

Поскольку при решении вопроса об ответственности юридического лица действует его личный закон, а им является закон России, во всех случаях ответственность объединения может наступать лишь в соответствии с этим принципом российского права. Правомочия объединения формулируются в его уставе. Вне зависимости от рода деятельности объединения оно имеет право заключать договоры, совершать сделки как в Российской Федерации, так и за границей. Каждое объединение может учреждать свои отделения, филиалы, конторы и агентства, представительства как в Российской Федерации, так и за границей. Объединение вправе участвовать во всякого рода других обществах, организациях, в том числе смешанных, деятельность которых соответствует задачам объединения. И наконец, объединение может приобретать, отчуждать, брать и сдавать в наем как в Российской Федерации, так и за границей любое имущество, движимое и недвижимое.

По общему правилу коммерческие организации согласно ГК РФ наделены общей, а не специальной (целевой) правоспособностью: они могут иметь гражданские права, необходимые для осуществления любых видов деятельности (ст. 49 ГК РФ). Из этого правила сделано исключение для унитарных предприятий.

Таким образом, общее для всех российских субъектов международного частного права в области внешнеэкономической деятельности состоит в том, что они являются юридическими лицами, несущими, как правило, самостоятельную имущественную

ответственность по своим обязательствам. (В особом положении находятся лишь федеральные казенные предприятия, поскольку собственник казенного предприятия несет субсидиарную ответственность по обязательствам такого предприятия при недостаточности его имущества.)

Все учрежденные в России организации являются российскими юридическими лицами, их личный статут определяется российским правом. Положения российского права об ответственности должны применяться и за рубежом, т.е. иметь экстерриториальное значение.

Если подходить к российскому объединению (предприятию) с точки зрения критериев, используемых чаще всего в иностранных государствах при определении национальности юридических лиц (напомним, что обычно применяется критерий либо места учреждения юридического лица, либо места его нахождения), то личным законом объединения (предприятия) всегда будет российский закон. Личным законом будут определяться правоспособность юридического лица, его внутренняя структура, решение о его ликвидации.

Таким образом, применение норм российского законодательства имеет ограниченное значение.

2. Главную роль призвано играть внутреннее законодательство страны, в которой российские юридические лица осуществляют свою деятельность. Все вопросы, касающиеся порядка осуществления деятельности на территории иностранного государства, допуска юридического лица к соответствующей деятельности, условий такой деятельности, решаются во внутреннем законодательстве той страны, где действует российское юридическое лицо, и в соответствии с положениями договора, заключенного Россией с данным государством.

Этот принцип международного частного права признается нашим законодательством. Так, согласно ст. 5 Закона об обществах с ограниченной ответственностью создание обществом филиалов и представительств за пределами территории РФ осуществляется в соответствии с законодательством иностранного государства, если иное не предусмотрено международным договором.

В отношении применения к деятельности российских юридических лиц за рубежом местного законодательства следует иметь в виду, что в каждом государстве действует свое законодательство, обладающее определенными особенностями, в том числе в отношении положений, касающихся допуска иностранных юридических лиц к осуществлению хозяйственной деятельности.

Поэтому, например, если в Испании или в Бельгии создается компания с участием российских юридических лиц или общество,

полностью принадлежащее российским юридическим или физическим лицам, то условия его деятельности будут определяться не российским правом, а испанским или бельгийским законодательством. Если же речь идет о российском юридическом лице, то в отношении его учреждения и ликвидации, а также внутренней структуры подлежит применению российское право. Другие вопросы, касающиеся порядка осуществления деятельности на территории иностранного государства, допуска юридического лица к соответствующей деятельности, условий такой деятельности, решаются во внутреннем законодательстве той страны, где действует российское юридическое лицо, и в соответствии с положениями договора, заключенного Россией с данным государством.

В конце XX в. для российских юридических лиц определенное практическое значение приобрело создание в так называемых офшорных зонах компаний с участием российского капитала. Эти компании, которые часто именуют компаниями международного бизнеса, как правило, не могут осуществлять хозяйственную деятельность внутри таких территорий или государств, где они учреждены и зарегистрированы и где находится их центр управления (офис, дирекция). Эти компании созданы для деятельности в других странах, в том числе в России. Так, на Бермудских островах была создана и зарегистрирована компания "Каспийский трубопроводный консорциум" ("КТК") для реализации проектирования, финансирования, строительства и эксплуатации трубопровода для транспортировки сырой нефти из Казахстана. Ряд компаний был создан в других офшорных зонах (Кипр, Лихтенштейн, острова Мэн, Джерси, Антильские и др.). Естественно, что при создании таких компаний в полном объеме должно применяться весьма детальное местное законодательство о компаниях (например, закон о компаниях Бермудских островов или закон о компаниях о. Джерси), а такие компании с точки зрения прежде всего их налогообложения, а также с позиций международного частного права должны рассматриваться как юридические лица соответствующего государства или территории.

Правовое положение российских юридических лиц за рубежом будет также определяться соответствующими международными соглашениями. В отношении европейских государств - членов ЕС важную роль призвано играть Соглашение о партнерстве и сотрудничестве 1994 г., вступившее в силу в 1997 г. Согласно этому Соглашению в отношении условий, касающихся учреждения компаний на территории ЕС и, соответственно, России, предоставляется режим, не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый любой третьей стране. Такой же режим предоставляется дочерним компаниям и филиалам (ст. 28 - 35). В отношении юридических лиц стран СНГ следует иметь в виду, что положения Минской конвенции

1993 г. применяются к юридическим лицам, созданным в соответствии с законодательством договаривающихся сторон. Положения Кишиневской конвенции 2002 г. применяются также к юридическим лицам (п. 4 ст. 1). Особое значение для обеспечения всем хозяйствующим субъектам стран - участниц СНГ равных возможностей для защиты своих прав и законных интересов имело заключение Соглашения 1992 г. Под хозяйствующими субъектами в этом Соглашении понимаются все предприятия, их объединения и организации любой организационно-правовой формы, созданной в соответствии с законодательством каждой страны-участницы.

К юридическим лицам применяются также соответствующие двусторонние договоры о правовой помощи, действующие в отношениях России с другими странами.

3. С вопросом о правовом положении юридических лиц связан также комплекс вопросов, касающихся правовых форм совместной хозяйственной деятельности.

Интернационализация международной хозяйственной жизни приводит к использованию различных организационных форм совместной деятельности субъектов из разных государств. Это могут быть чисто договорные формы, при которых отношения сторон определяются договорами о производственной либо научно-технической кооперации, договорами о консорциумах, предусматривающими обычно совместное выступление сторон на том или ином рынке или в отношении определенного объекта деятельности. Но это могут быть и более глубокие организационные формы, приводящие к созданию юридических лиц (смешанные общества, занимающиеся, как правило, торговой деятельностью, совместные предприятия и др.).

Одной из возможных организационно-правовых форм является консорциум. Обычно во внешнеэкономической сфере консорциумы создавались на договорной основе для реализации, как правило, крупномасштабных проектов, которые требуют объединения усилий нескольких организаций (на практике применялись, в частности, банковские консорциумы при получении кредитов, консорциумы для участия в торгах при переговорах о строительстве объектов за рубежом). Известны различные виды консорциумов.

Консорциумы, создаваемые для отношений временного характера с иностранными партнерами. В международной практике известны два вида таких консорциумов: закрытый и открытый. В первом случае контракт с иностранным заказчиком подписывается одной организацией, принявшей на себя обязанности руководителя и несущей перед ним ответственность за выполнение всего комплекса обязательств, предусмотренных в контракте. Во втором случае контракт с иностранными заказчиками

подписывается всеми партнерами по консорциуму, и каждый из них несет свою долю имущественной ответственности непосредственно перед иностранным заказчиком.

Если раньше, до проведения реформ во внешнеэкономической области, могли создаваться только консорциумы закрытого типа, то после предоставления всем предприятиям права внешнеэкономической деятельности все они могут выступать в качестве стороны в отношениях с иностранными заказчиками.

Такого рода консорциумы юридическими лицами не являются.

Консорциумы, создаваемые иностранными инвесторами. Такая организационно-правовая форма получила широкое распространение при заключении иностранными инвесторами соответствующих соглашений для реализации крупных инвестиционных проектов в области нефти и газа с Россией и рядом государств СНГ. Заключая временное соглашение о совместной деятельности по реализации проекта, участники консорциума сохраняют полную независимость в других, не охваченных их соглашением сферах деятельности. В российском законодательстве использование этой формы предусмотрено в Законе о соглашениях о разделе продукции 1995 г. (ст. 3).

В этом Законе под консорциумом как одной из сторон в соглашениях о разделе продукции понимаются "создаваемые на основе договора о совместной деятельности и не имеющие статуса юридического лица объединения юридических лиц, осуществляющие вложение собственных или привлеченных средств (имущества и/или имущественных прав) в поиски, разведку и добычу минерального сырья и являющиеся пользователями недр на условиях соглашения".

Контрольные вопросы по теме:

1. Что вы можете рассказать о государственной принадлежности юридических лиц?
2. Каково правовое положение иностранных юридических лиц в России?
3. Охарактеризуйте правовое положение российских юридических лиц за рубежом.

Лекция 6. Государство как субъект международного частного права.

1. Государство как субъект имущественных отношений.
2. Иммунитет государства и его виды.
3. Правовой режим гражданско-правовых отношений государства. Вопросы ответственности государства

1. Государство как субъект имущественных отношений

В условиях интернационализации хозяйственной жизни государство активно вступает в различные правоотношения, в том числе и имущественные, с иностранными юридическими лицами, международными хозяйственными организациями или даже с отдельными иностранными предпринимателями. Если государство выступает в них только в качестве одной стороны, то эти отношения регулируются нормами не международного права, а международного частного права.

Российское государство может:

- предоставлять и получать кредит (Российская Федерация может заключать как заемщик кредитные соглашения с кредитными организациями, иностранными государствами и международными финансовыми организациями. Кредитные соглашения и договоры могут заключать и субъекты Федерации);
- использовать форму займов, осуществленных путем выпуска ценных бумаг (от имени Российской Федерации);
- предоставлять гарантии по займам и кредитам (Россия может заключать договоры о предоставлении государственных гарантий в России. Решение о предоставлении государственных гарантий принимается Правительством РФ в порядке, определяемом Федеральным конституционным законом "О Правительстве Российской Федерации" и Указом Президента РФ от 23 июля 1997 г. "О предоставлении гарантий или поручительств по займам и кредитам");
- заключать концессионные соглашения с иностранным инвестором (пока, в отличие от ряда государств СНГ, в России этот вопрос не урегулирован, хотя и был подготовлен проект закона о концессиях);
- заключать соглашения о разделе продукции, и прежде всего соглашения о крупных капиталовложениях, рассчитанных на длительный период, в первую очередь в нефтедобывающую и нефтеперерабатывающую промышленность (в России регулируются Законом о соглашениях о разделе продукции 1995 г. с последующими изменениями и дополнениями);

- приобретать и арендовать за границей земельные участки;
- продавать и сдавать в аренду принадлежащие ему за границей земельные участки, здания и сооружения;
- заключать контракты на выполнение подрядных работ для государственных нужд;
- заключать соглашения о покупке и продаже товаров, предоставлении услуг и т.д.;
- от своего имени гарантировать исполнение контрактов любого рода, заключенных юридическими лицами;
- выступать за границей в качестве наследника выморочного имущества, оставшегося после смерти российских граждан, или в качестве наследника по завещанию (см. гл. 16).

При этом обычно различают два вида правоотношений, в которых участвуют государства. Во-первых, правоотношения, возникающие между государствами, а также между государством и международными организациями (по экономическому и научно-техническому сотрудничеству, кредитные и т.д.). Во-вторых, правоотношения, в которых государство выступает в качестве только одной стороны; другой стороной в этих правоотношениях могут быть иностранные юридические лица, международные хозяйственные (немежгосударственные) организации и отдельные граждане.

Отношения первого вида регулируются исключительно нормами международного публичного права и, хотя они тесно связаны с отношениями второго вида, в настоящем учебнике не рассматриваются. Что касается отношений второго вида, то это могут быть отношения по поставке товаров, выполнению различных услуг и иные.

Российское государство само выступает субъектом имущественных отношений при строительстве здания для посольства за границей, аренде земельного участка или найме жилого дома. Во всех случаях эти сделки заключаются посольством РФ от имени государства. Следует строго различать случаи, когда субъектом имущественных отношений выступает государство и когда субъектом отношений являются государственные юридические лица или любые другие юридические лица.

В области имущественных отношений государство выступает как особый субъект права, поскольку оно не является юридическим лицом.

Категория юридического лица - это категория внутреннего национального права каждого государства. Само государство наделяет какое-либо образование правами юридического лица, т.е. само государство устанавливает, что то или иное образование является юридическим лицом. Кто же может наделить государство правами юридического лица? Только какой-либо правовой порядок, существующий

над государством, или какое-либо всемирное правительство, о создании которого много писали в юридической и общеполитической литературе, но такого надгосударственного органа нет.

Современная концепция участия государства в гражданско-правовых отношениях, которая стала складываться в 90-е гг. в СССР, а затем в России, получила отражение в Основях 1991 г. и ГК РФ. Согласно ст. 124 ГК государство участвует в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с другими участниками этих отношений. По своим гражданско-правовым обязательствам государство отвечает принадлежащим ему на праве собственности имуществом, не закрепленным за юридическими лицами на праве хозяйственного ведения или оперативного управления.

2.Иммуниет государства и его виды

Термин "иммуниет" происходит от латинских слов - прилагательного *impmus* (свободный от чего-либо, освобожденный) и существительного *immunitas* (освобождение от налогов, от службы и т.п.).

Само понятие "иммуниет государства" сложилось в международном праве сначала в качестве обычной нормы, а затем стало определяться судебной практикой, законодательством и международными договорами. Иммуниет иностранного государства, существующий в международных отношениях, отличается от иммунитета государства от предъявления к нему исков в его собственных судах. Установление последнего и определение его пределов входит исключительно в сферу компетенции государства и определяется только его законодательством и международными договорами, заключенными этим государством.

Иммуниет иностранного государства отличается от иммунитета международных организаций, хотя в их основе лежат одни и те же принципы.

В международной практике применяются более узкое понятие "юрисдикционные иммунитеты" и более широкое понятие "иммуниет государства и его собственности", поскольку не всегда вопрос об иммунитете имущества государства возникает в связи с рассмотрением какого-либо иска в суде. Все эти иммунитеты связаны между собой, потому что их основа одна - суверенитет государства, который не позволяет применять в отношении государства какие-либо принудительные меры.

Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности получили общее признание в качестве одного из принципов обычного международного права. Под государством в Конвенции ООН о

юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности понимается "государство и его различные органы управления; составные части федеральных государств", учреждения государств "либо другие образования в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства".

Признание иммунитета государства не означает, что вообще нельзя рассматривать спор по сделке, заключенной с государством, или же что нельзя вообще предъявить иск о возмещении вреда к иностранному государству. Речь идет о том, что иск к государству теоретически надо предъявлять в судах этого государства. На практике иски по сделкам обычно рассматриваются в международных коммерческих арбитражных судах. Следует подчеркнуть и другое: признание иммунитета ни в коей мере не должно состоять в освобождении государства от выполнения принятых им на себя обязательств или в освобождении государства от ответственности за неисполнение обязательств.

Иммунитет государства основывается на том, что оно обладает суверенитетом, что все государства равны. Это начало международного права выражено в следующем изречении: "*Par in parem non habet imperium*" ("Равный не имеет власти над равным").

В теории и практике государств обычно различают несколько видов иммунитета: судебный, от предварительного обеспечения иска и от принудительного исполнения решения.

Судебный иммунитет заключается в неподсудности одного государства судам другого государства (*Par in parem non habet jurisdictionem* - Равный над равными не имеет юрисдикции). Без согласия государства оно не может быть привлечено к суду другого государства. Причем не имеет значения, в связи с чем или по какому вопросу государство намереваются привлечь к суду.

Иммунитет от предварительного обеспечения иска состоит в следующем: нельзя в порядке предварительного обеспечения иска принимать без согласия государства какие-либо принудительные меры в отношении его имущества. Под иммунитетом от принудительного исполнения решения понимается следующее: без согласия государства нельзя осуществить принудительное исполнение решения, вынесенного против государства. Понятие юрисдикционных иммунитетов является общим для этих трех видов.

В юридической доктрине обычно рассматриваются две концепции иммунитета государства - абсолютного и ограниченного.

Концепция абсолютного иммунитета исходит из того, что: а) иски к иностранному государству не могут рассматриваться без его согласия в судах другого государства; б) в порядке обеспечения иска имущество

какого-либо государства не может быть подвергнуто принудительным мерам со стороны другого государства; в) недопустимо обращение мер принудительного исполнения на имущество государства без его согласия.

Согласно концепции функционального (ограниченного) иммунитета, иностранное государство, его органы, а также их собственность пользуются иммунитетом только тогда, когда государство осуществляет суверенные функции, т.е. действия *jure imperii*. Если же государство совершает действия коммерческого характера (заключение внешнеторговых сделок, концессионных и иных соглашений), т.е. действия *jure gestionis*, то оно не пользуется иммунитетом. Иными словами, представители концепции ограниченного иммунитета считают, что когда государство ставит себя в положение частного лица, к нему могут предъявляться иски, а на его собственность распространяются принудительные меры.

Во второй половине XX в. концепция функционального иммунитета получила широкое распространение в законодательной, судебной и договорной практике различных стран. Это объясняется тем, что государство как таковое расширило сферу своего участия в экономической деятельности.

Государства стали шире вовлекаться в коммерческую деятельность, которая тесно связана с международными товарными и финансовыми рынками. Не только увеличилось число сделок, заключаемых государствами, они стали более разнообразными. Государства все чаще обращаются к иностранным банкам, международным финансовым организациям для получения кредитов.

Особое значение в современных экономических отношениях приобрел вопрос об иммунитете для тех государств, которые проводят политику активного привлечения иностранных инвестиций. Инвесторы заинтересованы в том, чтобы государство, принимающее инвестиции, отказывалось от своего иммунитета в случае возникающих споров между инвестором и этим государством.

В результате, как отмечалось в российской юридической литературе (И.О. Хлестова), сфера применения договорной и обычной международно-правовой норм, ограничивающих иммунитет иностранного государства, постепенно расширяется, о чем свидетельствует законодательная и судебная практика стран, придерживающихся концепции ограниченного иммунитета. В то же время сфера применения обычной международно-правовой нормы об абсолютном иммунитете государства постоянно сужается. Все чаще государства, придерживающиеся концепции абсолютного иммунитета, отказываются от него в отношении определенных категорий дел.

В конце XX в. возникла проблема в отношении иммунитета государства по искам о нарушениях прав человека в связи с решением Верховного суда Греции по иску к ФРГ и решениями судов других государств по искам жертв нацизма. Так, иск о возмещении ущерба в греческих судах был предъявлен родственниками лиц, уничтоженных во время операции, проведенной подразделениями СС в греческом селе Дистомо в 1944 г. ФРГ в своих возражениях ссылалась на принцип иммунитета государства. Ареопагом (Верховным судом Греции) иммунитет не был признан, и иск был удовлетворен.

Практика США показала, что вопросы использования принципа иммунитета в отношении исков, связанных с нарушением прав человека, даже при наличии законодательного регулирования нельзя считать окончательно решенными.

В 1941 г. 19-летний гражданин США еврейской национальности Г. Принц вместе со своими родителями, сестрой и двумя братьями оказался в Словакии. Вся его семья погибла в фашистских лагерях, он единственный выжил, пройдя Освенцим и принудительные работы под землей на военных объектах. После длившихся десятилетиями попыток получить возмещение за причиненный ему фашистской Германией ущерб он предъявил в 1992 г. иск в американском суде к правительству ФРГ. Ответчик, опираясь на американский закон 1976 г., ссылаясь на судебный иммунитет, поскольку предусмотренные этим законом исключения, и прежде всего в отношении действий, которые можно было бы отнести к коммерческой активности, не могли быть применены в данном случае. Суд первой инстанции не признал судебный иммунитет, а при рассмотрении дела в 1994 г. в федеральном апелляционном суде (Court of Appeals) мнения судей разделились, хотя большинство высказалось за то, что апелляционный суд не обладает компетенцией для рассмотрения иска. Хотя большинство судей исходило из того, что действия гитлеровской Германии представляют собой нарушение императивных норм общего международного права (норм *jus cogens*), но все же при отсутствии судебных прецедентов по этому вопросу и указаний в законе большинство высказалось за то, что апелляционный суд не обладает компетенцией для рассмотрения иска. В связи с этим решением были даже подготовлены предложения о внесении изменений в закон 1976 г., исключающие возможность для государства-ответчика ссылаться на принцип иммунитета государства.

Рассмотрение в судах дела Г. Принца сыграло большую роль в глобальном решении проблемы выплаты компенсации жертвам нацизма. Сначала (1995 г.) было заключено соглашение между ФРГ и США о выплате компенсации гражданам США, а затем после предъявления

коллективных исков жертв нацизма из других стран (в том числе России и Польши) правительство ФРГ осуществило такую выплату компенсации жертвам принудительного труда во время Второй мировой войны. Однако в целом вопрос о непредоставлении иммунитета иностранному государству по искам к государству о нарушении прав человека нельзя считать решенным. В отечественной литературе (В.А. Жуков) было обращено внимание на актуальность этой проблемы.

2. В Законе США 1976 г. указано, что иммунитет не будет признаваться, "когда основаниями для иска служат коммерческая деятельность, осуществляемая иностранным государством в Соединенных Штатах, или действие, совершенное за пределами Соединенных Штатов в связи с коммерческой деятельностью иностранного государства вне Соединенных Штатов, если это действие имеет прямые последствия для Соединенных Штатов" (§ 1605 (а) 2). На имущество иностранного государства, находящееся в США и используемое для коммерческой деятельности в этой стране, не распространяется иммунитет от мер по аресту для обеспечения иска и от мер по обращению взыскания на имущество на основании судебного решения.

В Законе США 1976 г. указывается также, к какому критерию должны прибегать американские суды, чтобы определить, какие действия являются публично-правовыми, а какие - частноправовыми. По этому вопросу суды в разных странах, в том числе и в США, выносили различные решения, часто противоречивые. В Законе США 1976 г. в качестве такого критерия избрана не цель, а характер, природа операции или отдельной сделки (§ 1603 (d)). Там говорится, что "коммерческая деятельность" означает либо регулярное осуществление коммерческого поведения, либо конкретное коммерческое действие или акт. Коммерческий характер любой деятельности определяется характером поведения или конкретного действия либо акта, а не ее целью. Английский Закон об иммунитете государства 1978 г. определяет коммерческое действие при помощи описания его характера и перечисления типов соответствующих контрактов (ст. 3).

В тех странах, в которых не принято специальных законов об иммунитете, а также в государствах, не участвующих в международных соглашениях по этому вопросу, существенную роль продолжает играть судебная практика, хотя решения суда одной страны могут использоваться и во всяком случае учитываться при рассмотрении аналогичного дела в другой стране.

Характерный пример дает практика Франции. В этой связи следует остановиться на решении Парижского суда Большой инстанции от 16 июня 1993 г.

В связи с проведением в Центре искусства и культуры имени Жоржа Помпиду выставки картин Анри Матисса из Государственного Эрмитажа и Государственного музея изобразительных искусств имени А.С. Пушкина (ГМИИ) дочь коллекционера С.И. Щукина Ирина Щукина, а также некий И. Коновалов, утверждавший, что он является внуком другого известного собирателя западной живописи - И.А. Морозова, предъявили ряд исков к Российской Федерации, Государственному Эрмитажу, ГМИИ имени А.С. Пушкина и Центру Помпиду. Истцы требовали наложения предварительного ареста на картины и выплаты им возмещения в крупных суммах. Картины перешли в собственность государства на основании декретов о национализации 1918 г.

Решением суда в исках Щукиной и Коновалову было отказано со ссылкой на принцип судебного иммунитета государства и его собственности.

От имени российского государства в суде было заявлено, что акт о национализации представлял собой осуществление публичной власти государства и касался коллекции картин, принадлежащей его гражданам и находящейся на его территории. Кроме того, было обращено внимание суда на то, что иммунитетом от принудительных мер пользуется не только государство как таковое, но также два музея, осуществляющих хранение картин в рамках выполнения публично-правовых функций в области культуры, на что они были уполномочены Министерством культуры РФ.

Суд согласился с этими доводами и признал, что при отсутствии согласия государства на рассмотрение дела иски не могут быть предметом рассмотрения суда. На этом же основании суд отказал истцам в признании их требований об осуществлении мер принудительного характера в отношении картин.

3. При предъявлении возможных претензий к государству, в частности по трудовым отношениям (см. гл. 17) и требованиям о возмещении ущерба в результате причинения вреда (см. гл. 13), прежде всего с чисто практической точки зрения следует различать два возможных случая. Во-первых, когда иск предъявляется к российскому государству как стороне в отношениях с иностранными юридическими и физическими лицами, т.е. когда речь идет о предъявлении претензий, исков за рубежом, а также наложении ареста на имущество российского государства, находящееся за границей. В этих случаях необходимо прежде всего решить вопрос, будет ли пользоваться российское государство в настоящее время за рубежом иммунитетом.

Во-вторых, в случае возникновения аналогичной ситуации в России необходимо решить вопрос, будет ли в России пользоваться иммунитетом иностранное государство и принадлежащее ему имущество. При этом, что

следует подчеркнуть особо, признание в одной стране абсолютного иммунитета за иностранными государствами не влечет за собой автоматического признания в судах другой страны иммунитета в отношении страны, законодательство и практика которой продолжают исходить из концепции абсолютного иммунитета.

Во многих государствах иммунитет российского государства и его собственности будет признаваться в ограниченных пределах. Такой вывод следует сделать на основе следующих данных: в ряде государств были приняты законы, ограничивающие иммунитет государства, - в США, Великобритании, Австралии, Аргентине, Канаде, Пакистане, Сингапуре, Южно-Африканской Республике. Как уже отмечалось выше, в Законе США 1976 г. был закреплен переход от позиции признания абсолютного иммунитета к позиции признания так называемого функционального иммунитета.

В Законе США 1976 г. было также установлено, к какому критерию должны прибегать американские суды, чтобы определить, какие действия являются публично-правовыми, а какие - частноправовыми. По этому вопросу суды в разных странах, в том числе и в США, выносили различные решения, часто противоречивые. В Законе США 1976 г. в качестве такого критерия избрана не цель, а характер, природа операции или отдельной сделки.

В ФРГ, Франции, Италии, Греции, Дании, Финляндии, Норвегии и других странах из концепции ограниченного иммунитета исходит судебная практика.

Ряд европейских стран - Австрия, Бельгия, Великобритания, ФРГ, Кипр, Люксембург, Нидерланды, Швейцария - заключили в 1972 г. Европейскую конвенцию об иммунитете государства, согласно которой иммунитет не признается как в случаях, исходящих из концепции абсолютного иммунитета (иностранное государство отказалось от иммунитета или же само предъявило иск); так и в случаях, когда спор возник в связи с коммерческой или иной аналогичной деятельностью иностранного государства на территории государства, где происходит судебное разбирательство. Генеральная ассамблея ООН приняла Конвенцию о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, которая учитывает теорию ограниченного иммунитета.

Приведем текст ст. 10 Конвенции (Коммерческие сделки).

1. Если государство заключает коммерческую сделку с иностранным физическим или юридическим лицом и, в силу применимых норм международного частного права, разногласия относительно этой коммерческой сделки подлежат юрисдикции суда другого государства,

это государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве дела, возникшего из этой коммерческой сделки.

2. Пункт 1 не применяется:

- a) в случае коммерческой сделки между государствами, или
- b) если стороны коммерческой сделки явно договорились об ином.

3. Если государственное предприятие и другое образование, учрежденное государством, которое обладает независимой правосубъектностью и способно:

- a) предъявлять иск или являться ответчиком по иску; и
- b) приобретать имущество, иметь его в своей собственности или владении и распоряжаться им, включая имущество, которое это государство передает в его пользование или под его управление, участвует в разбирательстве, которое связано с коммерческой сделкой, заключенной этим образованием, то иммунитет от юрисдикции, которым пользуется это государство, не затрагивается.

c) "коммерческая сделка" означает:

- i) любой коммерческий контракт или сделку о купле-продаже товаров или о предоставлении услуг;
- ii) любой контракт о займе или иную сделку финансового характера, включая любое обязательство по гарантии или компенсацию в отношении любого такого займа или сделки;
- iii) любой иной контракт или сделку коммерческого, промышленного, торгового или профессионального характера, за исключением трудовых договоров.

При определении того, является ли контракт или сделка коммерческой сделкой согласно ст. 10, следует прежде всего исходить из природы этого контракта или сделки, однако следует также учитывать их цель, если стороны контракта или сделки договорились об этом, или если, согласно практике государства суда, эта цель имеет отношение к определению некоммерческого характера этого контракта или сделки.

4. Комплексный характер сложных проблем, возникающих на практике при решении вопросов предоставления иммунитета, с одной стороны, и необходимость четко определить отказ государства от иммунитета и пределов действия такого отказа - с другой, можно проиллюстрировать на примере рассмотрения в судах ряда стран исков швейцарской фирмы "Нога" к российскому государству.

Швейцарская корпорация "Нога" заключила 29 января 1992 г. кредитное соглашение с Правительством РСФСР в лице действовавших в то время Министерства сельского хозяйства и Министерства экономики и финансов. В тот же день было подписано гарантийное письмо. В соответствии с этим соглашением компания "Нога" открыла кредитную

линию российскому правительству на общую сумму 1 млрд. 426 млн. долларов США. Россия должна была расплачиваться поставками нефти, мазута и газа через своих уполномоченных экспортеров по специальному графику.

В ходе исполнения соглашения между партнерами возникли разногласия, которые не удалось разрешить мирным путем. Начиная с 1993 г. компания "Нога" предъявила ряд исков в судах различных стран. В результате по решению суда Люксембурга в качестве обеспечительной меры были наложены аресты на вклады Банка России в Швейцарии и Люксембурге. Впоследствии компания "Нога" обратилась с иском в Арбитражный институт при Стокгольмской торговой палате, как это предусматривала арбитражная оговорка в кредитном соглашении. На основании принятых в 1997 г. решений этого третейского суда (см. гл. 19) она добилась наложения ареста на банковский счет посольства Российской Федерации во Франции. Французский суд, рассматривавший это ходатайство, пришел к выводу, что банковский счет посольства пользуется иммунитетом от исполнительных действий на основании ст. 25 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г. Согласно этой статье государство пребывания обязано предоставлять все возможности для выполнения функций дипломатического представительства. Суд исходил из того, что иммунитет банковского счета посольства является составной частью иммунитета дипломатического представительства. Арест банковского счета посольства препятствует выполнению задач дипломатического представительства.

В порядке принудительного исполнения были наложены аресты на счета других представительств России во Франции, а также во французском порту на российское парусное судно "Седов", которое прибыло во Францию по приглашению французского правительства для участия в спортивных соревнованиях в честь Дня Бастилии.

В дальнейшем иски предъявлялись в отношении ввезенных во Францию (в ле Бурже) и в Англию самолетов для демонстрации на авиасалонах, картин в Италии и др.

В отношении иммунитета российского государства следует обратить внимание на то, что современная практика заключения российским государством крупных кредитных соглашений, долговременных концессионных и инвестиционных соглашений идет по пути включения в них условий, предусматривающих прямое согласие на рассмотрение споров в иностранном суде или в порядке арбитражного разбирательства в третейском суде без использования ссылки на иммунитет государства.

В ряд заключенных российским государством и его органами контрактов с иностранными юридическими лицами и иностранными

государствами было включено согласие российской стороны на отказ (или изъятие) от юрисдикционного иммунитета и его видов. Эта практика закреплена в Законе о соглашениях о разделе продукции 1995 г. (см. гл. 8), в котором впервые было установлено, что в соглашениях, заключаемых с иностранными гражданами и юридическими лицами, может быть предусмотрен в соответствии с законодательством Российской Федерации отказ государства от судебного иммунитета, иммунитета в отношении предварительного обеспечения иска и исполнения судебного и (или) арбитражного решения (ст. 23).

В литературе, посвященной этому Закону (С.А. Сосна), обращалось внимание на то, что концепция абсолютного иммунитета уже давно не отражает ни практику участия российского государства в экономических, коммерческих отношениях с зарубежными странами, ни современную доктрину иммунитета. В то же время в России продолжали действовать правовые нормы о торгпредствах, исходящие из теории абсолютного иммунитета. В условиях, когда в России был осуществлен переход от государственной монополии внешней торговли к другим формам государственного регулирования в этой области, такой подход потерял практическое значение. Точно так же потеряли свое значение содержащиеся в ряде международных торговых договоров СССР положения об иммунитете торгпредств. В заключенных Россией со странами СНГ международных договорах о взаимном учреждении торговых представительств (с Азербайджаном - в 1992 г., Белоруссией - в 1992 г., Грузией - в 1995 г. и др.) положения об иммунитетах торгпредств не содержатся.

В двусторонних соглашениях о взаимном поощрении и защите инвестиций, действующих с большим числом государств, предусмотрен арбитражный порядок рассмотрения споров. Это означает, что российское государство в случае предъявления к нему иска согласилось на юрисдикцию международного коммерческого арбитража при условии, что такой спор подпадает под действие международного договора.

Как решается проблема иммунитета государства и его собственности в России? Российское законодательство, так же как и законодательство стран СНГ, как правило, исходит из классической концепции абсолютного иммунитета, традиционно признавая принцип иммунитета государства во всех случаях, независимо от характера действий государства и его органов.

В российском процессуальном законодательстве (ГПК РФ и АПК РФ) имеется существенное расхождение, касающееся принципа иммунитета. В п. 1 ст. 401 ГПК РФ предусмотрено следующее: "1. 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 РФ, 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, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации или федеральным законом".

Таким образом, хотя в ГПК РФ и содержится отсылка к возможности иного решения вопроса (путем отсылки к федеральному закону), в целом ГПК РФ продолжает стоять на позициях абсолютного иммунитета. Иной подход проявлен в АПК РФ. В п. 1 ст. 251 "Судебный иммунитет" говорится, что обладает судебным иммунитетом по отношению к предъявленному к нему иску в арбитражном суде "иностранное государство, выступающее в качестве носителя власти". Из этого неизбежно должен следовать вывод о том, что если государство выступает не в качестве носителя власти, иными словами, осуществляет предпринимательскую, коммерческую деятельность, то тогда оно иммунитетом пользоваться не будет (об этом подробнее см. § 4 гл. 18). Как отмечалось в комментариях к АПК РФ, ст. 251 содержит ограничительную формулировку в отношении судебного иммунитета иностранного государства. Иммунитет предоставляется лишь при выполнении публичных функций носителя государственной власти (Т.Н. Нешатаева). Из различия выступления государства как суверена и его участия в гражданском обороте на общих основаниях с другими субъектами гражданского права исходит и В.В. Ярков.

3. Правовой режим гражданско-правовых отношений государства. Вопросы ответственности государства

Для российского законодательства характерно отрицательное отношение к выступлениям государства в качестве непосредственного субъекта внешнеторговых сделок. Эта возможность у государства имеется, но она должна быть ограничена, поскольку любой такой случай может повлечь за собой возникновение общей ответственности государства. В ст. 11 Закона об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности 2003 г. предусмотрено, что государство - Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования - осуществляют внешнеторговую деятельность только в случаях, установленных федеральными законами. Государство должно нести

ответственность тогда, когда оно само становится стороной в отношениях такого рода (кредитные соглашения, инвестиционные соглашения, соглашения о разделе продукции и др.) либо когда оно дает гарантии по сделкам юридических лиц и тем самым, в случае невыполнения обязательства этими юридическими лицами, оно должно будет нести ответственность по соответствующим обязательствам. Так, в Федеральном законе от 4 января 1999 г. "О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации" говорится, что федеральные органы государственной власти не несут ответственности по внешнеэкономическим договорам, заключенным субъектами РФ, за исключением случаев, когда такие договоры заключены с согласия Правительства РФ либо когда оно предоставило гарантии по такому договору (ст. 8). Согласно положениям Бюджетного кодекса РФ (в ред. Федерального закона от 5 августа 2000 г.) государственным долгом Российской Федерации являются долговые обязательства Российской Федерации перед физическими и юридическими лицами, иностранными государствами, международными организациями и иными субъектами международного права, включая обязательства по государственным гарантиям, предоставленным Российской Федерацией.

Государственный долг Российской Федерации обеспечивается всем находящимся в федеральной собственности имуществом, составляющим государственную казну.

В объем государственного внешнего долга Российской Федерации включаются: объем основного долга по полученным Российской Федерацией кредитам правительств иностранных государств, кредитных организаций, фирм и международных финансовых организаций, а также объем обязательств по государственным гарантиям, предоставленным Российской Федерацией.

Российская Федерация не несет ответственности по долговым обязательствам субъектов РФ, если указанные обязательства не были гарантированы Российской Федерацией, а субъекты РФ не отвечают по долговым обязательствам Российской Федерации.

Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования отвечают по своим обязательствам принадлежащим им на праве собственности имуществом. Государственные и муниципальные юридические лица не отвечают по долгам государства и муниципальных образований, а те, в свою очередь, не несут ответственности по обязательствам созданных ими юридических лиц, за исключением случаев, предусмотренных законом (ст. 126 ГК РФ). Согласно п. 5 ст. 115 ГК РФ (в ред. Закона от 14 ноября 2002 г.) Российская Федерация или

собственник имущества казенного предприятия несет субсидиарную ответственность по обязательствам казенного предприятия при недостаточности его имущества. Если государство или муниципальное образование создали учреждение, то при недостаточности его имущества они несут субсидиарную ответственность (п. 2 ст. 120 ГК РФ).

В соответствии с п. 4, 5 ст. 126 ГК РФ Российская Федерация не отвечает по обязательствам субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, а те не отвечают по обязательствам друг друга, а также Российской Федерации. Но это правило не действует в случае, когда Российская Федерация приняла на себя гарантию (поручительство) по обязательствам субъекта Российской Федерации или юридического лица.

ГК РФ (часть первая), как уже отмечалось выше, исходит из того, что в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, Россия как государство выступает на равных началах с иными участниками этих отношений - гражданами и юридическими лицами. К российскому государству и к субъектам РФ применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов (ст. 124 ГК РФ). В этой статье говорится о применении права к внутренним отношениям. О применении права к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, следует говорить особо.

В новом российском законодательстве в области международного частного права учтены современные тенденции в вопросе об участии государства в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом. В ст. 1204 ГК РФ предусмотрено: "К гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства правила настоящего раздела применяются на общих основаниях, если иное не установлено законом".

Это положение сформулировано как двусторонняя коллизионная норма. Оно не ограничено в отношении только российского государства или его субъектов, а подлежит применению и к гражданско-правовым отношениям, в которых участвует иностранное государство в тех случаях, когда к нему будут применяться нормы российского международного частного права, установленные в разд. VI третьей части ГК РФ. Иные нормы могут применяться, если они установлены в другом законе, именно в законе, а не в акте меньшей юридической силы. Именно поэтому в таких случаях не будет действовать принцип автономии воли сторон, в силу которого стороны могут выбрать право, подлежащее применению. Так, в ст. 6 Закона о соглашениях о разделе продукции 1995 г. указано, что такие

соглашения заключаются в соответствии с законодательством РФ. В литературе обращалось внимание на то, что в случае применения ст. 6 отпадает вопрос о выборе применимого права, поскольку она не дает возможности применить иное право, кроме российского.

Такой же подход должен быть проявлен в отношении применения права к обязательствам по займам. В принципе к ним должно применяться право страны, выпустившей заем. Как правило, при заключении контрактов Российской Федерации или субъектов РФ с иностранными юридическими лицами и гражданами должно применяться российское право. Если же предусматривается выбор иного права, то такое условие должно быть тщательно проработано с учетом всех последствий, вытекающих из установления возможности применения иностранного права, а не российского.

Особое положение государства как участника международных хозяйственных отношений выражается в том, что к обязательствам государства может применяться только его право, кроме случаев, когда государство прямо выразило свое согласие на применение иностранного права. Поэтому правоотношения по договору государства с иностранной компанией или иностранным гражданином регулируются внутренним законодательством другого государства или международным правом, если в договоре не предусмотрено иное.

Ответственность государства по его обязательствам должна определяться его собственным правом. Российское государство отвечает по своим обязательствам принадлежащим ему на праве собственности имуществом, а также имуществом, которое закреплено за государственными юридическими лицами на праве хозяйственного ведения или оперативного управления. Эти юридические лица не отвечают по обязательствам государства, а последнее не несет ответственности по их обязательствам за исключением субсидиарной ответственности. Таким образом, имущество, не закрепленное за государственными предприятиями, входит в государственную казну. Кроме этого имущества в казну входят также средства государственного бюджета. И именно имуществом государственной казны Россия как государство должна отвечать по своим обязательствам.

Контрольные вопросы по теме:

1. Когда стала складываться современная концепция участия государства в гражданско-правовых отношениях?
2. Определите государство как субъект имущественных отношений
3. Что такое иммунитет государства и каковы его виды?

4.Каков правовой режим гражданско-правовых отношений государства?

5.Раскройте некоторые вопросы ответственности государства

Лекция 7. Правовое положение иностранной собственности. Иностранные инвестиции.

1. Общие положения.
2. Международно-правовое и внутреннее регулирование.
3. Определение режима иностранных инвестиций и правовые гарантии для них.
4. Иностранные инвестиции в свободных экономических зонах

1. Общие положения

Проблематика правового регулирования иностранных инвестиций далеко выходит за пределы международного частного права, даже при самом широком понимании частноправовых отношений с иностранным элементом, характерным для российской доктрины. Традиционно в отечественных курсах и учебниках рассматриваются вопросы определения самого понятия и форм иностранных капиталовложений как объекта правоотношений, в том числе и гражданско-правового характера, защиты вещных прав в этой области, определения правового статуса субъектов - предприятий с иностранными инвестициями как субъектов отношений (см. гл. 5), договорных отношений (гл. 9), гарантий прав инвесторов, порядка рассмотрения инвестиционных споров (гл. 18 и 19).

В настоящей главе сделана попытка обратить внимание на основные понятия, характерные для правового регулирования иностранных инвестиций.

2. Обычно под иностранными инвестициями понимаются материальные и нематериальные ценности юридических и физических лиц одного государства, которые вывезены из этого государства на территорию другого государства с целью извлечения прибыли. Само слово "инвестиция" (англ. - investment) означает "капиталовложение". Согласно российскому законодательству под иностранными инвестициями понимается вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории РФ (денежные средства, ценные бумаги, иное имущество, имущественные права, имеющие денежную оценку, исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, а также услуги и информация). Из наиболее широкого понимания иностранных инвестиций исходят двусторонние соглашения о защите и поощрении капиталовложений, заключенные Россией с другими странами. Приведем в качестве примера определение, которое дается в Соглашении России с Японией от 13 ноября 1998 г., вступившем в силу в 2000 г. Под инвестицией в этом

договоре понимаются капиталовложения инвесторов одной страны на территории другой. Речь идет о любом виде имущественных ценностей, включая права в отношении движимого и недвижимого имущества, акции и другие формы участия в компаниях, "право требования по денежным средствам или любому выполнению договора, имеющему финансовую ценность, связанное с капиталовложениями", права на интеллектуальную собственность и "концессионные права, включая права на разведку и эксплуатацию природных ресурсов" (ст. 1). В Типовом соглашении, одобренном Правительством РФ Постановлением от 9 июня 2001 г. (с доп. и изм. от 11 апреля 2002 г.), в отношении последней категории дается более полное определение. В нем говорится о правах на осуществление предпринимательской деятельности, предоставляемых на основе закона или договора, включая, в частности, права, связанные с разведкой, добычей и эксплуатацией природных ресурсов.

Наиболее часто в юридической литературе проводится деление на прямые и портфельные инвестиции. Под прямыми инвестициями понимаются инвестиции, дающие возможность инвестору осуществлять контроль над предприятием. Портфельные инвестиции отличаются от прямых тем, что инвестор, приобретая активы в форме ценных бумаг для извлечения прибыли (акции, облигации), получив тем самым права на извлечение прибыли, не имеет возможности осуществить управленческий контроль над предприятием. Таково общее понимание. Закон об иностранных инвестициях 1999 г. под прямыми иностранными инвестициями понимает приобретение иностранным инвестором не менее 10% доли, долей (вклада) в уставном (складочном) капитале коммерческой организации, созданной или вновь создаваемой на территории РФ в форме хозяйственного товарищества или общества в соответствии с гражданским законодательством РФ; вложение капитала в основные фонды филиала иностранного юридического лица, создаваемого на территории РФ; осуществление на территории РФ иностранным инвестором как арендодателем финансовой аренды (лизинга) оборудования.

В последнем случае имеются в виду сделки, касающиеся конкретного вида дорогостоящего оборудования с длительным сроком окупаемости. В качестве инвестора в этих отношениях выступает лизингодатель, который финансирует закупку оборудования и остается собственником оборудования, до истечения срока его окупаемости.

Развитие лизинга в инвестиционной деятельности в России призвано привлечь дополнительные инвестиции в экономику. Закон о лизинге 1998 г. относит к основным формам лизинга и международный лизинг в

соответствии с Оттавской конвенцией о международном финансовом лизинге, участницей которой является Россия (см. гл. 9).

3. В качестве иностранных инвесторов законодательство РФ понимает иностранные юридические лица, иностранные организации, не являющиеся юридическими лицами, иностранных граждан, лиц без гражданства, постоянно проживающих за рубежом, международные организации и иностранные государства.

Привлекая иностранные инвестиции, каждое государство стремится эффективно использовать в экономике иностранные финансовые ресурсы, новые технологии, передовой управленческий опыт, иностранное оборудование и т.п. Эти преимущества общеизвестны. Меньше внимания обращается на возможные отрицательные последствия. На практике известны случаи, когда установление контроля над отечественным предприятием приводило к перепрофилированию его традиционного производства, вело к прекращению выпуска продукции, конкурирующей с продукцией инвестора. На территории государства-реципиента создавались филиалы иностранной фирмы или предприятие с участием этой фирмы, которое производило товар, пользующийся повышенным спросом на отечественном рынке, а затем оно самоликвидировалось с целью продвижения на рынок аналогичного товара иностранного происхождения.

Для преодоления такого рода негативных последствий имеется правовая возможность введения ограничений для допуска инвестиций в определенные отрасли, использования положений антимонопольного законодательства, принятия законодательных актов о недопущении недобросовестной конкуренции, а также использования соответствующих положений гражданских кодексов о недобросовестной конкуренции.

2.Международно-правовое и внутреннее регулирование

Современное правовое регулирование в области капиталовложений осуществляется путем сочетания международно-правового и внутреннего (национального) регулирования.

В современных условиях значение международных соглашений в регулировании иностранных инвестиций возросло, а в силу конституционных положений нормы этих соглашений и принципы международного права пользуются приоритетом.

В условиях интернационализации хозяйственной жизни особое значение для создания благоприятного инвестиционного климата в странах переходной экономики приобрело соблюдение требований международных стандартов. Под стандартами понимаются

международные правила, сформулированные в многосторонних и двусторонних соглашениях, в соответствии с которыми государство-участник берет на себя обязательство следовать предусмотренным в международном праве принципам правового регулирования иностранных инвестиций.

Некоторые положения содержатся в Договоре к Энергетической хартии 1994 г., Соглашении о партнерстве и сотрудничестве 1994 г. и в ряде других соглашений.

В Договоре к Энергетической хартии 1994 г., участниками которого являются государства СНГ, предусмотрено, что каждая договаривающаяся сторона в соответствии с положениями этого договора поощряет и создает стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия для инвесторов других договаривающихся сторон с целью осуществления капиталовложений на ее территории. Эти условия включают обязательство предоставлять в любое время в отношении капиталовложений инвесторов других договаривающихся сторон справедливый и равный режим. Таким капиталовложениям также обеспечивается максимально постоянная защита и безопасность, и никакая договаривающаяся сторона не должна каким-либо образом препятствовать посредством неоправданных или дискриминационных мер управлению, поддержанию, пользованию, владению или распоряжению ими. Ни в коем случае в отношении таких капиталовложений не должен предоставляться режим менее благоприятный, чем это требуется по международному праву, включая обязательства по договору. Каждая договаривающаяся сторона соблюдает любые обязательства, которые она приняла относительно инвестора или капиталовложения инвестора любой другой договаривающейся стороны (ст. 10 Договора). Сотрудничество России с ЕС направлено на создание благоприятного климата как для отечественных, так и иностранных инвестиций в первую очередь путем улучшения условий защиты инвестиций, перевода капиталов и обмена информацией об инвестиционных возможностях (ст. 58 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве 1994 г.).

Принципы, имеющие самое непосредственное отношение к гарантиям в отношении инвестиций, закреплены в таких международно-правовых документах, как резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, предусматривающие право государства на национализацию и условия ее проведения (в частности, выплату компенсации собственнику национализированного имущества).

К таким договорам относятся международные соглашения, подписанные в результате завершения в 1995 г. уругвайского раунда переговоров, проводимых в рамках ГАТТ, приведших к созданию

Всемирной торговой организации (ВТО). Это - Соглашение об инвестиционных мерах, связанных с торговлей (ТРИМС), Генеральное соглашение о торговле услугами (ГАТС) и Соглашение о торговых аспектах прав на интеллектуальную собственность (ТРИПС). В этих соглашениях содержатся обязательства государств - членов ВТО по регулированию инвестиций, осуществляемых в форме вложения капитала (вложений в основные фонды действующих или создаваемых предприятий), в форме оказания услуг, в форме новейших технологий и средств индивидуализации товаров и услуг.

Для государств, заинтересованных в притоке иностранных инвестиций, имеет определенное значение участие в многосторонних международных соглашениях, призванных обеспечить защиту прав инвесторов и уменьшить возможные риски в связи с капиталовложениями в других странах.

Ряд документов был принят международными организациями, чья деятельность связана с осуществлением инвестиций. Это Кодекс либерализации движения капиталов Организации по экономическому сотрудничеству и развитию (ОЭСР) 1992 г., Кодекс либерализации текущих невидимых операций ОЭСР 1992 г. и Руководство по регулированию прямых иностранных инвестиций Международного банка реконструкции и развития (МБРР) 1992 г.

Основными многосторонними конвенциями в этой области являются Сеульская конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985г. и Вашингтонская конвенция 1995г.

Кроме двусторонних соглашений в отношениях стран СНГ действует также Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности 1993 г. и Конвенция о защите прав инвесторов 1997 г. Конвенция предусматривает предоставление инвесторам из стран СНГ национального режима "за исключением изъятий, которые могут устанавливаться законодательством страны-реципиента", Конвенция предусматривает ряд государственных гарантий.

В настоящее время двусторонние международные договоры содержат более подробное регулирование соответствующих отношений, а главное, именно в этих соглашениях формулируются исходные принципиальные положения, определяющие инвестиционный климат. По данным на 2000 г., в мире действовало более 800 двусторонних соглашений.

Для России действуют несколько десятков двусторонних соглашений о взаимном поощрении и защите инвестиций (с Австрией, Италией, ФРГ, Канадой, Японией, Швецией, Египтом, Индией, Чехией,

Литвой и другими государствами). Россия заключила двусторонние соглашения о защите инвестиций с Арменией, Казахстаном и Украиной.

Для России как правопреемника СССР действуют двусторонние соглашения о содействии и защите инвестиций, заключенные СССР.

Основные положения двусторонних договоров о взаимной защите инвестиций соответствуют международной практике заключения инвестиционных соглашений. При их разработке Советский Союз, а затем Россия и другие государства СНГ учитывали опыт других государств, касающийся содействия осуществлению и защите капиталовложений. Однако имеются и различия, отражающие как компромиссный характер переговоров, так и особенности подхода различных стран к инвестиционному сотрудничеству.

Наряду с определением понятия инвестиций обычно эти соглашения включают основные обязательства, которые государства принимают на себя в связи с деятельностью на их территории инвесторов другого государства. В частности, договаривающиеся стороны обязуются создавать благоприятный режим для капиталовложений инвесторов и связанной с ними деятельности, обеспечивать надлежащую защиту иностранной собственности, предоставлять инвестору возможность беспрепятственного перевода своих доходов. Государства соглашаются также на рассмотрение споров по вопросам капиталовложений с инвестором в международном арбитраже (см. гл. 19).

В Типовом соглашении, утвержденном Правительством РФ в 2001 г. (с учетом изменений и дополнений, внесенных в 2002 г.), содержится следующая формула режима недискриминации: "Каждая Договаривающаяся Сторона обеспечивает на своей территории справедливый режим капиталовложениям инвесторов другой Договаривающейся Стороны в отношении управления и распоряжения ими" (п. 1 ст. 3). При этом в его последней редакции предусматривается применение режима, не менее благоприятного, чем тот, который стороны предоставят друг другу.

В чем смысл заключения двусторонних соглашений? Во-первых, благодаря такому договору каждое из заключивших его государств получает возможность обеспечить реализацию прав своих граждан в другой стране.

Во-вторых, для иностранного инвестора из любой страны, несомненно несущего определенный риск, принципиально важно, чтобы принимающее государство предоставляло надлежащую защиту и обеспечивало безопасность его капиталовложений в этой стране. Наличие таких гарантий не только во внутреннем законодательстве, но и в международном соглашении рассматривается как стремление

принимающего государства обеспечить максимальную сохранность иностранной собственности и не принимать мер по ее принудительному изъятию.

В-третьих, создание договорного регулирования дает определенную гарантию применения предусмотренного соглашением режима для инвестиций вне зависимости от того, какие изменения, в том числе и законодательные, могут иметь место в стране - партнере по договору в будущем.

Все соглашения предусматривают правила о порядке разрешения споров между странами, заключившими такой международный договор, относительно его толкования и применения. По предложению любой из сторон могут быть проведены консультации по этим вопросам. Споры должны по возможности разрешаться путем переговоров. Если таким образом спор не урегулирован, то по требованию одной из сторон он будет передан на рассмотрение третейского суда. Договоры с Кореей и Турцией, например, предусматривают, что спор передается в третейский суд, если он не будет разрешен путем переговоров по дипломатическим каналам в течение шести месяцев. Третейский суд создается для каждого конкретного случая. Он состоит из трех членов и формируется следующим образом. Каждая сторона назначает по одному члену третейского суда, и оба члена договариваются о кандидатуре гражданина третьего государства на пост председателя суда. Если в течение определенного в соглашении срока (два месяца для члена суда и три месяца для председателя третейского суда) они не будут выбраны, то тогда они назначаются председателем Международного суда ООН (ст. 9 договора с ФРГ, ст. 10 договора с Кореей, ст. 7 договора с Турцией).

Азербайджан заключил двусторонние соглашения о взаимной защите и поощрении инвестиций с 16 государствами, в том числе с Грузией, Украиной, Казахстаном, Молдавией, Киргизией, ФРГ.

Грузия заключила целый ряд соглашений, в том числе с Турцией, Украиной, Туркменистаном, США, Азербайджаном, Казахстаном, Киргизией, Италией, Румынией, Нидерландами, Узбекистаном, ФРГ.

Киргизия заключила более 20 соглашений, в том числе с ФРГ, Швецией, Испанией, Малайзией, Бельгией, Казахстаном и другими государствами СНГ.

Туркменистан заключил более 15 соглашений, в том числе с Турцией, КНР, Румынией, Малайзией, Австрией, Финляндией, Индонезией, Ираном, ФРГ.

Казахстан заключил более 30 двусторонних соглашений, в том числе с США, ФРГ, Италией, Румынией, Великобританией, Киргизией, Францией, Украиной, Бельгией, Кореей, Египтом, КНР, Турцией,

Малайзией, Россией, Швейцарией, Индией, Израилем, Ираном, Болгарией, Венгрией, Грузией, Белоруссией, Кувейтом и другими странами.

Специальное внутреннее законодательство об иностранных инвестициях имеется в немногих государствах. Прежде всего, такие законы принимались в государствах, особо заинтересованных в притоке иностранных инвестиций, например, в государствах Азии, Африки и Латинской Америки, в социалистических странах.

В большинстве западных государств (США, ФРГ, Франция, Великобритания, Япония и др.) нет специальных законодательных актов об иностранных инвестициях; к ним применяется общее законодательство, регулирующее хозяйственную деятельность, антitrustовское законодательство, налоговое, валютное, банковское и др.

В государствах Латинской Америки были приняты специальные законы об иностранных капиталовложениях, устанавливающие порядок перевода прибылей за границу и другие условия иностранных капиталовложений. Например, такой закон действует в Мексике с 8 мая 1973 г.

Подробное регулирование правового режима иностранных инвестиций имеется в тех государствах (КНР, Польша, Венгрия, Литва, Латвия, Эстония и др.), которые проводят активную политику привлечения иностранного капитала и использования его для решения задач экономического развития своих стран. В ст. 18 Конституции КНР 1982 г. говорится, что "Китайская Народная Республика разрешает иностранным предприятиям и другим иностранным хозяйственным организациям либо отдельным лицам в соответствии с законами Китайской Народной Республики вкладывать капиталы в Китае, осуществлять в различных формах экономическое сотрудничество с китайскими предприятиями или другими китайскими хозяйственными организациями". В КНР принят ряд нормативных актов, касающихся создания предприятий, основанных на китайском и иностранном капитале или же полностью принадлежащих иностранному капиталу. В смешанных предприятиях доля капиталовложений иностранных участников должна составлять не менее 25%. Верхний предел не оговаривается. В установлении этого минимума состоит одна из особенностей законодательства КНР, поскольку в законодательстве ряда других стран ограничивается максимум иностранного участия (он может быть не более 50 или 49%). В китайских комментариях к соответствующим законодательным актам обычно подчеркивается, что ограничение по минимуму участия должно способствовать серьезным и значительным иностранным капиталовложениям.

Во внутреннем законодательстве не только России, но и других стран СНГ проявляется тенденция перехода от принятия специальных законов об иностранных инвестициях (законов о концессионных договорах с иностранными лицами и иных аналогичных актов) к принятию законодательных актов об инвестициях вообще. В этом проявляется стремление к поощрению капиталовложений в реальные секторы экономики независимо от происхождения этих инвестиций.

С принятием в России в 1999 г. новых законов об иностранных инвестициях и об инвестиционной деятельности произошло сближение этих законодательных актов. Специальным действующим законом в РФ является Федеральный закон от 9 июля 1999 г. "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации". Он определяет основные гарантии прав иностранных инвесторов, его характерной особенностью является множество отсылочных норм, под которыми понимаются отсылки к другим законодательным и иным нормативным актам.

Таким образом, в рамках внутреннего (национального) законодательства осуществляется комплексное регулирование иностранных инвестиций. Их положение определяется нормами конституционного, административного, налогового, таможенного, гражданского, земельного и иного законодательства. Обратим прежде всего внимание на применение норм гражданского законодательства. Это законодательство действует для предприятий с иностранными инвестициями (в Законе 1999 г. они именуются коммерческими организациями с иностранными инвестициями) в таком же объеме, как и для предприятий всех форм собственности. Точно так же к гражданским правоотношениям этих предприятий с их контрагентами, как отечественными, так и иностранными, применяются одни и те же положения гражданского законодательства, что и к правоотношениям иных юридических лиц. Этим объясняются отсылки к гражданско-правовым понятиям и к гражданскому законодательству в Законе об иностранных инвестициях 1999 г. (ст. 2, 7, 20 и др.) и в Федеральном законе от 25 февраля 1999 г. "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений".

Потребность регионов в привлечении иностранных инвестиций, пробельность и недостаточная эффективность федерального законодательства в этой области и ряд иных причин привели к развитию правового регулирования на уровне субъектов Федерации. Возможность принятия таких нормативных актов субъектами Федерации вытекает из положений Конституции России и соглашений РФ с субъектами Федерации о разграничении компетенции между РФ и ее субъектами.

В субъектах Федерации принимались различные законодательные и иные нормативные акты. В ряде случаев в этих актах содержалось регулирование, осуществление которого не входит в компетенцию субъектов Федерации. Принимались нормы, противоречащие федеральному законодательству, что создавало дополнительные трудности для иностранных инвесторов.

К вопросам правового порядка, которые могут определяться в законодательстве субъектов РФ, относятся следующие:

- регистрация предприятий с иностранными инвестициями и лицензирование;
- обеспечение гарантий прав инвесторов;
- предоставление различных льгот (освобождение от налогов и сборов в части, касающейся бюджета субъектов, предоставление льготных условий пользования землей, установление льготных ставок по арендной плате за недвижимость, за пользование недрами и иными природными ресурсами);
- осуществление контроля и принятие мер для защиты национальных интересов и интересов регионов от незаконных действий инвесторов.

Кроме России специальные законодательные акты об иностранных инвестициях были приняты в Азербайджане (Закон 1992 г., подготовлен проект нового закона), Армении (Закон 1994 г.), Белоруссии (Закон 1993 г. с изм. и доп.), Грузии (ст. 1 - 9 Закона 1991 г., Закон 1996 г.), Молдавии (Закон 1992 г. с изм. и доп.), Казахстане (Закон 1994 г., вступивший в силу с 17 января 1991 г., Закон 1994 г. с изм. и доп.; Закон 1997 г. о государственной поддержке прямых инвестиций с изм. и доп. 1999 г.), Киргизии (Закон 1991 г. с изм. и доп.), Таджикистане (Закон 1992 г. с изм. и доп.), Туркменистане (Закон 1992 г. с изм. и доп.), Узбекистане (Закон 1994 г. с изм. и доп.), Украине (Закон 1992 г., Декрет 1993 г. с изм. и доп., Закон о государственной программе поощрения иностранных инвестиций, Закон 1996 г. и др.).

В Хозяйственный кодекс Украины 2003 г. вошли нормы об иностранных инвестициях.

Особый интерес представляют принятые в Казахстане акты, предусматривающие государственную поддержку прямых инвестиций, на основании которых были утверждены приоритетные секторы экономики, где инвесторам должны предоставляться особые льготы, акты о создании специального государственного органа по инвестициям. Указом Президента Республики Казахстан в 2000 г. были утверждены "Правила о предоставлении льгот и преференций при заключении контрактов с инвесторами, осуществляющими инвестиционную деятельность в приоритетных секторах экономики"; Закон Казахстана от 8 января 2003 г.

"Об инвестициях" распространяется на инвестиции, независимо от того, имеют ли они иностранное или отечественное происхождение.

Существенное значение для регулирования иностранных инвестиций, в том числе и для определенных вещных прав инвесторов, имеют законы о недрах и недропользовании, о нефти и других природных ресурсах, принятые в России, в других странах СНГ (Азербайджане, Казахстане и др.). В России действует Закон РФ от 21 февраля 1992 г. "О недрах" (с изм. и доп. от 7 января 2000 г.), в Казахстане - Закон от 27 января 1996 г. (с изм. 1999 г.) "О недрах и недропользовании".

4. Каждое государство устанавливает определенный порядок допуска иностранного капитала. В одних странах действует разрешительная (или лицензионная) система (например, в Индии, ряде государств Латинской Америки), в других - установлен в принципе свободный доступ капитала. Суть разрешительной системы состоит в том, что инвестору выдается предварительное разрешение (лицензия) на осуществление инвестиционной деятельности. Преимущество этой системы состоит в том, что она обеспечивает лучшие возможности для контроля над деятельностью иностранного инвестора. В то же время установление дополнительных ограничений для доступа капитала создает большие возможности для коррупции административного аппарата, ведающего выдачей разрешений.

При любой системе государство, принимающее инвестиции, может устанавливать запреты и ограничения для осуществления иностранными инвесторами определенных видов деятельности или для осуществления такой деятельности на определенных территориях.

Правовое положение иностранных инвестиций в развивающихся странах отличается большим разнообразием, что объясняется существенными различиями в политике этих стран по отношению к иностранному капиталу. В одних странах иностранный капитал ограничивался, подвергался государственному контролю, а в ряде случаев национализировался, в других - поощрялся путем предоставления определенных льгот и гарантий. Для политики развивающихся государств по отношению к иностранному капиталу характерны частные колебания и изменения. Это объясняется в значительной степени тем, что указанные государства, испытывая острую нехватку ресурсов для капиталовложений, вынуждены прибегать к привлечению средств извне. Однако иностранные монополии предоставляют инвестиции на таких условиях, которые зачастую идут вразрез с национальными интересами этих стран.

Правовой режим иностранной собственности определяется прежде всего внутренним законодательством развивающихся стран (горным законодательством, законами о разработке природных богатств,

специальными инвестиционными кодексами). В данной области международного частного права нормы этого законодательства непосредственно регулируют отношения между иностранными частными инвесторами и государством, принимающим инвестиции, т.е., как правило, применяется не коллизионный, а прямой метод регулирования.

К числу важнейших мероприятий по ограничению иностранных капиталовложений относятся: а) установление особого государственного контроля за допуском иностранного капитала к разработке недр и естественных богатств; б) недопущение иностранного капитала в определенные, наиболее важные для народного хозяйства отрасли; в) установление обязательной доли участия национального государственного или частного капитала в предприятиях, создаваемых иностранными фирмами (в смешанных обществах); г) мероприятия, направленные на использование какой-то части прибылей иностранных предприятий для внутренних нужд развивающейся страны (налогообложение, ограничения при переводе прибылей за границу и т.п.); д) определение концессионной политики.

Инвестиционное законодательство некоторых стран Азии и Африки предусматривает обычно несколько режимов для иностранных инвестиций, причем особо привилегированный режим устанавливается для предприятий, требующих крупных капиталовложений и создаваемых в тех отраслях экономики, в которых наиболее заинтересована развивающаяся страна. Основные льготы, предоставляемые привилегированным режимом, обычно следующие: освобождение от таможенных пошлин при ввозе оборудования и сырья, необходимого для строительства и деятельности предприятия; полное или частичное освобождение в течение определенного срока от налога на прибыли; беспошлинный вывоз готовой продукции; право полного или частичного перевода прибылей за границу; предоставление гарантий на случай национализации и т.п.

3.Определение режима иностранных инвестиций и правовые гарантии для них

В законодательстве об иностранных инвестициях, а также международных договорах применяются различные подходы к определению понятия режима иностранных инвестиций. В одном варианте речь идет о национальном режиме. В этом случае иностранным инвесторам предоставляется режим не менее благоприятный, чем отечественным инвесторам, иными словами, иностранные инвесторы приравниваются к отечественным. В другом варианте инвесторам одной

страны предоставляется режим не менее благоприятный по сравнению с тем, который предоставляется инвесторам иного иностранного государства.

Возможно и одновременное применение обоих этих режимов (например, Соглашение России с Японией 1998 г.). Согласно российскому Закону об иностранных инвестициях 1999 г. правовой режим деятельности иностранных инвесторов и использования полученной от инвестиций прибыли не может быть менее благоприятным, чем правовой режим деятельности и использования полученной от инвестиций прибыли, предоставленной российским инвесторам, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами (п. 1 ст. 4). Закон 1999 г. предусматривает два вида изъятий из действия принципа национального режима: изъятия стимулирующего характера в виде предоставления определенных льгот и изъятия ограничительного характера.

Предоставление иностранным инвесторам соответствующего режима означает, и это прямо предусмотрено в международных договорах, что не должна допускаться дискриминация. В международных документах, касающихся режима иностранных инвестиций, подчеркивается, что равный режим для инвесторов, действующих в равных обстоятельствах, а также свободная конкуренция между ними являются условиями для создания благоприятного инвестиционного климата, а правовой режим определяется как справедливый и равноправный (Руководство МБРР). Согласно Руководству по регулированию прямых иностранных инвестиций МБРР, под "справедливым режимом" понимается режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый государством национальным инвесторам в аналогичных обстоятельствах. Это касается прежде всего защиты права собственности инвесторов, контроля и извлечения материальной выгоды, выдачи разрешения на наем рабочей силы, лицензирования экспорта, импорта и других юридических аспектов. В то же время в отношении других вопросов, не касающихся национальных инвесторов, "режим, определяемый в законодательстве государства, а также отдельные правила регулирования не должны носить дискриминационного характера для иностранных инвесторов из разных государств, т.е. не должны применяться с учетом их национальной (государственной) принадлежности".

В Руководстве по регулированию прямых иностранных инвестиций обращается внимание и на то, что принимающее государство должно избегать создания неоправданно сложной процедуры регулирования или установления в законе условий, выполнение которых необходимо для осуществления допуска. Предоставление соответствующего режима не

исключает, как уже отмечалось выше, установления изъятий ограничительного характера для иностранных инвестиций или же установления специального лицензирования, все дело в том, насколько широк будет перечень отраслей, включенных в этот список. Общеизвестно, что государственный контроль должен осуществляться в области добычи полезных ископаемых и разработки недр.

В России действует так называемый явочно-нормативный порядок для иностранных инвестиций, согласно которому предварительного разрешения для допуска иностранных инвестиций не требуется. При таком порядке применяется лицензионная система, согласно которой для осуществления отдельных видов экономической деятельности требуется получение лицензии (разрешения) от определенных государственных органов.

Закон об иностранных инвестициях 1999 г. предусматривает ряд гарантий для иностранных инвесторов на территории России, а именно:

- гарантию правовой защиты деятельности иностранных инвесторов (ст. 5);
- гарантию использования иностранным инвестором различных форм осуществления инвестиций (ст. 6);
- гарантию права иностранного инвестора на приобретение ценных бумаг (ст. 13);
- гарантию участия иностранного инвестора в приватизации (ст. 14);
- гарантию перехода прав и обязанностей иностранного инвестора другому лицу (ст. 7);
- гарантию обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории РФ иностранным инвестором (ст. 10);
- гарантию права иностранного инвестора на беспрепятственный вывоз за пределы России имущества и информации в документальной форме или в форме записи на электронных носителях, которые были первоначально ввезены на территорию РФ в качестве иностранной инвестиции (ст. 12);
- гарантию использования на территории России и перевода за пределы России доходов, прибыли и других правомерно полученных денежных сумм (ст. 11);
- особо следует отметить наличие в Законе гарантий компенсации при национализации и реквизиции имущества иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями (ст. 8).

Гарантия компенсации при национализации и реквизиции в Законе 1999 г. формулируется следующим образом: имущество иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями

не подлежит принудительному изъятию, в том числе национализации, реквизиции, за исключением случаев и по основаниям, которые установлены федеральным законом или международным договором РФ.

При реквизиции иностранному инвестору или коммерческой организации с иностранными инвестициями выплачивается стоимость реквизируемого имущества. При прекращении действия обстоятельств, в связи с которыми произведена реквизиция, иностранный инвестор или коммерческая организация с иностранными инвестициями вправе требовать в судебном порядке возврата сохранившегося имущества, но при этом обязаны возратить полученную ими сумму компенсации с учетом потерь от снижения стоимости имущества.

При национализации иностранному инвестору или коммерческой организации с иностранными инвестициями возмещаются стоимость национализированного имущества и другие убытки.

В отношении гарантии предоставления права на земельные участки ст. 15 Закона 1999 г. отсылает к законодательству РФ и субъектов РФ. В литературе отмечалось, что в этом и в ряде других случаев примененный в Законе об инвестициях термин "гарантия" носит условный характер. Здесь, скорее, есть основания говорить об ограничениях.

При создании предприятия с иностранными инвестициями или при участии иностранного инвестора в приватизации возникает вопрос о том, имеет ли такое предприятие право собственности на земельный участок, на котором находится или будет построено соответствующее здание, или же такой участок предоставляется только на условиях пользования.

Согласно ЗК РФ иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица - собственники зданий, строений, сооружений, находящихся на чужом земельном участке, имеют преимущественное право покупки или аренды земельного участка, однако Кодекс устанавливает определенные ограничения в отношении приобретения ими этих участков в собственность. Так, они не могут обладать на праве собственности земельными участками, находящимися на приграничных территориях и на иных установленных особо территориях РФ в соответствии с федеральными законами. Перечень приграничных территорий устанавливается Президентом РФ. До установления такого перечня право собственности иностранцев на приграничных территориях не допускается. Под особыми территориями понимаются территории, на которых находятся, в частности, объекты стратегического назначения, военные объекты.

Земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, могут предоставляться иностранным

гражданам, лицам без гражданства и иностранным юридическим лицам в собственность только за плату, размер которой установлен ЗК РФ.

В случаях приватизации установлены ограничения в отношении приобретения иностранцами прав на земельные участки, которые находятся в государственной или муниципальной собственности и на которых находятся здания, строения и сооружения, находящиеся в их собственности.

Участки недр, континентального шельфа, лесного фонда не могут находиться в собственности иностранных граждан и юридических лиц, они могут быть предоставлены им только на правах пользования или аренды, при условии, что эти лица наделены правом заниматься соответствующей деятельностью.

Особый режим, установленный в России для иностранцев и иностранных юридических лиц в отношении права собственности на сельскохозяйственные земельные участки, полностью распространяется на иностранных инвесторов. Они вообще не могут иметь право собственности на участки такого рода. Согласно правилам Федерального закона от 24 июля 2002 г. (вступившим в силу 27 января 2003 г.) "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения" они могут обладать такими участками только на праве аренды (п. 3 ст. 1, п. 2 ст. 2, ст. 3). Кроме того, только право аренды земельных участков из земель сельскохозяйственного назначения предоставляется юридическим лицам, в уставном (складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более 50%. Таким образом, если иностранный инвестор участвует в предприятии с иностранными инвестициями, созданном в России в качестве юридического лица российского права, и если иностранцу принадлежит более 50% капитала такого предприятия (независимо от того, в какой правовой форме оно создано: в форме акционерного общества, общества с ограниченной ответственностью), оно не может иметь право собственности на землю.

В отличие от права собственности на землю, аренда сельскохозяйственных участков иностранными инвесторами допускается. Договор аренды может быть заключен на срок, не превышающий 49 лет.

Право аренды земельного участка может быть приобретено коммерческой организацией с иностранными инвестициями, согласно ст. 15 Закона об иностранных инвестициях 1999 г., на торгах (аукционе, конкурсе).

Практическое значение для иностранных инвесторов имеет признание их прав собственности на городские земли и участки, на которых находятся промышленные, торговые и иные объекты. Несмотря

на наличие изъятий, иностранные лица сохраняют право собственности на земельные участки, приобретенные ими в результате совершения гражданско-правовых сделок, в том числе в порядке приватизации.

Ранее в ряде регионов России земельные участки продавались российским юридическим лицам, контроль над которыми осуществляли иностранные инвесторы.

Из положений Земельного кодекса РФ и Закона об обороте земель сельскохозяйственного назначения 2002 г. может быть сделан вывод о том, что в отношении иностранных юридических лиц, прежде всего иностранных инвесторов, обеспечивается большая правовая стабильность, чем ранее, когда соответствующие вопросы определялись многочисленными указами президента и законодательством субъектов Федерации, часто противоречивых по своему содержанию.

Однако установленная в Законе об обороте земель сельскохозяйственного назначения обязанность иностранного инвестора произвести отчуждение земельного участка из земель сельскохозяйственного назначения или доли в праве общей собственности на такой участок, которые не могут иностранному инвестору принадлежать на праве собственности в силу ст. 3 и 5 этого Закона, распространяется на иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства, а также на российских юридических лиц, в уставном капитале которых доля этих лиц составляет более чем 50%. Отчуждение должно быть осуществлено в течение года после вступления в силу Закона или, если участок был приобретен позднее, в течение года со дня возникновения права собственности у таких лиц.

Такое правило, установленное ст. 5 Закона, ослабляет правовую стабильность, поскольку прямо предусматривает обратное действие условий, менее льготных для инвесторов, чем это было ранее.

Важное значение имеет признание в Законе об иностранных инвестициях 1999 г. принципа суброгации, применяемого при международном страховании иностранных инвестиций от политических рисков. Согласно этому Закону, если иностранное государство или уполномоченный им государственный орган производят платеж в пользу иностранного инвестора по гарантии (договору страхования), предоставленной иностранному инвестору в отношении инвестиций, осуществленных им на территории РФ, и к этому иностранному государству или уполномоченному им государственному органу переходят права (уступаются требования) иностранного инвестора на указанные инвестиции, то в Российской Федерации такой переход прав (уступка требований) признается правомерным (п. 2 ст. 7).

Признание суброгации, как отмечалось в литературе, практически означает признание обязанности уплатить компенсацию за утраченные инвестиции иностранному государству как правопреемнику (цессионарию) инвестора.

Соответственно, государство, признающее суброгацию, будет проявлять повышенную осторожность в отношении иностранных инвестиций, чтобы избежать затем конфронтации с государством, которому инвестор цедирует свои права требования после выплаты ему страхового возмещения.

Новым по сравнению с Законом "Об иностранных инвестициях в РСФСР" 1991 г. в Законе 1999 г. является включение в него так называемой дедушкиной (от англ. *grandfathers*), или стабилизационной (от англ. *stabilisation*), оговорки, согласно которой инвестору предоставляется гарантия от неблагоприятного изменения законодательства, действовавшего ранее, для него и коммерческой организации с иностранными инвестициями. При этом в Законе 1999 г. установлены определенные положения, ограничивающие действие этой оговорки. Укажем лишь некоторые из них. Во-первых, оговорка не распространяется на изменения, которые вносятся в законодательство в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства; во-вторых, оговорка применяется в отношении иностранных инвесторов и коммерческих организаций с иностранными инвестициями, осуществляющими приоритетные инвестиционные проекты только в отношении товаров, ввозимых для их реализации (под такими проектами понимаются проекты на особо крупные суммы или проекты, в которых особенно значительна минимальная доля (вклад) инвестора в уставном капитале такой организации (проекты должны включаться в перечень, утверждаемый правительством); в-третьих, оговорка распространяется на другие организации с иностранными инвестициями, если доля иностранного инвестора в них составляет свыше 25%. В-четвертых, действие оговорки для иностранного инвестора гарантируется, как правило, в течение срока окупаемости проекта, но не более семи лет.

В специальной литературе было выражено мнение, что эта весьма сложно сформулированная оговорка на практике применения не получит. В законодательстве других государств СНГ применение стабилизационной, или "дедушкиной", оговорки предусмотрено в более широком объеме. По Закону об иностранных инвестициях Казахстана 1994 г. к иностранным инвестициям в течение 10 лет в соответствующих случаях не применяется новое законодательство, а по инвестициям, осуществляемым по долгосрочным (более 10 лет) контрактам с

уполномоченным органом государства, - до окончания срока действия контракта, если контрактом не предусмотрено иное. Аналогичные положения предусмотрены в Азербайджане, Грузии и Туркменистане. Конвенция СНГ о защите прав инвесторов 1997 г. вводит "дедушкину" оговорку, согласно которой в случае, если суд (в том числе Экономический суд СНГ) вынесет решение, подтверждающее факт ухудшения условий и режима инвестиционной деятельности, соответствующие законодательные нормы приостанавливаются с момента их принятия и возобновляются с момента истечения пятилетнего срока с даты вынесения решения.

Для государств, заинтересованных в притоке иностранных инвестиций, имеет определенное значение участие в многосторонних международных соглашениях, призванных обеспечить защиту прав инвесторов и уменьшить возможные риски в связи с капиталовложениями в других странах. Одним из таких соглашений, как уже говорилось, является Сеульская конвенция 1985 г. Конвенция вступила в силу 12 апреля 1988 г. В ней участвуют Великобритания, США, ФРГ и другие страны. Обратим внимание на то, что в этой Конвенции участвуют Белоруссия, Армения, Грузия, Киргизия, Литва, Молдавия, Польша, Туркменистан, Азербайджан, Эстония, Казахстан, Россия, Украина, Узбекистан и др. Система государственного и частного страхования на национальном уровне благодаря Сеульской конвенции дополняется международной многосторонней системой страхования иностранных инвестиций.

Сеульской конвенцией было учреждено многостороннее агентство по гарантиям инвестиций, в функции которого входит заключение договоров страхования и перестрахования в отношении некоммерческих рисков, которым могут быть подвергнуты инвестиции стран - участниц Сеульской конвенции. Кроме того, агентство может производить дополнительные ассигнования в целях расширения деятельности по обеспечению притока инвестиций в развивающиеся страны - участницы Конвенции.

В международной практике помимо таких традиционных некоммерческих рисков, как риск от экспроприации, национализации собственности, риск причинения ущерба инвестициям в результате военных действий или гражданских беспорядков, в последнее время появились неизвестные ранее категории рисков, которые связаны с введением неконвертируемости валюты, валютных ограничений, применением определенных административных мер. Так, в специальной литературе появилось понятие так называемой ползучей экспроприации, под которой понимается введение принимающим государством запретов

на репатриацию прибыли или же назначение государственного управляющего для предприятий с иностранными инвестициями.

Для решения сложных проблем, связанных как с предотвращением некоммерческих рисков, так и с компенсацией инвесторам в случае их наступления, применяется сочетание международно-правовых и гражданско-правовых методов.

Компенсационная комиссия ООН, созданная в соответствии с Резолюцией Совета Безопасности ООН, в отношении некоммерческих рисков, связанных с военными действиями, для удовлетворения претензий иностранных инвесторов, понесших убытки в связи с войной в Персидском заливе в 1990 - 1997 гг., рассмотрела, в частности, требования правительств Индии, Южной Кореи и России к Ираку о компенсации убытков, понесенных компаниями этих стран, участвующих в производственных проектах на территории Ирака, Кувейта и иных сопредельных государств. Компании понесли убытки, связанные с потерей оборудования, эвакуацией рабочих, невыполнением Ираком обязательств по договорам с ними.

4. Иностранные инвестиции в свободных экономических зонах

Под свободными экономическими зонами (СЭЗ) в международной практике понимаются обособленные территории государств, на которых для решения конкретных экономических и иных задач созданы особые благоприятные условия для деятельности иностранных предприятий. Наибольшее распространение получили свободные таможенные зоны, промышленные зоны и технологические парки и технополисы. Любая экономическая зона, независимо от места ее расположения и цели ее создания, остается неотъемлемой частью государственной территории со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Зоны такого рода в различных вариантах были созданы в Китае, Вьетнаме, Болгарии, Венгрии, Южной Корее, США и ряде других стран. Создание особых экономических зон служит и привлечению иностранных капиталовложений.

В КНР был принят ряд нормативных актов, определяющих статус таких зон, целью образования которых было обеспечение более благоприятных условий для привлечения и использования иностранных капиталовложений, создание режима инвестиций, отличающегося от режима, установленного в остальной части КНР.

Так, в Положении об особых экономических зонах провинции Гуандун предусматривалось, что "в особых зонах иностранцам, китайцам, проживающим за границей, соотечественникам из Гонконга и Макао, а

также их компаниям, предприятиям предлагается вкладывать капиталы с целью создания промышленных предприятий, создавать предприятия, используя одновременно инвестиции китайской стороны, заниматься производственной и прочей деятельностью" (ст. 1). Создаваемым в зонах смешанным предприятиям с участием китайского и иностранного капитала, а также предприятиям, полностью принадлежащим иностранному капиталу, в отличие от предприятий, находящихся за пределами этих зон, предоставляются особые налоговые льготы (ст. 13), полное освобождение ввозимых ими средств производства и сырья от импортных пошлин. В отношении зон создается как бы "зона свободной торговли": вывоз продукции за границу осуществляется беспошлинно, а для вывоза в другие районы КНР устанавливаются пошлины; предусматривается особый порядок въезда и выезда иностранцев, зарубежных китайцев и "соотечественников из Гонконга и Макао"; земля не переходит в собственность иностранных инвесторов, устанавливаются максимально длительные сроки аренды земельных участков.

В России правовое положение таких зон определяется специальными положениями о них, а также Таможенным кодексом РФ, Законом о валютном регулировании 1992 г., Законом о рынке ценных бумаг 1996 г. и иными законодательными актами.

Первой такой зоной, правовой статус которой был определен парламентом России, стала зона в Находке. Специальное Постановление о ней было принято Верховным Советом РСФСР 24 октября 1990 г. Позднее принимались документы о других зонах, в частности, о создании свободной экономической зоны "Сахалин" (Постановление Президиума Верховного Совета РСФСР от 27 мая 1991 г.), о хозяйственно-правовом статусе свободной экономической зоны в Зеленограде (распоряжение Председателя Верховного Совета РСФСР от 21 мая 1991 г.), о статусе зоны "Янтарь" в Калининградской области (Постановление Совета Министров РСФСР от 25 сентября 1991 г.). В отношении этой зоны принималось несколько постановлений, и первый федеральный закон о СЭЗ - Закон от 22 января 1996 г. "Об особой экономической зоне в Калининградской области". Упомянем также Указ Президента РФ от 21 июня 1994 г. и Постановления Правительства РФ от 12 декабря 1995 г. о Технополисе "Заречном" (Свердловская область), созданном в целях развития наукоемких производств, содействия конверсии и привлечения иностранных инвестиций, и от 16 марта 1996 г. о создании научно-технологического парка "Новосибирск". Был принят также Федеральный закон от 31 мая 1999 г. об Особой экономической зоне в Магаданской области. Особый интерес в связи с расширением ЕС имеет зона в

Калининграде в связи с возможностями превращения Калининградской области в "пилотный" российский регион в сотрудничестве России и ЕС.

Законы о свободных экономических зонах были приняты в Казахстане (1960, 1990, 1996), Украине (1992), Киргизии (1992), Белоруссии (1992), Молдавии (1992), Туркменистане (1993).

В отличие от других государств СНГ в России не был принят закон о СЭЗ, хотя и было разработано несколько его проектов. В ст. 2 Таможенного кодекса РФ, вступившей в силу с 1 января 2004 г., говорится о том, что на территории РФ могут находиться создаваемые в соответствии с федеральными законами особые экономические зоны, являющиеся частью таможенной территории РФ. Однако товары, помещенные на территории таких зон, рассматриваются как находящиеся вне этой таможенной территории для целей применения таможенных пошлин, налогов, а также законов и ограничений экономического характера, установленных законодательством РФ о государственном регулировании внешнеторговой деятельности, за исключением случаев, определяемых этим Кодексом и иными федеральными законами.

Для облегчения создания предприятий с иностранными инвестициями в СЭЗ должны предусматриваться возможности для оперативного решения всех возникающих вопросов (регистрации предприятий, оформления кредитов, осуществления таможенных процедур и т.п.). Такие возможности создаются путем делегирования полномочий центральных органов. Во многих странах, где образованы специальные зоны, широкое распространение получили системы обслуживания инвесторов "в одном месте" или "за 24 часа", когда все вопросы выдачи необходимых разрешений и лицензий, связанных с осуществлением капиталовложений, решаются в оперативном порядке на месте.

Иностранным инвесторам и предприятиям с иностранными инвестициями, осуществляющим хозяйственную деятельность в СЭЗ, помимо прав и гарантий, предусмотренных действующим на территории РФ законодательством, могут предоставляться дополнительные льготы:

- упрощенный порядок регистрации предприятий с иностранными инвестициями: предприятия с определенным объемом иностранных инвестиций подлежат регистрации в уполномоченных на то органах непосредственно в СЭЗ;

- льготный налоговый режим: иностранные инвесторы и предприятия с иностранными инвестициями облагаются налогами по пониженным ставкам, включая налог на переводимую за границу прибыль;

- пониженные ставки платы за пользование землей и иными природными ресурсами;
- особый таможенный режим, включающий пониженные таможенные пошлины на ввоз и вывоз товаров, упрощенный порядок пересечения границы;
- упрощенный порядок въезда и выезда иностранных граждан, в том числе и безвизовый.

Контрольные вопросы по теме:

1. Каково международно-правовое и внутреннее регулирование в области иностранных инвестиций?
2. Определите режим иностранных инвестиций и каковы правовые гарантии для них
3. Что Вы можете рассказать об иностранных инвестициях в свободных экономических зонах?

Лекция 8. Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. Внешнеэкономические сделки.

1. Общие положения о сделках и договорах.
2. Форма договора.
3. Представительство и доверенность.
4. Исковая давность.
5. Обязательственный статут. Принцип автономии воли сторон.
6. Определение содержания договора на основе коллизионных норм

1. Общие положения о сделках и договорах

В российском гражданском законодательстве применяются понятия сделки и договора. Под сделкой понимаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. От двусторонней сделки следует отличать одностороннюю сделку, для совершения которой необходимо и достаточно выражения воли одной стороны (например, составление доверенности). В сфере международного частного права наибольшее значение с экономической точки зрения имеют внешнеэкономические сделки. Однако для России гораздо большее значение, чем в прошлом, приобрели обычные сделки, совершенные гражданами, а также признание действия в одной стране доверенностей, выданных в другой стране. Особенно это касается договоров, заключаемых между гражданами стран СНГ.

Практика показала особую необходимость ознакомления российских участников внешнеэкономических договоров с основными правовыми условиями их заключения. Это объясняется прежде всего тем, что широкие круги российских предпринимателей по сравнению с иностранными предпринимателями относительно недавно получили возможность заключения сделок такого рода. Это, как отмечалось в нашей литературе, сказывается на их реальной возможности эффективно вести переговоры с иностранными партнерами по согласованию условий будущих сделок. Часто подобная ситуация приводит к тому, что российский контрагент ограничен лишь оценкой тех альтернативных вариантов договорного урегулирования, которые ему предлагает иностранный партнер. Естественно, что это значительно ослабляет договорные позиции российского предприятия.

В международном деловом обороте применяется термин "договор международной купли-продажи".

Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. понимает под ними договоры купли-продажи товаров, заключенные между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах.

На практике встречаются различные виды сделок. Традиционными являются сделки купли-продажи товаров в материальной форме. По таким сделкам продавец обязуется передать товар в собственность покупателя в установленные контрактом сроки и на определенных условиях, а покупатель обязуется принять товар и уплатить за него определенную денежную сумму. Различаются сделки по экспорту и импорту товаров. В практике отечественных организаций часто встречаются различные виды товарообменных и компенсационных сделок на безвалютной основе. Одним из видов таких сделок являются бартерные сделки, которые предусматривают обмен согласованных количеств одного товара на другой. В таком договоре либо указывается количество взаимопоставляемых товаров, либо оговаривается сумма, на которую стороны обязуются поставить товары.

К внешнеэкономическим договорам относятся договоры, совершаемые в ходе осуществления предпринимательской деятельности между лицами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах (И.С. Зыкин). Это могут быть договоры финансовой аренды (лизинг), финансирования под уступку денежного требования (факторинг), коммерческой концессии (франчайзинг), договоры поручения и комиссии. Свои особенности имеют подрядные договоры, различные договоры (контракты) по оказанию технического содействия в строительстве предприятий, по созданию промышленных комплексов и осуществлению других проектов, сотрудничеству в производстве отдельных видов оборудования, проведению совместных конструкторских и научно-исследовательских работ, лицензионные договоры об использовании изобретений и других научно-технических достижений (ноу-хау), договоры о передаче научно-технической документации, инжиниринга и различные другие виды внешнеэкономических сделок.

В законодательстве РФ деятельность по осуществлению сделок в области внешней торговли товарами, услугами, информацией и интеллектуальной собственностью определяется как внешнеторговая деятельность (ст. 2 Закона об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности 2003 г.). Однако определение договора или сделки в законе не дается.

Особую группу составляют договоры перевозки (морской, железнодорожной, воздушной, автомобильной). Эти договоры рассматриваются в настоящем учебнике в отдельной главе (гл. 11).

Сделки (контракты) заключаются российскими хозяйствующими субъектами: юридическими и физическими лицами.

В торговых отношениях России с рядом стран такие сделки заключаются в соответствии с условиями межправительственных соглашений. Так, согласно Торговому соглашению между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики на 2001 - 2005 гг. от 3 ноября 2000 г. торговые сделки между российскими участниками внешнеэкономической деятельности и китайскими предприятиями, занимающимися внешнеторговой деятельностью, в 2001 - 2005 гг. будут осуществляться с учетом положений этого Соглашения, а именно:

- стороны через свои компетентные органы будут создавать в рамках действующего в каждом из государств законодательства необходимые условия для реализации торговых сделок и других проектов сотрудничества, осуществляемых в рамках настоящего Соглашения;

- стороны через свои компетентные органы, с учетом существующего уровня двустороннего торгово-экономического сотрудничества и исходя из потребностей экономики своих стран, ежегодно будут составлять индикативные списки товаров взаимной торговли;

- стороны будут ежегодно доводить до сведения друг друга индикативные списки в форме обмена письмами. Стороны будут доводить вышеуказанные индикативные списки до российских участников внешнеэкономической деятельности и китайских предприятий, занимающихся внешнеторговой деятельностью, в качестве ориентира развития торгово-экономического сотрудничества;

- расчеты за поставки товаров и услуг по контрактам, заключаемым в рамках настоящего Соглашения, будут производиться в свободно конвертируемой валюте по текущим ценам мировых рынков. При этом могут применяться и другие способы платежей и расчетов в соответствии с международной торговой практикой;

- стороны не несут ответственности по обязательствам юридических и физических лиц, заключивших контракты в рамках этого Соглашения.

В Соглашении о торгово-экономическом сотрудничестве от 14 мая 1999 г. между Россией и Кубой предусматривается, что поставка товаров и услуг будет осуществляться на основе контрактов, заключаемых между российскими и кубинскими организациями в соответствии с условиями торговли, которые используются в международной практике и в

соответствии с законодательством, действующим в каждой из стран, заключивших это соглашение.

Цены в контрактах купли-продажи на товары и услуги, которые будут заключаться между российскими и кубинскими организациями в соответствии с этим Соглашением, будут устанавливаться на базе текущих цен основных мировых рынков товаров и услуг аналогичного качества и технического уровня.

Платежи, вытекающие из выполнения контрактов на поставку товаров и услуг между российскими и кубинскими организациями, будут осуществляться в свободно конвертируемой валюте, установленной в соответствующих контрактах, платежными методами через уполномоченные банки договаривающихся сторон.

В российско-китайском Протоколе от 2 сентября 1994 г. было предусмотрено, что поставки товаров будут осуществляться на основе контрактов, заключаемых с учетом общепринятой практики международной торговли. Из этого положения исходит и торговое соглашение между РФ и КНР от 3 ноября 2000 г.

При заключении российскими предприятиями и организациями договоров внешнеторговой купли-продажи с фирмами Финляндии применяются Общие условия поставок товаров 1979 г., разработанные в рамках Комиссии по сотрудничеству между странами СЭВ и Финляндией. Общие условия действуют, если стороны при подписании договора купли-продажи договорились об их применении к заключаемому договору, и содержат традиционные условия договора внешнеторговой купли-продажи, составленные с учетом международной практики.

В области международной торговли особенно велико значение многосторонних конвенций, прежде всего Венской конвенции 1980 г., различных документов, содержащих унифицированные нормы, применяемых Общих условий поставок товаров, международных правил толкования торговых терминов Инкотермс и иных документов, разработанных Международной торговой палатой, Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА.

Применительно к отдельным видам договоров следует обратить внимание на международные конвенции в области международных перевозок, конвенции УНИДРУА 1988 г. о международной финансовой аренде (лизинг) и о международной уступке требования под дебиторскую задолженность (факторинг), а также на такие подготовленные Международной торговой палатой унифицированные документы по осуществляемым через банки расчетам, как Унифицированные обычаи и практика для документарных аккредитивов, Унифицированные правила по инкассо, а также типовые тексты коммерческих соглашений.

В то же время международные соглашения и иные документы международного характера охватывают далеко не все виды договоров. Например, явно недостаточным является регулирование по договорам подряда. Российские организации, заключая договоры не только подряда, но и займа и кредита, возмездного оказания услуг страхования, хранения, поручения, комиссии, агентские договоры должны исходить из национального регулирования. Возможности международной унификации безграничны. По целому ряду вопросов применительно к основному договору международной купли-продажи, не говоря уже о других видах договоров, приходится применять внутреннее право, а для этого необходимо определить, законодательство какого именно государства подлежит применению. Необходимость определения подлежащего применению права объясняется тем, что в конкретном контракте невозможно предвидеть все ситуации и, соответственно, оговорить условия на все случаи, которые могут возникнуть в будущем в ходе исполнения договора.

Между государствами СНГ заключен ряд многосторонних соглашений, содержащих правила по вопросам поставки товаров. В 1992 г. заключено Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств - участников Содружества. Однако в нем не содержится положений о применимом к договорам сторон праве по вопросам, не урегулированным в договоре. Правила об определении применимого права содержатся в Киевском соглашении 1992 г., в Минской конвенции 1993 г. (Кишиневской конвенции 2002 г.).

2. Форма договора

Под формой сделки понимается способ выражения волеизъявления сторон. Сделки могут совершаться в устной или письменной формах (простой или нотариальной), а также путем так называемых конклюдентных действий, т.е. путем совершения каких-то действий, свидетельствующих о намерении лица или лиц заключить сделку. Несоблюдение установленной законом формы сделки может повлечь за собой ее недействительность. В сфере отношений в области международного частного права к форме сделки могут предъявляться особые требования. В российском законодательстве имеются общие правила в отношении применения права к форме обычных сделок и специальные правила в отношении внешнеэкономических сделок.

В третьей части ГК РФ имеется несколько норм о применении права в отношении формы сделки. Две из них (п. 1 и п. 3 ст. 1209) содержат

общие правила о применении права к сделкам, а одна (п. 2 ст. 1209) - специальные правила о форме внешнеэкономических сделок.

Основная норма содержится в п. 1 ст. 1209. Она гласит:

"1. Форма сделки подчиняется праву места ее совершения. Однако сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права.

Правила, предусмотренные абзацем первым настоящего пункта, применяются и к форме доверенности".

Из этого правила следует, что форма сделки, совершенной за границей, должна отвечать либо требованиям, установленным правом места совершения сделки, либо требованиям нашего закона. Из аналогичных положений исходили и правила ранее действовавших Основ гражданского законодательства 1991 г. (ст. 165).

Установление применения к доверенностям таких же требований, как и к другим сделкам, отражает общий подход к доверенностям одному из видов односторонних сделок (см. § 3 этой главы).

Согласно п. 3 ст. 1209 "форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, российскому праву".

Последнее правило, как отмечалось в комментариях (М.Г. Розенберг), носит двусторонний характер, поскольку оно определяет применимое право в отношении формы сделки на недвижимое имущество, находящееся как в России, так и за границей. Это означает, что если оно находилось в России, то применению подлежит российское право, а если за рубежом, то право государства его местонахождения. Однако из этого правила сделано важное изъятие: в случае когда недвижимое имущество внесено в государственный реестр в России, форма сделки в отношении такого имущества подлежит определению по российскому праву, независимо от того, где это имущество находится.

Вопрос о применении права в отношении формы внешнеэкономических сделок решается в ГК РФ иным образом.

Действующее законодательство исходит из правила, согласно которому форма внешнеэкономических сделок, в которых участвуют наши организации и предприниматели, должна всегда определяться только по российскому праву.

Согласно п. 2 ст. 1209 "форма внешнеэкономической сделки, хотя бы одной из сторон которой является российское юридическое лицо, подчиняется, независимо от места совершения этой сделки, российскому праву. Это правило применяется и в случаях, когда хотя бы одной из

сторон такой сделки выступает осуществляющее предпринимательскую деятельность физическое лицо, личным законом которого в соответствии со статьей 1195 настоящего Кодекса является российское право".

Приведенное правило носит строго императивный характер. Внешнеэкономические договоры должны заключаться в письменной форме. Обязательность письменной формы и их недействительность при несоблюдении такой формы была установлена ранее и Основами 1991 г. (ст. 30, 165), и ГК РФ (ст. 162). Это правило действует в отношении изменения, продления или расторжения договора. Согласно действующему гражданскому законодательству договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (п. 2 ст. 434 ГК).

Венская конвенция исходит из того, что не требуется, чтобы договор заключался или подтверждался в письменной форме или подчинялся этому требованию в отношении формы. Наличие договора может доказываться любыми средствами, включая свидетельские показания (ст. 11). Однако в соответствии со ст. 96 Конвенции государство, законодательство которого требует, чтобы договоры купли-продажи заключались или подтверждались в письменной форме, может сделать заявление о неприменимости положения Конвенции, допускающего использование иной формы для тех случаев, когда одна из сторон договора имеет свое коммерческое предприятие в этом государстве.

СССР при присоединении к Конвенции заявил о неприменимости ее положений, допускающих совершение договора не в письменной форме, если хотя бы один из контрагентов имеет свое коммерческое предприятие на его территории (Постановление Верховного Совета СССР от 23 мая 1990 г.). Это заявление действует и для России.

Из числа государств, для которых Конвенция 1980 г. действует в настоящее время, аналогичные заявления были сделаны Аргентиной, Белоруссией, Венгрией, Китаем, Латвией, Литвой, Украиной, Чили, Эстонией.

Таким образом, следует исходить из императивного характера норм российского законодательства об обязательности соблюдения письменной формы внешнеэкономических сделок.

Приведем в этой связи пример из практики Президиума ВАС РФ, который, оставив в силе решение арбитражного суда г. Москвы по делу по иску АО "Электрим" (Польша) к российской фирме, отметил при этом, что суд г. Москвы ошибочно руководствовался ст. 11 и 29 Венской

конвенции, предусматривающими возможность изменения договора в любой форме (Постановление от 25 марта 1997 г. N 4670/96).

Особо следует остановиться на вопросе о порядке подписания внешнеторговых сделок. Действовавшее в Советском Союзе законодательство предусматривало, что все внешнеторговые сделки должны были подписываться двумя лицами. С 3 августа 1992 г. эта императивная (обязательная) норма не действует. Порядок подписания внешнеторговых сделок подлежит применению в России лишь в случаях, предусмотренных учредительными документами (уставами, положениями) соответствующих российских участников внешнеторговых сделок.

В гражданских кодексах Армении (п. 2 ст. 1281), Белоруссии (п. 2 ст. 1116), Казахстана (п. 2 ст. 1104), Киргизии (ст. 1190), в законе Молдавии о купле-продаже товаров (ст. 9), в Хозяйственном кодексе Украины (п. 2 ст. 382) имеется коллизионная норма, устанавливающая, что если хотя бы одним из участников внешнеэкономической сделки является юридическое лицо данного государства или его гражданин, то она совершается независимо от места заключения в письменной форме. Форма сделок по поводу недвижимостей или прав на нее определяется по месту нахождения такого имущества.

3. Представительство и доверенность

Под доверенностью понимается письменное уполномочие, выдаваемое одним лицом другому для представительства перед третьими лицами. В сфере международного частного права доверенности имеют большое практическое значение. В одной стране могут выдаваться доверенности на совершение каких-то действий в другой стране (приобретение или отчуждение имущества, получение денежных сумм, распоряжение вкладом в банке, участие в заседании органов юридического лица и т.д.). В случаях такого рода необходимо установить, право какого государства должно применяться к доверенностям, в частности, для определения действительности доверенности, выданной за границей. Доверенность с правовой точки зрения - это так называемая односторонняя сделка.

Согласно ст. 1217 ГК РФ "к обязательствам из односторонних сделок, если иное не вытекает из закона, условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела, применяется право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке.

Срок действия доверенности и основания ее прекращения определяются по праву страны, где была выдана доверенность".

В отношении права, подлежащего применению к форме доверенности, специальное правило установлено в абзаце втором п. 1 ст. 1209. В этом правиле предусмотрено, что к форме доверенности как односторонней сделке применяются те же положения, что и к сделке вообще, и именно что "форма сделки подчиняется праву места ее совершения".

Вопрос о действительности доверенности, выданной французской фирмой в Париже, затем оспаривался с ссылкой на несоответствие требованиям российского закона в отношении формы доверенности. Дело рассматривалось в России как в МКАС, так и в судах общей юрисдикции. МКАС разрешил данный спор на основании норм французского права как права стороны места выдачи доверенности (решение по делу N 264/1992 г.). Судебная коллегия по гражданским делам Мосгорсуда в своем Определении от 13 июня 1996 г. также пришла к выводу о том, что требования к доверенности, выданной в Париже (Франция), согласно п. 3 ст. 165 Основ 1991 г. определяются не российским, а французским законодательством.

Поскольку правило ст. 1209 в отношении формы доверенности повторяет в основном правило, которое также содержалось в п. 3 ст. 165 Основ 1991 г., приведенный выше пример сохраняет свое значение.

Современная практика МКАС исходит из того, что доверенность, выданная юридическим лицом, как односторонняя сделка подчиняется общим правилам об этих сделках. Объем указанных в ней полномочий не должен выходить за пределы правоспособности юридического лица, ее выдавшего.

Вопросы, касающиеся доверенностей, имеют практическое значение для обеспечения эффективной защиты прав и интересов граждан и юридических лиц в Российской Федерации, а также российских граждан, организаций и государственных органов за рубежом. К доверенностям применяются положения гражданского законодательства о договоре представительства, а в отношении представительства в суде действуют положения гражданского процессуального законодательства.

В качестве примера сошлемся на дело о Российском доме науки и культуры в Берлине по иску Правительства РФ против немецкого общества с ограниченной ответственностью в отношении доверенностей, выдаваемых якобы от имени Правительства РФ. Германский суд обратил внимание на то, что одна из них была снабжена лишь печатью Министерства печати и информации РФ, а не печатью Правительства. Поэтому с самого начала было неясно, выданы ли соответствующие

документы действительно от имени Правительства РФ. Подпись также не была заверена нотариусом, а снабжена лишь подтверждающей отметкой главного специалиста Управления кадров и печатью Министерства печати и информации РФ, что опять-таки, по мнению суда, говорит против того, что подпись была произведена от имени Правительства России. При рассмотрении этого дела в кассационной инстанции в Верховном суде Земли Берлина немецкий ответчик мотивировал свою позицию следующим образом: если тогдашний министр печати и информации РФ и не имел полномочий для подписания документов с точки зрения российского законодательства, то тогда надо исходить из того, что германскому праву известно понятие "кажущиеся полномочия". Российская же сторона исходила из того, что ничего подобного в нашем законодательстве нет. Суд с нашей позицией согласился.

В определенных случаях в Российской Федерации от иностранцев требуется обязательное представление доверенностей (например, при ведении дел по получению в России патентов). В других случаях в Российской Федерации выдаются доверенности, предназначенные для совершения действий за границей.

Российское законодательство устанавливает, что консул без доверенностей осуществляет функции по представительству. В соответствии со ст. 29 Консульского устава СССР "консул имеет право без особой доверенности представлять в учреждениях государства пребывания граждан СССР, если они отсутствуют и не поручили ведение дела какому-либо иному лицу или не в состоянии защищать интересы по другим причинам. Это представительство продолжается до тех пор, пока представляемые не назначат своих уполномоченных или не возьмут на себя защиту своих прав и интересов".

2. Согласно ст. 43 Кишиневской конвенции 2002 г. форма и срок действия доверенности определяются по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой она выдана. Такая доверенность с нотариально заверенным переводом на язык договаривающейся стороны, на территории которой она будет использоваться, либо на русский язык принимается на территориях других договаривающихся сторон без какого-либо специального удостоверения.

4. Исковая давность

Под исковой давностью понимается срок, установленный законодательством или международным соглашением, в течение которого суды по иску лица, право которого было нарушено, защищают это право. Рассмотрение этого вопроса в главе, посвященной обязательственному

праву, объясняется тем, что в сфере международного частного права наиболее часто этот правовой институт применяется в связи с исками, связанными с исполнением договоров. Обратим внимание на то, что даже природа этого института понимается в разных странах по-разному, не говоря уже о различиях в определении сроков исковой давности. В одних государствах правила об исковой давности рассматриваются как нормы материального права, а в других - как нормы процессуального права. В странах англо-американской системы права исковая давность обычно повсеместно признавалась институтом процессуального права. Из этого подхода следовало, что суд должен руководствоваться по вопросам исковой давности собственным процессуальным правом, т.е. законом суда. Однако даже в государствах, где исковая давность признается институтом гражданского процесса, подход к возможности применения иностранных правил об исковой давности сильно изменился. Так, в Великобритании в 1984 г. был принят специальный Закон об иностранных исковых сроках, по которому в английском международном частном праве нормы об исковой давности иностранного права стали считаться относящимися к материальному праву договора. И в практике судов США пробивает себе дорогу тенденция, направленная на отказ от характеристики института исковой давности как процессуального и на применение подхода о выборе закона, принятого в международном частном праве.

2. В России общее правило по этому вопросу содержится в ст. 1208 третьей части ГК РФ, которая гласит: "Исковая давность определяется по праву страны, подлежащему применению к соответствующему отношению".

В разных странах установлены различные сроки исковой давности, применяются различные подходы к решению вопроса о перерыве и о приостановлении течения срока исковой давности.

Именно этим объясняется заключение в 1974 г. Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров. Конвенция была разработана ЮНСИТРАЛ. Она регулирует один из важнейших вопросов, связанных с осуществлением прав сторон по сделке международной купли-продажи товаров. Ею устанавливается единый для всех договоров международной купли-продажи товаров срок исковой давности, который равен четырем годам. По законодательству различных стран срок исковой давности колеблется от шести месяцев до 30 лет, поэтому для многих из них четырехлетний срок представляется приемлемым. Конвенция предусматривает, что четырехлетний срок исковой давности по требованию, вытекающему из нарушения договора, начинается со дня, когда имело место такое нарушение, а по требованию, вытекающему из

дефекта или иного несоответствия товара условиям договора, - со дня фактической передачи товара покупателю или его отказа от принятия товара.

Конвенцией 1974 г. установлены также правила о перерыве или продлении срока исковой давности, его изменении и порядке исчисления, а также вводится общее ограничение срока исковой давности (10 лет) и предусматриваются последствия его истечения. В соответствии с Конвенцией истечение срока исковой давности принимается во внимание при рассмотрении спора только по заявлению стороны, участвующей в процессе. При наличии такого заявления право требования не подлежит признанию и принудительному осуществлению, если рассмотрение спора начато после истечения срока исковой давности.

Текст Конвенции 1974 г. без поправок, внесенных Протоколом 1980 г., действует для 24 государств, текст Конвенции с поправками действует для 17 государств, среди них Белоруссия, Молдавия, Польша, а также США, Куба, Египет, Словакия, Венгрия.

Хотя Советский Союз подписал эту Конвенцию, она не вступила в силу для России, поскольку не была ратифицирована. Однако в литературе (М.Г. Розенберг) специально обращалось внимание на то, что при наличии определенных условий она подлежит применению к контрактам международной купли-продажи товаров, заключенным российскими организациями, но не в качестве международного договора РФ, а в силу того, что участником Конвенции является соответствующее иностранное государство, право которого подлежит применению к данному контракту. Правила Конвенции применяются при рассмотрении споров в России, когда эти споры регулируются правом следующих государств: Аргентины, Белоруссии, Кубы, Египта, Гвинеи, Венгрии, Мексики, Молдавии, Польши, Румынии, Словении, Уганды, Уругвая и Замбии.

Согласно Минской конвенции 1993 г. (ст. 43) и Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 46) вопросы исковой давности разрешаются по законодательству, которое применяется для регулирования соответствующего правоотношения.

В Модельном кодексе стран СНГ было предусмотрено, что исковая давность определяется по праву страны, применяемому для регулирования соответствующих отношений. Однако в Кодексе было дополнительно предусмотрено, что в случае если хотя бы один из участников соответствующего отношения является гражданином или юридическим лицом соответствующего государства, то тогда требования, на которые исковая давность не распространяется, определяются по праву этого государства. Эти правила были воспроизведены в Законе о

международном частном праве Азербайджана и в ряде гражданских кодексов других стран СНГ.

5. Обязательственный статут. Принцип автономии воли сторон

Под обязательственным статутом в международном частном праве понимается право, подлежащее применению к обязательственным отношениям, возникающим как в силу односторонних сделок, так и в силу заключенных сторонами договоров.

Если стороны выбрали право, подлежащее применению к договору (на основании принципа автономии воли), или же при отсутствии выбора сторонами такое право определено судом или иным органом путем использования коллизионных норм, то тем самым установлен "обязательственный статут".

Однако мало установить обязательственный статут, надо определить сферу его применения. Ранее в России этот вопрос не был определен законом. В части третьей ГК РФ впервые в законодательстве РФ этот пробел восполнен, что в литературе (Г.К. Дмитриева) было оценено как одно из достоинств части третьей. Приведем текст статьи 1215.

"Правом, подлежащим применению к договору в соответствии с правилами статей 1210 - 1214, 1216 настоящего Кодекса, определяются, в частности:

- 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".

Из текста ст. 1215 следует сделать следующие выводы.

Во-первых, приведенный перечень не является исчерпывающим, а примерным, практика показала, что возникают и другие вопросы, которые могут быть решены на основе этого статута.

Во-вторых, сфера действия права, подлежащего применению к договору, установлена применительно к определенным конкретным статьям третьей части ГК РФ, устанавливающим принцип автономии воли статьи (ст. 1210), право, подлежащее применению к договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права (ст. 1211), право, подлежащее применению к договору с участием потребителя (ст. 1212), право, подлежащее применению к договору в отношении недвижимого имущества (ст. 1213), право, подлежащее применению к договору о

создании юридического лица с иностранным участием (ст. 1214) и к праву, подлежащему применению к уступке требования (ст. 1216).

В-третьих, в сферу действия обязательственного статута не могут входить вопросы, определяемые по личному закону юридического лица, например, в отношении объема его правоспособности.

Каждый договор, заключаемый сторонами, имеет самостоятельное юридическое значение. Содержание сделки, определение прав и обязанностей сторон устанавливается по соглашению между сторонами. Однако в любом договоре, и прежде всего во внешнеэкономическом, невозможно урегулировать все вопросы, предусмотреть все ситуации, которые могут возникнуть в будущем в ходе исполнения договора. Поэтому нужно знать, какие правовые нормы, содержащиеся в международных конвенциях, внутреннем законодательстве, торговые обычаи могут быть применены к конкретному договору сторон.

Законодательство большинства государств позволяет сторонам договора самим избрать право, подлежащее применению к их договорным обязательствам.

Автономия воли сторон состоит в том, что стороны в договоре могут устанавливать по своему усмотрению не только условия и содержание договора, но и определять право, которое будет применяться к заключенному ими договору.

Принцип автономии воли сторон получил широкое распространение в международной практике, поскольку ни в одном договоре невозможно предусмотреть все ситуации, которые могут возникнуть в ходе его исполнения. Именно поэтому стороны должны иметь возможность осуществить выбор права. Однако сама эта возможность должна допускаться правом соответствующих государств, в которых находятся предприятия сторон, или же международным договором соответствующих государств. Современная тенденция к признанию действия этого принципа нашла проявление в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, заключенной в 1980 г. странами Европейского сообщества (Конвенция вступила в силу с 1 апреля 1991 г.).

Согласно Римской конвенции выбор права сторонами должен быть прямо выражен в условиях договора или в обстоятельствах дела или определенно следовать из них. Если стороны не определили в договоре, какое право подлежит применению, то согласно Конвенции допускается возможность учесть молчаливую волю сторон, так называемые конклюдентные действия (возможность применить этот принцип и в границах (пределах) его применения, установленных законом).

Принцип автономии воли сторон предусмотрен и в ряде других универсальных и региональных международных соглашений. К ним

относятся Гагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г., Гагская конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г., Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., Кодекс Бустаманте 1928 г., Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. и др.

Этот принцип предусмотрен и в соглашениях, заключенных между странами СНГ: в Минской конвенции 1993 г. (ст. 41), в Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 44), в Киевском соглашении 1992 г. (ст. 11), а также в двусторонних соглашениях о правовой помощи.

Применение свободы выбора права самими сторонами предусмотрено в законодательстве Австрии, ФРГ, Венгрии, Вьетнама, Венесуэлы, Польши, Турции, Швейцарии, КНР, Эстонии, а также в законах о международном частном праве Азербайджана и Грузии, в гражданских кодексах других стран СНГ.

Таким образом, в законодательстве различных государств автономия воли сторон обычно признается. Однако допустимые пределы автономии воли сторон понимаются в законодательствах государств по-разному. В одних странах она ничем не ограничивается. Это означает, что стороны, заключив сделку, могут подчинить ее любой правовой системе. В других странах действует принцип локализации договора: стороны могут свободно избрать право, но только такое, какое связано с данной сделкой. Однако в сделках купли-продажи товаров выбор закона самими сторонами встречается нечасто. При отсутствии прямо выраженной воли сторон при определении права, подлежащего применению к сделке, у суда или арбитража создаются большие возможности свободы усмотрения при толковании предполагаемой воли сторон. Английская судебная практика идет в этих случаях по пути отыскания права, свойственного данному договору, применяя метод локализации договора. Как отмечает английский ученый Дж. Чешир, суд должен избрать закон так, как это сделали бы "справедливые и разумные люди... если бы они подумали об этом при заключении договора".

По этому же пути идет и практика США. Согласно правилам Единообразного торгового кодекса США 1990 г., "стороны вправе в случаях, когда сделка имеет разумную связь как с данным, так и с другим штатом или государством, согласиться о том, что их права и обязанности будут определяться по праву либо данного, либо другого штата или государства. При отсутствии такого соглашения настоящий закон применяется к сделкам, имеющим надлежащую связь с данным штатом" (ст. 1 - 105).

Из принципа автономии воли сторон исходит и ст. 27 германского Закона о новом регулировании международного частного права 1986 г.

Общее ограничение свободы выбора права сторонами состоит в том, что при помощи такого выбора нельзя исключить применение императивных норм, подлежащих применению к соответствующим правоотношениям, а также нельзя исключить применение норм права, в большей степени отвечающих интересам потребителя или работника (в трудовом договоре).

По правилам, установленным в законодательстве КНР, стороны сами могут избрать право, подлежащее применению к договору, если закон не устанавливает иного. Если сторонами такой выбор не сделан, применяется право страны, наиболее тесно связанной с договором (§ 145 Общих положений гражданского права 1986 г., ст. 126 Закона о договорах 1999 г.).

В законодательстве ряда государств в тех случаях, когда воля сторон в сделке вообще не была выражена, применяется принцип закона места совершения контракта. Однако в условиях развития современных технических средств связи применение этого принципа вызывает большие затруднения, поскольку в области международной торговли значительная часть сделок заключается путем переписки (по телеграфу, телетайпу и т.д.), т.е. в форме сделок между "отсутствующими". Местом заключения договора при этом считается тот пункт, где произошло последнее действие, необходимое для того, чтобы признать сделку совершенной.

Вопрос о том, где именно произошло такое последнее действие, решается в различных странах неодинаково. Например, по праву Великобритании, США, Японии сделка считается совершенной в момент и в месте, откуда отправлен акцепт (теория "почтового ящика"), т.е. согласие на полученную оферту (предложение), а по праву большинства других стран, в том числе и России, сделка считается совершенной в момент и в месте получения акцепта оферентом (лицом, сделавшим предложение).

Действующее российское законодательство устанавливает применение этого принципа в отношении определения прав и обязанностей сторон договора (ст. 1210 ГК РФ, ст. 414 КТМ РФ), а также в отношении выбора права, которое будет применяться к брачному договору или соглашению об уплате алиментов (ст. 161 СК РФ).

На основе обобщения практики применения принципа автономии воли МКАС, а также с учетом тенденций развития законодательства в других государствах и международных соглашений в ст. 1210 ГК РФ были сформулированы следующие положения в отношении выбора сторонами

договора права, которое подлежит применению к правам и обязанностям сторон.

"1. 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. Выбранное сторонами право применяется к возникновению и прекращению права собственности и иных вещных прав на движимое имущество без ущерба для прав третьих лиц.

2. Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть прямо выражено или должно определенно вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела.

3. Выбор сторонами подлежащего применению права, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным, без ущерба для прав третьих лиц, с момента заключения договора.

4. Стороны договора могут выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей.

5. 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 практике возникал вопрос о том, каким образом может быть выражено соглашение сторон о выборе права. В комментариях к этой статье (М.Г. Розенберг) отмечалось, что способы достижения такого соглашения могут быть различными. Включение положений о выборе права в текст контракта является одним из таких способов, но не единственно возможным. Так, соглашение может считаться достигнутым, если в договоре имеется отсылка к факультативным общим условиям сделок соответствующего вида, содержащим положения о применимом праве. Ссылки спорящих сторон при рассмотрении дела в суде на нормы одного и того же права в обоснование своих позиций могут также означать наличие между ними соглашения по поводу применимого права.

Воля сторон, направленная на выбор права, может выражаться в конклюдентных действиях. В любом случае эта воля должна быть выражена достаточно определенно. Иначе следует признать соглашение о выборе права не заключенным и сам выбор не состоявшимся. Последствием этого будет применение коллизионных норм, позволяющих установить применимое право в отсутствие соответствующего волеизъявления сторон.

Следует обратить внимание и на то, что в России выбор сторонами компетентного органа для рассмотрения спора не означает автоматически, что стороны тем самым договорились о применении к их отношениям и материального права страны суда. Действие старого коллизионного принципа "кто выбирает суд, тот выбирает и право" (*qui elegit iudicem elegit ius*) у нас, как в ряде других стран, ограничено.

В п. 4 ст. 1210 предусмотрена возможность выбора права не только для договора в целом, но и для отдельных его статей. В комментариях к этой статье (М.Г. Розенберг) отмечалось, что, несмотря на наличие такой возможности, ее практическая реализация не всегда отвечает интересам самих сторон. Одновременное применение права различных государств к договору таит в себе немалый риск возникновения противоречий в регулировании отношений сторон из-за несовпадения разнонациональных норм права и может привести к полному или частичному непризнанию юридической силы соглашения о выборе права ввиду наличия неустранимых пороков содержания.

Ситуации, связанные с выбором права, могут быть весьма разнообразны. Стороны, например, иногда ссылаются на право сразу двух государств, как одновременно, так и альтернативно (в зависимости от страны, где будет рассматриваться спор) применимое к договору; либо подчиняют различные вопросы своих контрактных взаимоотношений праву разных стран; либо исключают применение права отдельных стран, не указывая на право, подлежащее применению; либо оговаривают применимое право только к части договора, и т.д.

Наряду со ст. 1210 принцип автономии воли получил свое закрепление в ряде других статей третьей части ГК путем применения оговорки "при отсутствии соглашения сторон о надлежащем применении права" (например, в п. 1 ст. 1211, п. 2 ст. 1212, п. 1 ст. 1213). Следует также отметить, что в международной практике усилилась тенденция выбора сторонами на основе применения принципа автономии воли не какой-то конкретной правовой системы (норм национального права, которые часто не учитывают специфику международных торговых сделок), а отсылки к "общепринятым принципам и нормам права", либо "к праву международной торговли". Довольно часто на практике используется и отсылка к так называемому *lex mercatoria*. Этим термином в современных условиях, как отмечалось в литературе, обозначается концепция, отражающая тенденцию к формированию автономной системы правовых норм, содержащей нормы, предусмотренные в международных конвенциях, торговые обычаи, широко признанные правовые принципы, предназначенные регулировать международный торговый оборот (см. гл. 3).

В практике МКАС возник ряд вопросов, касающихся понимания условий контракта о праве, подлежащем применению. Как отмечалось в литературе (М.Г. Розенберг), в контракты, заключающиеся российскими организациями, нередко включается условие о том, что права и обязанности сторон определяются не правом данного государства, а его законодательством. Если применяется российское право, то составной частью российского права являются также международные договоры, в которых Россия участвует, в том числе Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров. Если же исходить из того, что стороны договорились о применении законодательства России, можно прийти к выводу о том, что стороны сознательно исключили применение к своему договору, в частности, Венской конвенции ООН 1980 г., поскольку статья 6 Конвенции предусматривает возможность исключения применения Конвенции к конкретному договору.

6. Определение содержания договора на основе коллизионных норм

В случае отсутствия соглашения сторон о праве, подлежащем применению к договору, это право определяется на основе коллизионных норм. Для современного международного частного права в области обязательств характерно при определении такого права использование в качестве общего принципа применения права страны, с которым конкретный договор связан наиболее тесно. Первоначально этот принцип был применен в судебной практике стран англо-американской правовой системы, а затем с некоторыми коррективами воспринят в законодательстве ряда стран континентальной системы права, а также в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г.

Такой принцип предусмотрен в законодательстве всех стран ЕС как результат их участия в Римской конвенции 1980 г. Так, в соответствии с германским законом о новом регулировании международного частного права 1986 г. в ст. 28 Вводного закона к ГГУ было записано, что при отсутствии выбора права сторонами "договор подчиняется праву того государства, с которым он обнаруживает наиболее тесные связи". Так, в частности, следует считать, что договор имеет наиболее тесную связь с государством, в котором сторона, обязанная произвести характерное исполнение, на момент заключения договора имеет свое обычное местопребывание или главный орган управления (в отношении юридических лиц). В этой статье предусмотрены и иные презумпции, однако они не действуют, "если из совокупности обстоятельств следует,

что договор обнаруживает более тесные связи с каким-либо другим государством". Эти положения были восприняты в Законе о международном частном праве Грузии 1998 г. (ст. 36), Законе о международном частном праве Эстонии 2002 г. (ст. 33).

Действующее российское законодательство исходит из принципа наиболее тесной связи договора с правом определенной страны. Основополагающие положения, раскрывающие содержание этого принципа, содержатся в ст. 1211 ГК РФ. Эта статья состоит из шести пунктов, в которых содержатся наиболее важные положения, касающиеся применения коллизионных норм в области договорного права. В п. 1 и 2 этой статьи предусмотрено следующее:

"1. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан.

2. 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".

Таким образом, основным критерием для определения страны, с которой наиболее тесно связан договор, признается место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

Местом жительства гражданина по российскому праву признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает (ст. 20 ГК). Выяснение вопроса о том, в какой стране находится основное место деятельности предприятия, как отмечалось в комментариях к этой статье (М.Г. Розенберг), представляется более сложным, поскольку в законе отсутствует определение места, которое должно рассматриваться в качестве места деятельности предприятия. Установление этого места, безусловно, зависит прежде всего от фактических обстоятельств. В том случае, если предприятие располагается на территории нескольких государств, основным местом его деятельности должно считаться то место, где сосредоточена самая значительная часть этой деятельности. При этом важно подчеркнуть, что место деятельности предприятия не обязательно должно совпадать с местом нахождения юридического лица.

В п. 4 ст. 1211 установлены коллизионные привязки для тех видов договоров, для которых определение страны, имеющей наиболее тесную связь с договором, осуществляется в зависимости от вида. Так, 1) в отношении договора строительного подряда и договора подряда на

выполнение проектных и изыскательских работ применяется право страны, где в основном создаются предусмотренные договором результаты; 2) в отношении договора простого товарищества - право страны, где в основном осуществляется деятельность такого товарищества; 3) в отношении договора, заключенного на аукционе, по конкурсу или на бирже, - право страны, где проводится аукцион, конкурс или находится биржа.

Все коллизионные привязки, предусмотренные ст. 1211, подлежат применению, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела. Тем самым подчеркивается диспозитивный характер этих положений.

В соответствии с п. 3 ст. 1211 ГК РФ "стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, признается, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, сторона, являющаяся, в частности:

- 1) продавцом - в договоре купли-продажи;
- 2) дарителем - в договоре дарения;
- 3) арендодателем - в договоре аренды;
- 4) ссудодателем - в договоре безвозмездного пользования;
- 5) подрядчиком - в договоре подряда;
- 6) перевозчиком - в договоре перевозки;
- 7) экспедитором - в договоре транспортной экспедиции;
- 8) заимодавцем (кредитором) - в договоре займа (кредитном договоре);
- 9) финансовым агентом - в договоре финансирования под уступку денежного требования;
- 10) банком - в договоре банковского вклада (депозита) и договоре банковского счета;
- 11) хранителем - в договоре хранения;
- 12) страховщиком - в договоре страхования;
- 13) поверенным - в договоре поручения;
- 14) комиссионером - в договоре комиссии;
- 15) агентом - в агентском договоре;
- 16) правообладателем - в договоре коммерческой концессии;
- 17) залогодателем - в договоре о залоге;
- 18) поручителем - в договоре поручительства;
- 19) лицензиаром - в лицензионном договоре".

Приведенный выше перечень не является исчерпывающим. Это примерный перечень, поскольку во вводной части п. 3 применены слова "в частности". В п. 4 ст. 1211 приведен еще ряд договоров, для которых

установлены иные презумпции наиболее тесной связи договора с правом страны, подлежащим применению.

Перечень играет вспомогательную роль, поскольку основное значение ст. 1211 всегда должно иметь принцип применения права страны, с которой договор наиболее тесно связан.

Особенностью этой статьи в целом является и то, что в ней в большей степени, чем в предшествующем регулировании, отражены современные тенденции, характерные как для современных зарубежных кодификаций международного частного права, так и для международных соглашений (Римской конвенции 1980 г. и др.). Законодателю удалось сделать коллизионное регулирование более гибким, поскольку в этой статье в целом осуществлено сочетание как общих, так и специальных подходов, определяемых спецификой отдельных договорных отношений. Нормы о конкретных привязках носят сугубо диспозитивный характер. Они подлежат применению не только в случае, если стороны не договорились о праве, подлежащем применению к договору, иными словами, если нет соглашения сторон о выборе права, но и в том случае, "если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела". В этом случае для определения наиболее тесной связи договора с национальным правом может быть использована и иная привязка. Таким образом, коллизионные нормы, сформулированные в приведенном выше перечне п. 3, имеют характер презумпций.

В качестве примера сошлемся на применение права к договору аренды. Из п. 3 ст. 1211 следует, что при отсутствии предусмотренных оговорок стороной, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для совершения договора, назван арендодатель.

При этом не имеется в виду арендодатель недвижимости, поскольку в этом случае при отсутствии соглашения сторон о праве, подлежащем применению, подлежит применению право страны, где находится недвижимое имущество.

Особо следует остановиться на правиле, установленном в п. 5 ст. 1211 ГК РФ, которое гласит: "К договору, содержащему элементы различных договоров, применяется, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан".

Цель этого правила состоит в том, чтобы предотвратить возможность, как отмечалось в комментариях, возникновения так называемого расщепления коллизионной привязки, т.е. применения к

единому договору права не какой-то одной страны, а норм нескольких правовых систем.

Новым для российского законодательства является установление специальных коллизионных норм в отношении права, подлежащего применению к договорам с участием потребителя. В ст. 1212 ГК РФ предусмотрено, что выбор права, подлежащего применению к договору, стороной которого является гражданин, использующий, приобретающий или заказывающий либо имеющий намерение использовать, приобрести или заказать движимые вещи (работы, услуги) для личных бытовых нужд, не может повлечь лишение такого гражданина (потребителя) защиты его прав, предоставляемой императивными нормами страны места жительства потребителя, если имело место хотя бы одно из следующих обстоятельств:

"1) заключению договора предшествовала в этой стране оферта, адресованная потребителю, или реклама, и потребитель совершил в этой же стране действия, необходимые для заключения договора;

2) контрагент потребителя либо представитель контрагента получил заказ потребителя в этой стране;

3) заказ на приобретение движимых вещей, выполнение работ или оказание услуг сделан потребителем в другой стране, посещение которой было инициировано контрагентом потребителя с целью побуждения потребителя к заключению договора".

При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве и при наличии указанных выше обстоятельств к договору с участием потребителя применяется право страны места жительства потребителя.

Таким образом, новые нормы ГК РФ, относящиеся к договорным обязательствам в сфере международного частного права:

- носят общий характер в том смысле, что они не исходят из деления договоров на внешнеэкономические и иные договоры, поскольку предусматриваемый ими порядок выбора применимого права является общим для всех договорных отношений. Исключение сделано только в отношении правил о форме сделок;

- расширяют действие принципа автономии воли сторон;

- более широко используют гибкие коллизионные нормы;

- вводят коллизионные нормы, призванные обеспечивать наиболее эффективную защиту прав потребителя как "слабой стороны".

4. Часть третья ГК РФ существенно расширяет круг обязательств, в отношении которых законодательно устанавливаются нормы о праве, подлежащем применению. Так, устанавливается право, подлежащее применению к уступке требования по соглашению сторон.

Право, подлежащее применению к соглашению между первоначальным и новым кредиторами об уступке требования, определяется в соответствии с общими положениями о применении права страны, с которой договор наиболее тесно связан.

"Допустимость уступки требования, отношения между новым кредитором и должником, условия, при которых это требование может быть предъявлено к должнику новым кредитором, а также вопрос о надлежащем исполнении обязательства должником определяются по праву, подлежащему применению к требованию, являющемуся предметом уступки" (п. 2 ст. 1216 ГК РФ).

Новым для российского законодательства является и включение в ГК РФ правил о праве, подлежащем применению к отношениям по уплате процентов. Установлено, что "основания взимания, порядок начисления и размер процентов по денежным обязательствам определяются по праву страны, подлежащему применению и соответствующему обязательству" (ст. 1218). В Венской конвенции 1980 г. имеются положения по этому вопросу, однако в них не указаны размер и порядок начисления таких процентов. На практике, в случае если применяется Венская конвенция, прибегают к субсидиарному (дополнительному) использованию норм национального права. Если же конфликт вообще не регулируется Венской конвенцией, то тогда надо полностью исходить из норм национального права, которое должно определяться на основании коллизионной нормы. Такая коллизионная норма теперь установлена в третьей части ГК РФ.

К обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения, применяется право страны, где обогащение имело место.

Стороны могут договориться о применении к таким обязательствам права страны суда.

Если неосновательное обогащение возникло в связи с существующим или предполагаемым правоотношением, по которому приобретено или сбережено имущество, применяется право страны, которому было или могло быть подчинено это правоотношение (ст. 1223 ГК РФ).

В отношении договора страхования, согласно ст. 1211, при отсутствии соглашения сторон и иных общих условий, о которых говорилось выше, подлежит применению право страны страховщика. В международной практике применяются различные виды страхования. Страхование осуществляется на основании договора, заключенного гражданином или юридическим лицом (страхователем) со страховой организацией (страховщиком). В ЕС был принят ряд директив в области страхования. В странах - членах ЕС различается режим страхования в пределах ЕС и вне ЕС.

Подробные правила о применении права к договорам страхования содержатся в одном из современных европейских законов о международном частном праве, а именно в эстонском законе 2002 г. В этом законе имеется специальный раздел о договорах страхования. В этом разделе, в частности, предусмотрено, что если стороны не пришли к соглашению относительно применимого к договору страхования права, а местожительство или руководящий орган страхователя, а также страховой риск находятся на территории одного и того же государства, то применяется право этого государства.

Если эти условия отсутствуют, тогда к договору применяется право того государства, с которым договор наиболее тесно связан. Предполагается, что договор имеет наиболее тесную связь с тем государством, в котором находится страховой риск.

К договору страхования жизни применяется право того государства, в котором находится страховой риск на момент заключения договора.

Контрольные вопросы по теме:

1. Дайте характеристику сделкам и договорам
2. Определите представительство и доверенность
3. Что такое исковая давность?

Что представляет собой принцип автономии воли сторон?

4. Определите содержания договора на основе коллизионных норм

Лекция 9. Международные перевозки грузов и пассажиров.

1. Понятие международных перевозок.
2. Международные железнодорожные перевозки.
3. Международные автомобильные перевозки.
4. Международные воздушные перевозки.
5. Международные морские перевозки

1. Понятие международных перевозок

Перевозки грузов и пассажиров осуществляются железнодорожным, автомобильным, воздушным и морским транспортом. Под международной перевозкой понимается перевозка грузов и пассажиров между двумя и более государствами, выполняемая на условиях, которые установлены заключенными этими государствами международными соглашениями. Характерной особенностью правового регулирования в этой сфере является то, что основные вопросы перевозок решаются в международных соглашениях (транспортных конвенциях), содержащих унифицированные нормы, единообразно определяющие условия международных перевозок грузов и пассажиров. В зарубежной учебной литературе обращается внимание на то, что вряд ли найдется другая область права, в которой имеется такое количество международных соглашений об унификации правовых норм, как в этой области (К. Сир). Обычно такие соглашения содержат требования к перевозочной документации, определяют порядок приема груза к перевозке и выдаче его в пункте назначения, условия ответственности перевозчика, процедуру предъявления к перевозчику претензий и исков. При отсутствии единообразных материально-правовых норм обращаются к нормам национального права в соответствии с коллизионными нормами транспортных конвенций или национального законодательства. Россия является участником многих транспортных конвенций, и при получении и отправлении внешнеторговых грузов российские предприятия и граждане руководствуются положениями этих конвенций. Их нормы, в отличие от норм конвенций в области международной купли-продажи товаров, носят императивный характер.

Во многих государствах были приняты специальные правовые акты о международных перевозках, которые обычно основываются на положениях транспортных конвенций и дополняют их. В России действуют КТМ РФ 1999 г. и Воздушный кодекс РФ 1997 г., а также Транспортный устав железных дорог 1998 г., Закон о федеральном железнодорожном транспорте 1995 г., изданы также различные положения и правила.

Особенность договора международной перевозки заключается в том, что в ходе его исполнения соответствующие материально-правовые нормы применяются на основании различных коллизионных принципов. Так, при отправлении груза руководствуются законом страны отправления, при выдаче груза в конечном пункте - законом страны назначения. В других случаях применяется закон перевозчика или же закон страны суда.

В России такие нормы в отношении договора перевозки вообще установлены в третьей части ГК РФ (п. 3 ст. 1211), а в отношении отдельных видов перевозки - в соответствующих кодексах и законах. Согласно п. 3 ст. 1211 к отношениям по перевозке при отсутствии соглашения сторон подлежит применению право страны перевозчика, а к отношениям по договору транспортной экспедиции - право страны экспедитора, поскольку перевозчик, а также экспедитор рассматриваются Кодексом как стороны, которые осуществляют "исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора" (см. подробнее гл. 9). Подлежащее применению к международной перевозке право может быть указано в транспортном документе, выданном перевозчиком.

В зависимости от того, какой вид транспорта используется, различаются международные железнодорожные, международные автомобильные, международные воздушные и международные морские перевозки.

Определенной спецификой отличаются перевозки грузов в смешанном (например, железнодорожно-водном) сообщении, перевозки транзитных грузов через территорию РФ, а также контейнерные перевозки.

Для России сохранилось действие Соглашения о международном прямом смешанном железнодорожно-водном грузовом сообщении 1959 г., Соглашения об общих условиях выполнения международных пассажирских перевозок автобусами 1970 г.

24 мая 1980 г. была заключена Конвенция ООН о международных смешанных перевозках грузов, а 1 февраля 1990 г. - Конвенция о гражданской ответственности за ущерб, причиненный при перевозке опасных грузов автомобильным, железнодорожным и внутренним водным транспортом (КГПОГ), 15 апреля 1991 г. - Конвенция ООН об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле (Россия в этих конвенциях не участвует).

Россия - участник Европейского соглашения о важнейших линиях международных комбинированных перевозок и соответствующих объектах (САКПП) от 1 февраля 1991 г.

В Законе о международном частном праве Эстонии 2001 г. предусмотрено, что в отношении договоров перевозки предполагается, что договор наиболее тесно связан с государством, в котором на момент заключения договора находится место основной деятельности перевозчика, если в этом государстве находятся также как место отправления, так и место назначения, а в отношении договоров перевозки грузов - место основной деятельности отправителя, место погрузки или выгрузки. Положения, касающиеся договоров перевозки грузов, применяются ко всем договорам, основная цель которых заключается в перевозке грузов.

Эти положения не применяются, если из совокупности обстоятельств явствует, что договор связан теснее с каким-либо другим государством.

2.Международные железнодорожные перевозки

В течение длительного времени наиболее важными соглашениями в области железнодорожного транспорта были Бернские конвенции о железнодорожных перевозках грузов и пассажиров (сокращенно - МГК (или СИМ) и МПК (или СИВ)). В 1966 г. было заключено Дополнительное соглашение к МПК об ответственности железных дорог при перевозках пассажиров. В 1980 г. на конференции по пересмотру Бернских конвенций было принято новое Соглашение о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ). В нем участвуют большинство стран Европы, в том числе Украина, а также ряд стран Азии и Северной Африки.

КОТИФ объединяет международно-правовые нормы Бернских конвенций и Дополнительного соглашения 1966 г. в едином основном соглашении, к которому имеются два приложения (А и В), содержащие нормы гражданско-правового характера об условиях международных железнодорожных перевозок. Приложение А, определяющее условия перевозок пассажиров, получило наименование Единые правила МПК. Приложение В содержит условия перевозок грузов, оно названо Единые правила МГК.

Единые правила МГК действуют только в отношении перевозок по определенным железнодорожным линиям, перечень которых устанавливают участники соглашения. Ставки провозных платежей определяются национальными и международными тарифами. Предусмотрены предельные сроки доставки грузов. Так, по правилам КОТИФ общие сроки доставки грузов составляют для грузов большой скорости 400 км, а для грузов малой скорости - 300 км в сутки. Вместе с тем за железными дорогами сохранено право устанавливать для

отдельных сообщений специальные сроки доставки и также дополнительные сроки при возникновении существенных затруднений в перевозках и других особых обстоятельствах.

Предельный размер ответственности железных дорог в случае несохранности перевозимых грузов в КОТИФ определен в расчетных единицах Международного валютного фонда - СПЗ (17 СПЗ, или 51 старый золотой франк на 1 кг веса брутто).

Правила КОТИФ предусматривают, что причиненные просрочкой в доставке убытки возмещаются грузовладельцу в пределах трехкратных провозных платежей.

Хотя СССР не был участником Бернских конвенций и КОТИФ, их положения, служебные инструкции и другие нормативные документы применялись и продолжают применяться при перевозках наших внешнеторговых грузов в страны Западной Европы и из этих стран в Россию.

В области железнодорожных перевозок для предприятий особое значение имеет Соглашение о международном грузовом сообщении (СМГС), участниками которого являются Россия, страны Восточной Европы, Монголия, Китай, КНДР и Вьетнам. Это Соглашение действует в редакции 1992 г. и определяет порядок приема грузов к перевозке и условия его доставки и выдачи грузополучателям.

С 1 июля 1998 г. вступило в силу подписанное 1 октября 1997 г. в г. Баку Соглашение между железнодорожными администрациями государств - участников СНГ, Латвии, Литвы, Эстонии об особенностях применения отдельных норм Соглашения о международном железнодорожном грузовом сообщении (СМГС).

В 1998 г. был опубликован в качестве официального издания Организации сотрудничества железных дорог новый текст СМГС, участниками которого являются 22 государства, включая страны СНГ (за исключением Армении), Латвию, Литву, Эстонию.

28 мая 1997 г. в Таллине подписано Соглашение между железнодорожными администрациями стран СНГ, Латвии, Литвы и Эстонии об особенностях применения СМГС.

Внешнеторговые грузы в страны - участницы СМГС отправляются на основании международной накладной, составленной по правилам, действующим в стране отправления. Но СМГС вводит к ним ряд дополнений, касающихся маркировки груза и оформления транспортных документов. В стране назначения груз выдается в соответствии с национальными правилами этой страны, однако и в этом случае СМГС содержит ряд дополнительных предписаний, в частности специальные

правила о порядке составления коммерческих актов при выявлении несохранности груза.

Грузы в зависимости от желания отправителя перевозятся малой или большой скоростью, причем сроки доставки определяются СМГС с добавлением времени на перегрузку грузов на пограничных железнодорожных станциях. Провозные платежи выплачиваются по национальным тарифам и в национальной валюте: за следование груза по дорогам отправления - отправителем, а по дорогам назначения - получателем груза.

Что касается провозных платежей за перевозку грузов по железным дорогам страны транзита, то в зависимости от условий поставки (базиса договора внешнеторговой купли-продажи) они вносятся отправителем или получателем груза по ставкам Международного транзитного тарифа (МТТ), валютой которого является швейцарский франк. Базис поставки должен определяться российскими предпринимателями с учетом этого обстоятельства.

Ответственность железных дорог за несохранность принятого к перевозке груза наступает при наличии вины, которая предполагается. Однако при особых обстоятельствах (исправность перевозочных средств, сопровождение груза проводником грузовладельца и др.) вина железных дорог должна быть доказана грузовладельцем. Возмещение за несохранный внешнеторговый груз выплачивается в пределах его действительной стоимости, которая определяется на основании внешнеторговой цены (при ответственности иностранных дорог) или же внутренней цены (при ответственности отечественных дорог).

На основании СМГС и дополняющего его МТТ возможны железнодорожные перевозки внешнеторговых грузов в страны Западной Европы и из них, хотя участниками СМГС они и не являются. Для этого при экспортных отправлениях в накладной СМГС в качестве получателя называется выходная железнодорожная станция страны СМГС, а в графе об особых заявлениях - конечный получатель в одной из стран Западной Европы. На основании такого указания пограничная станция выписывает новую железнодорожную накладную по форме КОТИФ, в котором участвуют железные дороги западноевропейских стран, и груз направляется конечному получателю. При отправлениях грузов в Россию из стран Западной Европы соответственно составляются сначала накладная КОТИФ, а затем на соответствующей пограничной станции - накладная СМГС.

СССР заключил двусторонние соглашения о международном железнодорожном грузовом и пассажирском сообщении с пограничными странами - Финляндией, Ираном и Турцией, а по грузам - также с

Австрией. Для России сохранило силу соглашение с Финляндией. Эти соглашения отражают общепринятую практику международных перевозок и в ряде вопросов учитывают правила перевозок, выработанные в рамках Бернских конвенций (МГК и МПК).

В ходе сотрудничества в области железнодорожного транспорта государств, входивших ранее в СССР, был заключен ряд соглашений. Отметим, в частности, Соглашение о разделении инвентарных парков грузовых вагонов и контейнеров бывшего МПС СССР и их дальнейшем совместном использовании от 22 января 1993 г. и Соглашение о совместном использовании грузовых вагонов и контейнеров от 12 марта 1993 г. Эти соглашения действуют для стран СНГ, Латвии, Литвы и Эстонии.

3. Международные автомобильные перевозки

Регулирование международных автомобильных перевозок, так же как и железнодорожных, осуществляется в соответствии с правилами международных соглашений. К их числу относятся такие соглашения, в которых участвует Россия, как Конвенция о дорожном движении 1968 г. (вступила в силу в 1977 г.), Европейское соглашение 1971 г., дополняющее Конвенцию о дорожном движении, Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ) 1956 г., Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП) 1959 г. (новая редакция 1975 г. вступила в силу в 1977 г.), Соглашение о международных перевозках скоропортящихся продуктов и о специальных транспортных средствах, предназначенных для этих перевозок, 1970 г., Европейское соглашение о международной дорожной перевозке опасных грузов (ДПОГ) 1957 г.

Условия договора международной автомобильной перевозки грузов между европейскими странами определяются Конвенцией о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ) от 19 мая 1956 г. В Конвенции участвует большинство европейских государств. СССР присоединился к ней в 1983 г., и с 1 августа 1986 г. перевозки грузов советским автомобильным транспортом стали регулироваться этой Конвенцией. В настоящее время в ней участвуют Россия, Казахстан, Таджикистан, Туркмения, а также наряду с европейскими государствами Марокко и Тунис. Конвенция определяет основные права и обязанности грузовладельца и перевозчика при автомобильной перевозке, порядок приема груза к перевозке и выдачи его в пункте назначения. Установлен также предел ответственности перевозчика при несохранности груза - 25 золотых франков за 1 кг веса брутто. Конвенция действует для России.

При автомобильных перевозках существенное значение имеет создание гарантий при причинении вреда третьим лицам автотранспортными средствами - источником повышенной опасности. Это достигается посредством введения обязательного страхования гражданской ответственности, что предусматривается как внутренним законодательством, так и рядом международных соглашений. Так, в заключенных с рядом стран двусторонних соглашениях об организации автомобильного сообщения предусматривается обязательное страхование гражданской ответственности при международных автомобильных перевозках.

Конвенция призвана унифицировать условия международной дорожной перевозки грузов, включая документы, применяемые для такой перевозки, и ответственность перевозчика. В Конвенцию включена коллизионная норма, отсылающая по вопросу о продлении или о перерыве течения срока исковой давности к закону суда, рассматривающего дело.

Конвенция МДП 1975 г., определяя процедуру международной дорожной перевозки грузов, предусматривает в качестве ее основного атрибута книжку МДП - единый таможенный документ при следовании груза от таможни места отправления до таможни места назначения в регионе МДП. Конвенцией введен институт гарантийного объединения, под которым понимается объединение, признанное таможенными органами государства - участника Конвенции в качестве гаранта для лиц, использующих процедуру международной дорожной перевозки грузов. В России функции гарантийного объединения выполняет Ассоциация международных автомобильных перевозчиков РФ (АСМАП), которая обеспечивает российских перевозчиков книжками МДП, ведет работу по урегулированию претензий в связи с использованием процедуры МДП. Грузы, перевозимые с соблюдением этой процедуры, освобождаются от уплаты ввозных или вывозных пошлин и сборов в промежуточных таможнях. На дорожном транспортном средстве или составе транспортных средств, осуществляющих операцию МДП, должны быть прикреплены таблички с надписью "TIR". Знак "TIR" дает преимущество первоочередного таможенного оформления.

На Государственный таможенный комитет РФ возложено принятие решений о временном или окончательном лишении лиц, виновных в серьезных нарушениях таможенного законодательства, применяемого при международной перевозке грузов, права использовать процедуру МДП. Правительством РФ приняты поправки к указанной Конвенции, одобренные Административным комитетом Конвенции МДП 27 июля 1997 г.

В области международных автомобильных перевозок действует разрешительная система.

Иностранные перевозчики осуществляют международные автомобильные перевозки по территории России в соответствии с российскими и многосторонними разрешениями. Российские - в соответствии с иностранными и многосторонними разрешениями. Международные договоры РФ на условиях взаимности могут допускать международные автомобильные перевозки без таких разрешений.

Российские перевозчики должны иметь лицензии на международные автомобильные перевозки. Законом запрещаются перевозки грузов и пассажиров транспортными средствами, принадлежащими иностранным перевозчикам, в том числе временно ввезенными ими на территорию России, между пунктами, расположенными на этой территории.

Установление разрешительной системы международных автомобильных перевозок пассажиров, багажа и грузов является общим для двусторонних международных (межправительственных и межведомственных) договоров Российской Федерации в этой области. Разрешения выдаются компетентными органами сотрудничающих стран, по территории которых или через территории которых следуют автотранспортные средства.

Двусторонние договоры России о международном автомобильном сообщении регулируют также перевозки в третьи страны и из третьих стран. В договорах перевозчикам одной страны запрещается осуществлять внутренние перевозки (каботаж) на территории другой страны. Страны - участницы договоров обеспечивают страхование гражданской ответственности перевозчиков перед третьими лицами в связи с использованием автотранспортных средств. Условия договоров включают освобождение от налогов и сборов с автотранспортных средств, пограничные, таможенные и иные правила.

4. Международные воздушные перевозки

Значение международных воздушных перевозок в современных условиях жизни возросло. Не только самолеты авиакомпаний России и других стран СНГ доставляют пассажиров и грузы в большое число государств, но возрастает также число полетов самолетов иностранных авиакомпаний в эти страны или же через воздушное пространство России.

Перевозки пассажиров и грузов через воздушное пространство России совершаются иностранными авиакомпаниями на основании соответствующих соглашений. Пассажирские перевозки регулярно совершаются рядом иностранных авиакомпаний. Грузовые полеты на

основе соглашений с тремя авиакомпаниями "Люфтганза", "Эйрфранс" и "Кореан Эйр" стали совершаться с 1 апреля 2003 г.

В качестве международной воздушной перевозки рассматривается перевозка, при которой хотя бы один из пунктов посадки находится на территории другого государства (ст. 101 Воздушного кодекса РФ).

Россия, как отмечалось в учебной литературе (В.П. Звеков), участвует в более чем 130 двусторонних международных договорах о воздушном сообщении. Этими договорами, базирующимися на Чикагской конвенции о международной гражданской авиации 1944 г., определяются коммерческие права сотрудничающих государств при осуществлении воздушных перевозок пассажиров, багажа, груза и почты. Эти права реализуются назначенными государствами авиапредприятиями (фактическими пользователями прав) в соответствии с заключаемыми ими коммерческими соглашениями.

Условия воздушных перевозок пассажиров и грузов определяются многосторонней Варшавской конвенцией для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, 1929 г. Она дополнена Гаагским протоколом 1955 г. В Конвенции участвует более 100 государств, большинство из которых ратифицировало также Гаагский протокол. СССР - участник Конвенции с 1934 г. и Протокола с 1957 г. Конвенция и Протокол действуют для РФ. Действие Варшавской конвенции распространяется на воздушные перевозки между участвующими в ней странами, а также на перевозки, когда место отправления и место назначения находятся на территории одного и того же государства-участника, а остановка предусмотрена на территории другого государства, хотя бы и не участвующего в Конвенции. В Конвенции определены основные требования к перевозочным документам, права отправителя на распоряжение грузом в пути следования, порядок выдачи груза в пункте назначения, ответственность перевозчика перед пассажирами и грузовладельцем.

Правила Конвенции об ответственности перевозчика имеют большое практическое значение.

Перевозчик отвечает за вред, произошедший в случаях: смерти, ранения или любого другого телесного повреждения пассажира, если несчастный случай, в результате которого причинен вред, произошел на борту воздушного судна или во время операций по посадке и высадке; уничтожения, потери или повреждения зарегистрированного багажа или груза, если происшествие, причинившее вред, случилось во время воздушной перевозки; опоздания при воздушной перевозке пассажиров, багажа, грузов.

Согласно Варшавской конвенции ответственность перевозчика основана на вине, которая презюмируется.

Перевозчик освобождается от ответственности, если докажет, что он принял все необходимые меры, чтобы избежать вреда, или что такие меры ему было невозможно принять. Но в случае если перевозчик докажет, что вина потерпевшего была причиной вреда или способствовала ему, суд может в соответствии с законом своей страны ограничить ответственность перевозчика.

Ответственность воздушного перевозчика согласно Варшавской конвенции ограничена суммой 250 франков за 1 кг веса. Для российских авиаперевозчиков эта сумма была повышена и определена в размере 20 долл. за 1 кг веса. Конвенция предусматривает краткий срок для заявления претензий к перевозчику по поводу несохранности доставленного груза (14 дней со дня получения груза), пропуск которого лишает права на обращение в суд. Исковая давность по требованиям к перевозчику - два года.

Поскольку Варшавская конвенция оставила открытыми вопросы о порядке определения размера возмещения (в пределах установленного его максимума) и о круге лиц, имеющих право на возмещение в случае гибели пассажиров, они решаются в судах каждого государства в соответствии с национальным законодательством и сложившейся в данном государстве практикой. Эти вопросы могут решаться на основании закона суда, закона перевозчика, закона места заключения договора перевозки.

Согласно Гаагскому протоколу предельные размеры ответственности в отношении пассажира были установлены в размере 250 тыс. французских золотых франков.

Арбитражные суды России применяют нормы Варшавской конвенции с учетом изменений, внесенных в нее. Приведем пример из практики арбитражных судебных органов РФ.

Акционерное общество закрытого типа "Коопимпэкс" обратилось в арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области с иском к авиакомпания "Финнэйр", г. Хельсинки, Финляндия (представительство в Санкт-Петербурге), о взыскании 1289,9 долл. США, составляющих стоимость недостачи 6,6 кг груза, на основании п. 2 ст. 22 Варшавской конвенции для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок 1929 г., с изм., внесенными Гаагским протоколом 1995 г. Иск был удовлетворен в сумме заявленных требований. Затем дело рассматривалось в федеральном арбитражном окружном суде. В Постановлении Президиума ВАС РФ по этому делу было, в частности, обращено внимание на следующие обстоятельства.

Как вытекает из коммерческого акта, утрата части груза произошла вследствие ветхости упаковки, не обеспечивающей сохранность груза при перевозках.

Согласно п. 1 и 2 ст. 18 Конвенции перевозчик отвечает за вред, происшедший в случае уничтожения, потери, повреждения зарегистрированного багажа или товара, если происшествие, причинившее вред, произошло во время воздушной перевозки.

В соответствии с п. 2, 4 и 5 ст. 22 Конвенции при перевозке зарегистрированного багажа ответственность перевозчика ограничивается суммой 250 франков за 1 кг груза. Согласно п. 5 ст. XI Гаагского протокола 1955 г., перевод сумм в национальную валюту, не имеющую золотого содержания, в случае судебных разбирательств производится в соответствии с золотой стоимостью таких валют на дату судебного решения.

Предъявляя иск, истец рассчитал сумму от недостачи массы груза в американских долларах через стоимость золота за 1 тройскую унцию, установленную на Лондонской бирже драгоценных металлов, которая, в свою очередь, определяет рыночную стоимость самого золота, а не его содержания в национальных валютах. Этот расчет противоречит сложившейся международной практике перевода 250 золотых франков в национальные валюты, зафиксированной в Протоколах N 3 и N 4 Всемирной организации гражданской авиации (Монреаль, 1975 г.).

Последнее обстоятельство повлекло неправомерное увеличение суммы иска с примерно 20 долл. за 1 кг массы (предел ответственности, принятый в международной практике) до 1389,9 долл. США.

Несмотря на то что истец основывал свой иск на нормах ратифицированного обоими государствами международного договора в части перевода франков в национальную валюту одного из государств, следует разрешить вопрос о применимом праве, поскольку данное обстоятельство не урегулировано Конвенцией.

Подпункт 7 п. 1 ст. 166 Основ гражданского законодательства 1991 г. (действовавших в то время) устанавливает, что к обязательствам сторон по внешнеэкономической сделке в случае отсутствия их соглашения о применимом праве применяется право страны, где учреждена сторона, являющаяся перевозчиком в договоре перевозки. Перевозчиком в договоре международной перевозки являлась авиакомпания "Финнэйр" (Финляндия).

По законодательству Финляндии вопрос об ответственности перевозчика и применении Варшавской конвенции регулируется Законом от 14 января 1977 г. с изм. от 11 апреля 1980 г. "О договоре перевозки авиатранспортом". В его § 23 определено, что при перевозках

зарегистрированного багажа и товаров ответственность перевозчика ограничивается суммой 17 СДР (специальных прав заимствования), или 23,8 долл. США за 1 кг массы (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 февраля 1997 г. N 4707/96).

Коллизионные нормы, содержащиеся в Варшавской конвенции, предусматривают применение закона суда в отношении возможности установить возмещение в виде периодических платежей, о присуждении истцу понесенных им судебных издержек и других расходов по судебному разбирательству, о порядке исчисления срока, по истечении которого истец утрачивает право на иск. Не решаются в Конвенции вопросы, относящиеся к порядку определения размера возмещения, кругу лиц, имеющих право на возмещение в случае гибели пассажира.

Согласно российскому законодательству перевозчик несет ответственность перед пассажиром воздушного судна и грузовладельцем в порядке, установленном законодательством России, международными договорами РФ, а также договором воздушной перевозки пассажира, договором воздушной перевозки груза или договором воздушной перевозки почты. Ответственность перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира при воздушной перевозке, определяется по правилам гл. 59 ГК РФ ("Обязательства вследствие причинения вреда"), если законом или договором воздушной перевозки пассажира, а также международными договорами РФ не предусмотрен более высокий размер ответственности.

За утрату, недостачу или повреждение (порчу) багажа, груза, а также вещей, находящихся при пассажире, перевозчик несет ответственность в соответствии с международными договорами РФ.

5. Международные морские перевозки

Наиболее сложные правовые вопросы возникают при международных морских перевозках. Это объясняется как разнообразием самих отношений в данной области (предметом регулирования), так и различным характером источников правового регулирования (наряду с нормами конвенций и внутреннего законодательства широко используются морские обычаи, как национальные, так и международные (см. гл. 2).

В законодательстве многих государств обычно не содержатся коллизионные нормы, предусматривающие, право какой страны подлежит применению к отношениям по морской перевозке грузов. Эти вопросы решаются судебной практикой. В судах Великобритании и Франции (в соответствии с французским законодательством) применяется закон флага

судна, а в судах ФРГ предпочтение отдается закону места назначения груза. Согласно закону Польши применяется закон, избранный сторонами. При отсутствии выбора к договору перевозки применяется закон места нахождения перевозчика.

Морские перевозки грузов могут осуществляться на различных условиях. Если такая перевозка осуществляется без предоставления морским перевозчиком всего судна или его части, то отношения между участниками перевозки оформляются коносаментом. В 1924 г. в Брюсселе была заключена Конвенция об унификации некоторых правил о коносаментах. Эта Конвенция была изменена сначала Протоколом 1968 г., а затем Протоколом 1979 г. В 1999 г. Россия присоединилась к Протоколу 1979 г. Из ст. VII Протокола 1979 г. следует, что присоединение к нему равносильно присоединению к Конвенции. Тем самым, как отмечал В.П. Звеков, это присоединение было подготовлено предшествующим развитием отечественного законодательства. Ее главные положения еще до присоединения России к Конвенции были повторены в КТМ СССР 1968 г.

Практически условия морских перевозок внешнеторговых грузов определяются в договорах фрахтования (чартере), заключаемых с морским перевозчиком при предоставлении для перевозки всего судна, или же коносаментом на перевозки отдельных партий груза, где содержатся сведения об условиях перевозки (на обороте коносамента). Основные условия морских перевозок, интересующие российских предпринимателей (ответственность перевозчика, порядок предъявления к нему требований), соответствуют положениям Брюссельской конвенции.

Морской перевозчик при несохранности груза отвечает за вину, а для предъявления к нему требований действует годичный срок давности. При перевозке грузов по коносаменту необходимо объявление его стоимости. Перевозчик не несет ответственности за так называемую навигационную ошибку (ошибка капитана, матроса, лоцмана в судовождении или управлении судном).

В марте 1978 г. на конференции в Гамбурге была принята Конвенция ООН о морской перевозке грузов, призванная заменить Брюссельскую конвенцию 1924 г. Новая конвенция имеет более широкую сферу действия (распространяется на перевозки животных и палубных грузов) и предусматривает ряд важных нововведений. В частности, ею отменено правило, освобождающее морского перевозчика от ответственности при навигационной ошибке, несколько повышен предел его ответственности за сохранность груза, более подробно определен порядок заявления требований к перевозчику (срок исковой давности по сравнению с

Брюссельской конвенцией увеличен с одного до двух лет). Основные положения Конвенции 1978 г. включены в гл. VIII КТМ РФ.

Наиболее прогрессивной формой доставки грузов морем являются регулярные, или линейные, перевозки, которые обычно осуществляются на основании соглашений об организации постоянных морских линий. Такие соглашения могут быть межгосударственными, однако чаще они заключаются заинтересованными судовладельческими компаниями. В них фиксируются основные условия эксплуатации соответствующих линий, а условия морских линейных перевозок определяются в линейных коносаментах, правилах и тарифах соответствующих судовладельческих компаний. Условия линейных перевозок имеют некоторые транспортно-правовые особенности, однако специфические коллизионные вопросы в этой области, как правило, не возникают.

Большая часть морских линий эксплуатируется в настоящее время в рамках соглашений между крупными судовладельческими компаниями, образующими таким путем группы перевозчиков, получившие название линейных конференций. Решающее влияние имеют в них компании ведущих государств, которые стремятся обеспечить себе максимальные экономические выгоды путем установления высоких фрахтовых ставок и других льготных условий.

В целях устранения дискриминационных элементов в деятельности линейных конференций в 1974 г. в рамках ООН по инициативе развивающихся стран было заключено важное международное соглашение - Конвенция о кодексе поведения линейных конференций. Конвенция содержит ряд положений, направленных на введение работы линейных конференций в определенные рамки, исключающие дискриминацию и создающие баланс интересов перевозчика и грузовладельцев. Конвенция вступила в силу для СССР в октябре 1983 г.

Пассажирские перевозки морем стали предметом ряда международных соглашений, одно из которых - Афинская конвенция о перевозках морем пассажиров и их багажа от 13 декабря 1974 г. СССР присоединился к ней в 1983 г. Конвенция восприняла большинство ранее выработанных международно-правовых норм о морских пассажирских перевозках: принцип ответственности за вину, ограничение предела ответственности перевозчика (при причинении вреда здоровью пассажиров - 700 тыс. франков), срок исковой давности - два года.

Морские перевозки могут также осуществляться по чартеру. В этом случае для перевозки груза предоставляются все судно, его часть или определенные помещения. Обычно на практике применяются проформы чартеров, разработанные международными морскими организациями, а также национальными объединениями судовладельцев. Чартеры

разрабатываются по видам грузов (угольные, нефтяные, лесные и т.д.), благодаря чему учитывается специфика перевозки отдельных грузов. По своему содержанию морской чартер представляет собой сложный договор, в который включается до 60 различных условий (предоставление груза, порядок его подачи, расчеты по фрахту и т.д.). В отношении ответственности обычно делается ссылка на условия Конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте. Условия проформ чартера могут изменяться и дополняться сторонами, в частности посредством включения оговорок.

Наряду с конвенциями, регулирующими международные порядки перевозки, Россия участвует в ряде важных многосторонних международных соглашений, в той или иной степени связанных с перевозчиками. К их числу прежде всего относится Конвенция ООН по морскому праву 1982 г. Конвенция содержит ряд положений, затрагивающих проблемы международного частного права (гражданская юрисдикция в отношении иностранных судов, иммунитет государственных судов, эксплуатируемых в некоммерческих целях, национальность судов, применение клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации). Из других многосторонних соглашений укажем на следующие: Международная конвенция об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов, 1952 г.; Протокол 1992 г. об изменении Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 г.; Протокол 1992 г. об изменении Международной конвенции о создании Международного фонда для компенсации ущерба от загрязнения нефтью 1971 г.; Международная конвенция об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ 1996 г.; Международная конвенция о морских залогах и ипотеках 1993 г. (эта Конвенция вступила в силу 5 сентября 2004 г.).

2. В КТМ РФ предусмотрен ряд правил, исходящих из международных конвенций и протоколов к ним, в том числе и тех, в которых Россия не участвует (например, Протокола 1990 г. к Афинской конвенции).

Установленные гл. IX "Договор морской перевозки пассажира" КТМ РФ правила об ответственности перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, и об ограничении такой ответственности применяются при перевозке пассажира в заграничном сообщении, если только перевозчик и пассажир не являются организациями или гражданами Российской Федерации. Если же перевозчик и пассажир являются организациями или гражданами Российской Федерации, ответственность перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью

пассажира, определяется по правилам гражданского законодательства России. Правила гл. IX Кодекса об ответственности перевозчика за утрату или повреждение багажа и об ограничении такой ответственности не применяются при его перевозке в каботажном плавании. При перевозке багажа в каботаже ответственность перевозчика за утрату или повреждение багажа либо за просрочку его выдачи определяется в соответствии с гражданским законодательством РФ.

В отличие от КТМ СССР 1968 г. КТМ РФ содержит развернутые правила по вопросам права, применимого к соответствующим отношениям. Эти правила помещены в гл. XXVI "Применимое право" (ст. 414 - 426).

Согласно ст. 414 КТМ РФ право, подлежащее применению к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иностранным элементом, в том числе если объект гражданских прав находится за пределами РФ, определяется в соответствии с международными договорами РФ, КТМ РФ, другими законами и признаваемыми в Российской Федерации обычаями торгового мореплавания.

Стороны договора, предусмотренного КТМ РФ, могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой подлежащее применению право к их правам и обязанностям по данному договору. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяются правила КТМ РФ; наличие такого соглашения не может повлечь за собой устранение или уменьшение ответственности, которую в соответствии с настоящим Кодексом перевозчик должен нести за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа либо просрочку их доставки.

Отношения, возникающие из договора морской перевозки груза, договора буксировки, договора морского агентирования, договора морского посредничества, договора морского страхования, тайм-чартера (фрахтования судна на время) и бербоут-чартера (фрахтования судна без экипажа), регулируются законом государства, предусмотренным соглашением сторон, из договора морской перевозки пассажира - законом государства, указанным в билете пассажира.

При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве отношения сторон, возникающие из договоров, регулируются законом государства, в котором учреждена, имеет основное место деятельности или место жительства сторона, являющаяся:

перевозчиком - в договоре морской перевозки;

судовладельцем - в договоре морского агентирования, тайм-чартере и бербоут-чартере;

владельцем буксирующего судна - в договоре буксировки;

доверителем - в договоре морского посредничества;

страховщиком - в договоре морского страхования (ст. 418 КТМ РФ).

Пределы ответственности судовладельца, как уже отмечалось в гл. 3, определяются законом государства флага судна (ст. 426 КТМ РФ).

Напомним также, что к любому виду договора перевозки при отсутствии соглашения сторон подлежит в соответствии со ст. 1211 ГК РФ применению право страны перевозчика.

Контрольные вопросы по теме:

1. Определите понятие международных перевозок.
2. Какой конвенцией определяются условия воздушных перевозок пассажиров и грузов?
3. Какие правовые вопросы возникают при международных морских перевозках?

Лекция 10. Интеллектуальная собственность в международном частном праве.

1. Общие положения.
2. Авторское право и смежные права.
3. Патентное право.
4. Право на товарный знак, наименование места происхождения товаров и борьба с недобросовестной конкуренцией.
5. Лицензионные соглашения на изобретения, ноу-хау и товарные знаки

1. Общие положения

В современном международном частном праве объекты авторского и патентного права стали объединяться в одну общую группу, получившую наименование "интеллектуальная собственность". Это связано с заключением Стокгольмской конвенции 1967 г., учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС). Согласно ст. 2 Конвенции интеллектуальная собственность включает права, относящиеся к литературным, художественным и научным произведениям; исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам; изобретениям во всех областях человеческой деятельности, научным открытиям; промышленным образцам; товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям, коммерческим обозначениям; защите против недобросовестной конкуренции, а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях.

Таким образом, перечень объектов, о которых говорится в Конвенции, не является исчерпывающим. Термин "интеллектуальная собственность" стал в дальнейшем применяться и во внутреннем законодательстве России, являющейся членом этой авторитетной международной организации, прежде всего в Конституции РФ (ст. 44, 71) и в ГК РФ (часть первая). В ст. 44 Конституции РФ говорится о том, что интеллектуальная собственность охраняется законом. Согласно п. "о" ст. 71 Конституции к исключительной компетенции Российской Федерации относится правовое регулирование интеллектуальной собственности.

Статья 138 ГК РФ ("Интеллектуальная собственность") признает исключительное право (интеллектуальную собственность) гражданина или юридического лица на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица,

индивидуализации продукции, выполняемых работ или услуг (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и т.п.).

Слова "интеллектуальная собственность" поставлены ГК в скобки не случайно. Объясняется это тем, что указанное понятие имеет собирательное и в то же время условное значение. Право на интеллектуальную собственность - это не одна из категорий права собственности. Право на результаты творческой деятельности отличается от права на вещи, на материальный предмет, в котором воплощен этот результат. Например, право собственности на картину или книгу принадлежит собственнику этой картины или экземпляра книги, а право интеллектуальной собственности принадлежит создателю картины (художнику) или автору книги (писателю).

Точно так же условный характер носит другой широко применяемый в международных отношениях термин - "промышленная собственность". Согласно ст. 1 Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. (далее - Парижская конвенция) 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.

Наряду с Парижской конвенцией, которая неоднократно пересматривалась (в послевоенный период в Лиссабоне в 1958 г., в Стокгольме в 1967 г.), действуют Договор о патентной кооперации 1970 г., ряд региональных соглашений, в частности Евразийская патентная конвенция, применяемая государствами - участниками СНГ с 1 января 1996 г.

Основным международным многосторонним соглашением в области авторского права является Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. (была пересмотрена в Стокгольме в 1967 г., Париже - в 1971 г., далее - Бернская конвенция). Другим многосторонним соглашением в этой области является Всемирная конвенция об авторском праве 1952 г., заключенная в Женеве, дополненная на конференции в Париже в 1971 г. Россия участвует в этих и в ряде других многосторонних соглашений, с отдельными государствами Россия заключила двусторонние соглашения по вопросам международной охраны интеллектуальной собственности. Когда говорят о международной охране в этой области, имеют в виду не создание какого-то международного патента на изобретение или единой для всего мира охраны литературного или музыкального произведения, а создание условий для обеспечения прав на результаты интеллектуального

творчества, независимо от того, в какой стране они были первоначально созданы или защищены.

Благодаря участию России в международных соглашениях обеспечивается охрана авторских прав ее граждан в большом числе государств. Возможности для патентования российских изобретений и охраны иных объектов (товарных знаков и др.) в результате участия в международных соглашениях обеспечиваются почти во всех государствах мира.

Из многосторонних соглашений, заключенных в последние десятилетия, наиболее широким охватом возможных объектов интеллектуальной собственности отличается заключенное в рамках Уругвайского раунда ГАТТ в декабре 1993 г. Соглашение об относящихся к торговле аспектах прав интеллектуальной собственности. В международной практике оно обычно именуется сокращенно ТРИПС (TRIPS - от названия Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). Соглашение вступило в силу с 1 января 1995 г. Оно обязательно для всех членов Всемирной торговой организации (ВТО), в которой участвуют 148 государств (в том числе Армения, Молдавия, Грузия, Киргизия, Латвия, Литва, Эстония). К 26 странам, ведущим переговоры о вступлении в ВТО, относятся Азербайджан, Белоруссия, Казахстан, Россия, Таджикистан, Узбекистан, Украина. Предметом этого Соглашения являются: авторские права и смежные права, товарные знаки, указания происхождения товаров, промышленные образцы и модели, изобретения, топологии интегральных микросхем, защита производственных секретов. В Соглашении содержатся также положения о контроле в отношении условий лицензионных договоров, нарушающих правила антимонопольного законодательства. Впервые в многосторонней международной практике в соглашении содержатся обязательства государств-участников в отношении соблюдения международных стандартов охраны, защиты прав интеллектуальной собственности от всякого рода нарушений, а также правила о разрешении споров.

Целый ряд мер по унификации авторского и патентного законодательства, а также по борьбе с пиратством был осуществлен в рамках ЕС.

К двусторонним соглашениям России в отношении широкого круга объектов интеллектуальной собственности относится Соглашение о торговых отношениях с США 1990 г. Аналогичные соглашения были заключены США с Украиной, Казахстаном, Туркменистаном и другими странами СНГ.

Современное состояние международных соглашений в области интеллектуальной собственности свидетельствует о том, что эти

соглашения устанавливают единые материально-правовые нормы, способствующие унификации права в этой области, предоставляют для иностранных обладателей этих прав равный режим с отечественными, облегчают защиту их прав от всевозможных нарушений. Но они не содержат коллизионных норм. Исключение представляет собой в этом отношении Кодекс Бустаманте 1928 г., который исходит из того, что интеллектуальная собственность и промышленная собственность регулируются постановлениями специальных международных конвенций, "действующих или могущих быть принятыми в будущем. Если таких конвенций нет, то приобретение, регистрация и использование этих прав подчинены предоставляющему их местному праву" (ст. 115).

2. Конкретное регулирование отношений, возникающих в связи с созданием, использованием и охраной произведений науки, литературы, искусства и иных результатов интеллектуальной деятельности, осуществляется в подавляющем большинстве государств мира не законодательством об интеллектуальной собственности, а патентным законодательством, законами об авторском праве, о товарных знаках. В России это Закон РФ от 9 июля 1993 г. "Об авторском праве и смежных правах" (с изм. от 20 июля 2004 г.), Патентный закон РФ от 23 сентября 1992 г. (в ред. от 7 февраля 2003 г.), Закон РФ от 23 сентября 1992 г. "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" (в ред. от 11 декабря 2002 г.), Закон РФ от 23 сентября 1992 г. "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных", Закон РФ от 23 сентября 1992 г. "О правовой охране топологий интегральных микросхем".

В соответствии с Законом об авторском праве и смежных правах 1993 г., а также Законом о правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных 1992 г. охрана этих объектов осуществляется нормами авторского права: программы охраняются как литературные произведения, а базы данных - как сборники.

В последующие годы в приведенные выше законы вносились изменения и дополнения, связанные в основном с необходимостью учета новых международных многосторонних соглашений, в которых, в свою очередь, отражались новые технические достижения (применение Интернета и др.). Наряду со специальными законами разделы об интеллектуальной собственности в ряде стран СНГ были включены в гражданские кодексы (Белоруссии, Грузии, Казахстана, Киргизии, Туркменистана, Узбекистана, Украины). Так, Книга 4 "Право интеллектуальной собственности" ГК Грузии содержит 90 статей, в основном посвященных авторским правам и смежным правам. Ряд соглашений был заключен между странами СНГ.

В рамках ВОИС в последние годы были заключены в области авторского права Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г. и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г., Договор ВОИС о международной регистрации аудиовизуальных произведений 1989 г., в области охраны промышленной собственности - Договор ВОИС о законах о товарных знаках 1994 г.

Положения по вопросам интеллектуальной собственности содержатся также в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве 1994 г. Оно вступило в силу с 1 декабря 1997 г. и содержит обязательство России продолжать совершенствование механизмов охраны прав интеллектуальной собственности с целью обеспечить к концу пятого года после вступления этого Соглашения в силу уровня защиты, аналогичной существующему в Европейском сообществе, включая эффективные средства обеспечения соблюдения прав (п. 1 приложения N 10). Кроме того, с момента вступления в силу настоящего Соглашения Россия будет предоставлять компаниям и физическим лицам Сообщества в отношении признания и охраны интеллектуальной собственности режим не менее благоприятный, чем тот, который предоставлен ею любой третьей стране по двусторонним соглашениям. Это правило не применяется в отношении преимуществ, предоставленных Россией любой третьей стране на основе эффективной взаимности, а также преимуществ, предоставленных Россией другой стране - республике бывшего СССР.

3. Коллизионные вопросы в области интеллектуальной собственности остаются не урегулированными в законодательном порядке в большинстве государств. Однако соответствующие положения имеются в законах о международном частном праве Австрии (1978), Швейцарии (1987), Италии (1995), которые исходят из принципа применения к правам на интеллектуальную собственность права страны, на территории которой испрашивается охрана этих прав (*lex loci protectionis*). В законах некоторых других государств (например, Португалии, Румынии) в области авторского права применяется коллизионная привязка к праву страны происхождения произведения (*lex originis*). В эстонском законодательстве предусмотрено, что к интеллектуальной собственности, к ее возникновению, содержанию, прекращению и защите применяется право того государства, на территории которого такая защита испрашивается (ст. 23 Закона о международном частном праве 2002 г.). Во французской судебной практике обычно проводится различие следующего порядка: в отношении определения прав первого обладателя авторского права применяется право страны происхождения, а в других случаях - право страны охраны. В Германии судебная практика следует общему принципу применения права страны, в которой испрашивается охрана. В США в

Законе об авторском праве, как и в иных актах, не содержится каких-либо коллизионных норм в этой области. В судебной практике руководящее правило было принято в 1998 г. в решении по иску Российского агентства новостей ИТАР-ТАСС. Остановимся на этом деле.

Издаваемая в Нью-Йорке 20-тысячным тиражом еженедельная русская газета "Русский курьер" перепечатала около 500 опубликованных в российской прессе статей. Такое нарушение авторских прав имело место после 13 марта 1995 г., т.е. после вступления в силу для России Бернской конвенции. Иск по поводу этого нарушения авторских прав российских авторов и издателей был предъявлен к газете российским агентством новостей ИТАР-ТАСС, одним из Российских издательств и Союзом журналистов России (в интересах его членов).

Дело рассматривалось в США в суде первой инстанции, а затем в 1998 г. в апелляционном суде (Second Circuit Court of Appeals), являющимся в США ведущим судом, рассматривающим споры в области авторского права.

Апелляционный суд подробно остановился в своем решении как на вопросах правовой охраны прав иностранных авторов, так и, что особенно интересно, на коллизионно-правовых аспектах.

В результате было подтверждено, что иск ИТАР-ТАСС подлежит удовлетворению, а в отношении других истцов он должен быть отклонен.

Суд исходил из того, что право страны происхождения произведения определяет, кому принадлежит авторское право на произведение. Поскольку закон США об авторском праве (Copyright Act), как и Бернская конвенция, не содержит коллизионной нормы такого рода, суд был вынужден сам сформулировать такое коллизионное правило - правило федерального общего права (federal common law), именно федерального, а не штата Нью-Йорк, поскольку только таким образом могло быть обеспечено единообразное применение федерального авторского права. В этом решении суд исходил из двух положений. Во-первых, из того, что право страны происхождения произведения определяет, кому принадлежит авторское право на произведение, т.е. в данном случае российское право. Во-вторых, из того, что в отношении нарушения авторских прав подлежит применению право страны причинения вреда (т.е. в данном случае право США как статут деликтных обязательств).

Наибольший интерес представляет решение коллизионных вопросов в Законе о международном частном праве Швейцарии 1987 г. Этот Закон предусматривает следующие положения:

- к правам интеллектуальной собственности применяется право государства, на территории которого испрашивается охрана;

- к договорам в этой сфере применяются положения о применении права к договорным обязательствам;

- в случае предъявления требования о причинении вреда стороны могут договориться о применении права страны суда;

- признаются иностранные решения по делам о нарушении прав в этой области, вынесенные в государстве места жительства ответчика или в государстве, на территории которого испрашивается охрана, если ответчик не имел места жительства в Швейцарии;

- иностранные решения по поводу наличия, действительности и регистрации прав в этой области признаются только в том случае, если они вынесены или признаются в государстве, на территории которого испрашивается охрана.

В основном по тому же пути решения вопроса пошел и Модельный гражданский кодекс государств - участников СНГ. Согласно ст. 1232 этого Кодекса к правам на интеллектуальную собственность применяется право страны, где испрашивается защита этих прав, а договоры, имеющие своим предметом права на интеллектуальную собственность, регулируются правом, определяемым положениями о применении права к договорным обязательствам.

В разд. VI "Международное частное право" ГК РФ не содержатся коллизионные нормы по вопросам интеллектуальной собственности. Соответствующие положения, сформулированные в соответствии с Модельным кодексом, включены в гражданские кодексы Армении (ст. 1291), Белоруссии (ст. 1132), Казахстана (ст. 1120), Узбекистана (ст. 1180) и ряда других стран СНГ. В Законе о международном частном праве Грузии 1998 г. имеются отдельные положения о компетенции грузинских судов по искам, кассациям, регистрации патентов, товарных знаков, а также о применении права в отношении неимущественных прав и в отношении фирменных наименований юридических лиц, недобросовестной конкуренции.

В заключение этого обзора можно сформулировать два положения общего характера.

Во-первых, общая особенность прав на произведения литературы, науки и искусства, как и прав на технические достижения, заключается в том, что они, в отличие от других прав, носят строго территориальный характер. Если, например, российская организация вывозит какое-либо имущество за границу и право на это имущество возникло у данной организации по нашим законам, то пересечение товаром границы не лишает ее права собственности на имущество. Точно так же имущественные и иные права, возникшие в иностранном государстве на

основании законов этого государства, признаются на территории нашего государства.

Прямо противоположное явление наблюдается в области авторского и патентного права, что объясняется причинами исторического порядка. Еще в период феодализма право автора признавалось актом власти суверена. Действие этого акта ограничивалось территорией княжества или государства.

Во-вторых, регулирование в области интеллектуальной собственности в международных отношениях осуществляется не Конвенцией об учреждении ВОИС 1967 г., а соответствующими многочисленными международными соглашениями в области авторского и патентного права, регулирующими охрану конкретных объектов.

2. Авторское право и смежные права

Благодаря заключению международных конвенций был устранен территориальный характер авторского права. Конечно, в этом были заинтересованы не только издательства, но и авторы, чьи произведения без их согласия издавались и иным образом использовались в других странах. Первой такой конвенцией стала Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений (см. § 1 этой главы), участниками которой был образован так называемый Бернский союз. Административные функции Бернского союза выполняет ВОИС. В Конвенции участвует большое число стран (более 150 государств, включая США с 1989 г., Китай - с 1992 г.). Для России Бернская конвенция в редакции 1971 г. действует с 13 марта 1995 г. Официальный русский текст в соответствии со ст. 37 Конвенции подтвержден Генеральным директором ВОИС и опубликован в Бюллетене международных договоров РФ (N 9. 2003). К Бернской конвенции в ред. 1971 г. присоединились также Белоруссия, Эстония, Грузия, Латвия, Литва, Молдавия, Украина, Азербайджан, Армения, Казахстан, Киргизия, Таджикистан.

Принятие в 1993 г. Закона РФ об авторском праве и смежных правах открыло новые возможности для расширения международного сотрудничества России с другими государствами, прежде всего путем присоединения к Бернской конвенции. Поскольку Бернская конвенция содержит, в отличие от Всемирной конвенции, значительное число материально-правовых норм, она представляет собой более высокий "международный стандарт" охраны авторских прав. Российский Закон 1993 г. отвечает этому стандарту. В нем существенно расширен объем авторских прав. В соответствии с Конвенцией сокращен по сравнению с

предшествующим законодательством перечень случаев возможного использования произведений без согласия автора, срок действия прав автора был установлен в течение всей жизни автора и 50 лет после его смерти. В дальнейшем (Законом от 20 июля 2004 г.) этот срок был продлен до 70 лет.

Авторы - граждане стран - участниц Бернского союза пользуются охраной своих авторских прав. Так, согласно ст. 5 Бернской конвенции указанные авторы пользуются в других странах Союза, кроме страны происхождения произведения, в отношении своих произведений, как опубликованных, так и неопубликованных, "правами, которые предоставляются в настоящее время или могут быть предоставлены в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам, а также правами, особо предоставляемыми настоящей Конвенцией".

Такая же охрана предоставляется авторам - гражданам государств, не участвующих в Конвенции, в отношении произведений, опубликованных ими впервые в одной из стран Бернского союза или одновременно в стране, не входящей в Союз, и в стране Союза. Бернская конвенция во главу угла ставит территориальный признак - страну происхождения произведения или, точнее, страну первого опубликования произведения.

Это положение ст. 3 Конвенции, исходящее из так называемого географического критерия, имеет практическое значение для советских (российских) авторов, произведения которых опубликованы до присоединения РФ к Бернской конвенции. Приведем примеры.

Тексты музыкальных произведений известных советских композиторов Шостаковича, Прокофьева, Хачатуряна и других в ряде случаев были впервые опубликованы в Англии или Германии в период, когда СССР не участвовал в Бернской конвенции, а Англия и Германия участвовали. Эти произведения подпадают под охрану, предусмотренную Бернской конвенцией.

В отношении таких произведений в ФРГ действуют установленные законодательством этой страны сроки охраны. Так, срок охраны (70 лет после смерти автора) действует в отношении произведений Сергея Прокофьева до 31 декабря 2033 г., Арама Хачатуряна - до 31 декабря 2045 г., Дмитрия Шостаковича - до 31 декабря 2048 г.

Другой пример, выходящий за пределы вопроса о сроках охраны, касается публикации в Италии романа Бориса Пастернака "Доктор Живаго". Как известно, по идеологическим соображениям публикация в Советском Союзе этого произведения оказалась невозможной, и оно было впервые опубликовано в 1957 г. в Италии - государстве, входящем в состав Бернского союза, причем не в оригинале, а в переводе на

итальянский язык. Затем книга издавалась на других языках и в других странах - членах Бернского союза. Английский писатель А. Моллин опубликовал свой роман "Дочь Лары", в котором использовал сюжетную линию, образы героев и частично сам текст романа Б. Пастернака "Доктор Живаго". Права итальянского издательства, опубликовавшего "Доктор Живаго" впервые, были признаны в ходе судебного разбирательства в ряде государств (в частности, в ФРГ). В 1996 г. суд в Карлсруэ (ФРГ) вынес решение о запрете распространения романа "Дочь Лары". Следует в этой связи отметить, что согласно Закону об авторском праве и смежных правах ФРГ 1965 г. иностранным гражданам должна предоставляться охрана и в тех случаях, когда произведение впервые опубликовано на территории действия закона только в переводе.

По Конвенции в редакции 1971 г. охрана предоставляется гражданам стран Бернского союза и в тех случаях, когда их произведение было впервые опубликовано вне территории стран Союза.

В отношении неопубликованных произведений охрана предоставляется авторам - гражданам стран Союза.

В Бернской конвенции установлены подробные правила в отношении содержания авторских прав. Объем прав в основном определяется по закону страны, где предъявляется требование об охране. Субъекту охраны предоставляется национальный режим, т.е. те же права, которые предоставляются соответствующими законами гражданам данной страны. Кроме того, автору предоставляются права, особо предусмотренные Бернской конвенцией. Осуществление прав в другой стране не зависит от охраны произведения в стране его происхождения. Это относится как к объему охраны (в материально-правовом смысле), так и к порядку судебной защиты прав авторов. В отношении судебной защиты гражданину каждой страны Союза в любой другой стране Союза также обеспечен национальный режим.

Что касается прав автора, установленных в самой Бернской конвенции (без отсылки к внутреннему законодательству стран - ее участниц), то в ней предусматривается исключительное право автора на перевод своих литературных и художественных произведений, воспроизведение экземпляров произведения, публичное исполнение драматических и музыкальных произведений, передачу своих произведений по радио и телевидению, публичное их чтение, переделку, запись музыкальных произведений механическим способом и ряд других прав.

Под объектами авторских прав обычно понимаются произведения науки, литературы и искусства. В Бернской конвенции применяется понятие "литературные и художественные произведения". Этот термин

согласно Конвенции охватывает все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были выражены, как-то: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения; драматические, музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, графики и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам.

Этот перечень не является замкнутым или исчерпывающим. По мере развития науки и техники круг объектов охраны расширяется, что также находит свое отражение в Бернской конвенции (при ее пересмотрах) и в других международных соглашениях. В Соглашении ТРИПС охрана распространена на компьютерные программы.

Ограничивая возможность свободного использования произведений (необходимо получить согласие обладателей прав, выплатить гонорар и т.д.), Бернская конвенция не отвечает в ряде случаев интересам развивающихся стран. По инициативе этих стран на Стокгольмской конференции (1967) наряду с пересмотренным текстом Бернской конвенции был подписан специальный протокол для развивающихся стран. В нем предусмотрены некоторые правила, менее жесткие, чем в основном тексте Бернской конвенции. Однако в результате политики западных государств, защищающих интересы крупных издательских монополий, фирм по производству звукозаписи и других обладателей авторских прав, протокол не вступил в силу. В результате компромисса на Парижской конференции (1971) в текст Бернской конвенции были включены некоторые правила, облегчающие распространение переводной литературы в учебных и научных целях в развивающихся странах, однако менее льготные, чем предусмотрены в протоколе.

Тенденция расширения объема защиты получила дальнейшее отражение в Соглашении ТРИПС. В Бернской конвенции были предусмотрены определенные изъятия из исключительных прав правообладателей. В Соглашении ТРИПС позиции правообладателя были усилены, поскольку предусматривается, что страны-участницы должны свести ограничения или исключения к определенным случаям, которые не

вступают в противоречие с нормальным использованием произведения и не нарушают законных интересов правообладателя.

В Соглашении ТРИПС предусмотрено, что страны-участницы будут применять материально-правовые нормы Бернской конвенции, за исключением положений о личных неимущественных правах (праве на авторство, неприкосновенности произведения). Таким образом, эти страны приняли на себя международно-правовые обязательства, предусмотренные Бернской конвенцией, не будучи членами Бернского союза. Кроме того, они приняли дополнительные обязательства, которые в Бернской конвенции не содержатся.

Авторы компьютерных программ и производители звукозаписи получили право разрешать или запрещать коммерческую аренду (сдавать в прокат) оригиналов или копий своих охраняемых произведений. Аналогичные исключительные права установлены и в отношении кинофильмов, так как сдача кинофильмов в прокат и в аренду на коммерческой основе привела к широкомасштабному копированию фильмов, а это наносит серьезный материальный ущерб и нарушает права на тиражирование продукции. Исполнители защищены от случаев несанкционированной звукозаписи, тиражирования и воспроизведения своих концертных исполнений на срок не менее 50 лет (борьба с незаконной торговлей звукозаписями). Производители звукозаписей обладают правами препятствовать тиражированию записей в течение 50 лет.

Срок охраны авторского права по Бернской конвенции составляет все время жизни автора и 50 лет после его смерти. Это в принципе минимальный срок, так как если по закону страны - участницы Союза, в которой предъявляется требование об охране, срок является более продолжительным, то применяется установленный в этой стране срок, однако он не может быть более продолжительным, чем срок действия авторского права, который установлен в стране, где произведение было впервые опубликовано.

Если в законодательстве соответствующей страны содержится правило о сравнении сроков охраны, оно будет применяться к охране произведений российских авторов. Это правило состоит в следующем: согласно п. 8 ст. 7 Конвенции срок определяется законом страны, в которой истребуется охрана; однако если законодательством этой страны не предусмотрено иное, этот срок не может превышать срок, установленный в стране происхождения произведения. Например, в Испании срок охраны произведений составляет период жизни автора и 60 лет после его смерти, однако произведения российских авторов могли охраняться лишь в течение 50 лет после смерти авторов, поскольку закон

РФ устанавливал до 2004 г. срок действия прав авторов в течение их жизни и 50 лет после их смерти.

Таким образом, увеличение срока действия авторского права до 70 лет после смерти автора обеспечило дополнительную охрану произведений российских авторов во многих странах мира. В то же время согласно п. 8 ст. 7 Бернской конвенции в законодательство РФ было введено правило следующего содержания: предоставление на территории РФ охраны произведению в соответствии с международными договорами РФ осуществляется в отношении произведений, не перешедших в общественное достояние в стране происхождения произведения вследствие истечения установленного в такой стране срока действия авторского права и не перешедших в общественное достояние в Российской Федерации вследствие истечения предусмотренного законом срока действия авторского права.

При предоставлении охраны произведению в соответствии с международными договорами РФ срок действия авторского права на территории РФ не может превышать срока действия авторского права, установленного в стране происхождения произведения.

Во многих странах (в частности, в странах ЕС, согласно директиве N 93/98 ЕЕС от 29 октября 1993 г., а также в США на основании Закона от 27 октября 1998 г.) он был увеличен до 70 лет.

2. Вторым основным многосторонним международным соглашением является Всемирная (Женевская) конвенция об авторском праве. Она была разработана под эгидой ЮНЕСКО и подписана на конференции в Женеве в 1952 г. В Конвенции участвуют 99 государств, причем ряд государств (в частности, страны Американского континента) не участвует в Бернской конвенции. Для СССР (РФ) Конвенция в первоначальной редакции действует с 27 мая 1973 г., в редакции 1971 г. - с 13 марта 1995 г.

Всемирная конвенция, как и Бернская, исходит из принципа национального режима, но в отличие от нее этот принцип играет здесь большую роль, поскольку Всемирная конвенция содержит немного материально-правовых норм, отсылая к внутреннему законодательству. Тем самым присоединение к Всемирной конвенции в меньшей степени требует внесения изменений во внутреннее законодательство. По своему содержанию она носит более универсальный характер, что делает возможным участие в ней стран с различным законодательством в области авторского права. Во Всемирной конвенции более широко представлены государства с различными системами авторского права, хотя большинство участников Бернской и Всемирной конвенций совпадает.

Основное правило Всемирной конвенции (правило о национальном режиме) содержится в ст. II. Эта статья (в ред. 1971 г.) гласит:

"1. Выпущенные в свет произведения граждан любого Договаривающегося Государства, равно как произведения, впервые выпущенные в свет на территории такого Государства, пользуются в каждом другом Договаривающемся Государстве охраной, которую такое Государство предоставляет произведениям своих граждан, впервые выпущенным в свет на его собственной территории, так же как и охраной, специально предоставленной настоящей конвенцией

2. Не выпущенные в свет произведения граждан каждого Договаривающегося Государства пользуются в каждом другом Договаривающемся Государстве охраной, которую это Государство предоставляет не выпущенным в свет произведениям своих граждан, так же как и охраной, специально предоставленной настоящей конвенцией

3. Для целей настоящей Конвенции любое Договаривающееся Государство может в порядке своего внутреннего законодательства приравнять к своим гражданам любых лиц, домицилированных на территории этого Государства".

Таким образом, Всемирная конвенция предусматривает охрану прав на опубликованные произведения для граждан государств, участвующих в ней, даже и в том случае, если произведение впервые было опубликовано на территории государства, не участвующего в ней.

В Конвенции указывается, что государства - ее участники обязаны принять все меры, необходимые для обеспечения "достаточной и эффективной охраны прав авторов и всех других обладателей авторских прав". В ней не раскрывается содержание авторских прав и нет исчерпывающего, замкнутого перечня охраняемых произведений. В ст. I содержится лишь примерный перечень литературных, научных и художественных произведений, в который входят "произведения письменные, музыкальные, драматические и кинематографические, произведения живописи, графики и скульптуры".

Существенной особенностью Всемирной конвенции являлось то, что в ней первоначально специально регулировалось только одно правомочие автора - право на перевод.

Согласно ст. V "Авторское право включает исключительное право автора переводить, выпускать в свет переводы и разрешать перевод и выпуск в свет переводов произведений, охраняемых на основании настоящей Конвенции". Практически наиболее важным является то, что обладатель авторского права в соответствии с Конвенцией имеет исключительное право на перевод или переиздание своего произведения. Нельзя в другой стране издать произведение без разрешения того издательства, которое впервые издало его, и без уплаты соответствующего вознаграждения. Таким образом, например, произведение А. Кристи

нельзя перевести во Франции без разрешения английского издательства, которое впервые его издало, и без уплаты соответствующего вознаграждения. Нужно заключить договор на его издание. Сказанное распространяется и на переиздания, поскольку действие авторского права уже не ограничивается территорией одного государства, а распространяется на все государства - участники Конвенции.

В тексте 1971 г. говорится о любых способах воспроизведения произведения, что означает, в частности, что охрана распространяется на радиовещание и телевидение. Кроме того, в текст 1971 г. была включена ст. IV bis, согласно которой государства-участники призваны соблюдать "основные права, обеспечивающие охрану имущественных интересов автора".

В то же время, согласно Всемирной конвенции, ни одно государство-участник не обязано обеспечивать охрану произведению в течение срока, более продолжительного, чем срок, установленный для произведения данной категории законом государства, в котором произведение было впервые выпущено в свет, но он не может быть короче периода, охватывающего время жизни автора и 25 лет после его смерти.

Выпуску произведения в свет в Конвенции посвящена специальная статья. Она сформулирована следующим образом: "Под "выпуском в свет" в смысле настоящей Конвенции следует понимать воспроизведение в какой-либо материальной форме и предоставление неопределенному кругу лиц экземпляров произведения для чтения или ознакомления путем зрительного восприятия". Отсюда следует, в частности, что музыкальное произведение будет считаться выпущенным в свет не в момент его исполнения, а в момент выхода из печати текста нот.

Всемирная конвенция имеет еще одну особенность. В ней предусматривается необходимость соблюдения определенных формальностей в отношении охраняемых произведений (помещение на произведениях знака авторского права, состоящего из специального символа, указания обладателя авторского права и года первого выпуска в свет). Эта особенность вызвана тем, что в США и в некоторых других странах Американского континента требуется выполнение различных формальностей (регистрация, депонирование произведений) как обязательное условие предоставления охраны, которые заменяются для произведений, охраняемых Конвенцией, помещением знака авторского права. В 1971 г. во Всемирную конвенцию было включено правило о воспроизведении, публичном исполнении и передаче произведений по радио.

Состав стран-участниц в обеих конвенциях в основном совпадает, если одни и те же государства участвуют в обеих конвенциях,

применяются положения Бернской конвенции, она пользуется приоритетом.

3. Одно из различий между Всемирной конвенцией и Бернской конвенцией состоит в том, что Всемирная конвенция не имеет обратной силы, а Бернская - имеет. Действие Всемирной конвенции определяется "моментом возникновения права на произведение", а Бернской конвенции - "моментом прекращения права" (В.А. Дозорцев).

Согласно п. 1 ст. 18 Бернской конвенции она применяется ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу не стали еще общественным достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны.

Каждая страна определяет для себя условия применения этого принципа. В Постановлении Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. было дано поручение Министерству иностранных дел РФ оформить присоединение России к Бернской конвенции, "уведомив при этом, что действие Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений не распространяется на произведения, которые на дату вступления этой Конвенции в силу для Российской Федерации уже являются на ее территории общественным достоянием".

Из этого можно сделать вывод о том, что в РФ стали охраняться те произведения иностранных авторов, которые ранее не пользовались в России охраной, если они не перешли еще в разряд общественного достояния вследствие истечения срока охраны.

В практическом плане это означает, что если произведение российского автора еще продолжает охраняться в России, то, хотя бы оно и было выпущено в свет до 13 марта 1995 г., с даты присоединения РФ к Бернской конвенции оно стало охраняться во всех странах Бернского союза.

Соответственно, на территории Российской Федерации с 13 марта 1995 г. должны охраняться произведения иностранных авторов, которые ранее правовой охраной не пользовались, при условии, однако, что они не перешли еще в разряд общественного достояния вследствие истечения срока охраны в стране происхождения.

В силу перехода произведения в общественное достояние оно может использоваться любым лицом без какого-либо разрешения и без выплаты авторского вознаграждения. При этом, конечно, должно быть соблюдено право авторства и неприкосновенность произведения.

В российской литературе (А.П. Сергеев) отмечалось, что вопрос о так называемой обратной силе Бернской конвенции является достаточно сложным и продолжает вызывать споры среди специалистов. Поскольку Российская Федерация присоединилась к Бернской конвенции лишь в

1995 г., данный вопрос приобрел особую актуальность. Казалось бы, в п. 2 ст. 18 Бернской конвенции содержится достаточно ясное положение, а именно указывается на то, что "если вследствие истечения ранее предоставленного произведению срока охраны оно стало уже общественным достоянием в стране, в которой истребуется охрана, то охрана этого произведения не возобновляется". Указанное правило не вызывало никаких вопросов и разночтений до тех пор, пока к Бернской конвенции не присоединились США, заявившие о неприменении правила об обратной силе. В последующем указанная оговорка была США снята, однако прецедент возможного отхода от принципа обратной силы Бернской конвенции был создан. При присоединении России к Бернской конвенции Правительство РФ заявило, что действие данной Конвенции не распространяется на произведения, которые на дату ее вступления в силу для Российской Федерации (13 марта 1995 г.) уже являлись на ее территории общественным достоянием. Подобное заявление расходится с требованиями п. 1 ст. 30 Бернской конвенции, которые допускают делать оговорки лишь в строго определенных в нем случаях. Поскольку ст. 18 Конвенции эти случаи не охватывает, любые оговорки о неприменении обратной силы Бернской конвенции не имеют необходимой правовой базы. Поэтому, по мнению А.П. Сергеева, на территории России должны охраняться все произведения иностранных авторов из стран Бернского союза, если только они еще не перешли в общественное достояние вследствие истечения сроков охраны в самих этих странах.

4. Таким образом, для охраны авторских прав иностранцев в России решающее значение имеет то обстоятельство, было ли его произведение опубликовано в стране, с которой имеется международный договор, независимо от того, является ли автор гражданином этой страны. Важно, чтобы произведение было опубликовано в стране - участнице такого договора. Согласно Закону РФ от 9 июля 1993 г. "Об авторском праве и смежных правах" авторское право распространяется также на произведения, обнародованные либо не обнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме на территории России, независимо от гражданства авторов и их правопреемников.

Кроме того, авторское право признается за авторами - гражданами РФ и их правопреемниками в отношении произведений, обнародованных либо не обнародованных, но находящихся в какой-либо объективной форме за пределами России.

При предоставлении на территории России охраны произведению в соответствии с международными договорами РФ автор произведения определяется по закону государства, на территории которого имел место

юридический факт, послуживший основанием для обладания авторским правом.

В отношении произведений иностранных авторов, впервые выпущенных в свет за границей, можно говорить о двух группах произведений.

К первой группе относятся произведения, охраняемые в силу положений многосторонних соглашений. Охраняемыми являются также произведения, на которые распространяется действие заключенных Россией двусторонних соглашений о взаимной охране авторских прав. Такие соглашения были заключены ранее с Венгрией, Польшей, Австрией, Швецией, КНР и другими странами.

К произведениям второй группы относятся те, на которые не распространяются многосторонние конвенции или двусторонние соглашения с другими государствами о взаимной охране авторских прав. В отношении произведений этой группы действует режим неохранных произведений.

Автор такого произведения не имеет права требовать, например, уплаты вознаграждения за издание его произведения на территории России. Это не значит, однако, что в данном случае в России фактически не соблюдаются личные права иностранных авторов (право на имя и на неприкосновенность произведения).

Если произведение относится к первой группе, то его режим будет определяться как правилами международного соглашения, так и правилами нашего внутреннего законодательства. Согласно ст. 16 Закона об авторском праве 1993 г. автору принадлежат исключительные права на использованные произведения в любой форме и любым способом. Из этого следует, в частности, что перевод на другой язык другими лицами допускается не иначе как с согласия автора или его правопреемников, т.е. без согласия иностранного обладателя авторских прав произведение не может быть переведено и издано в России. Без согласия этого обладателя не могут быть произведены сокращения или какие-либо иные изменения. Различные виды использования произведения (исполнение драматического произведения, передача по радио и телевидению перевода произведения, не опубликованного в РФ, и т.п.) возможны лишь с согласия обладателя этого права.

За исключением случаев, когда в международном соглашении предусмотрены материально-правовые нормы, к произведениям такого рода будут применяться в силу принципа национального режима правила нашего законодательства в области авторского права.

Поскольку использование произведения, в том числе перевод произведения на другой язык, допускается на основании договора,

заключаемого с автором или его правопреемником, иностранный автор или его правопреемник может заключать договоры об издании его произведения в России.

Законодательство исходит из того, что такие договоры могут быть двух основных типов. Во-первых, авторский договор о передаче исключительных прав и, во-вторых, авторский договор о передаче неисключительных прав.

5. Наряду с охраной авторских прав большое значение в современных условиях приобрела охрана так называемых смежных прав, под которыми понимаются права исполнителей, производителей фонограмм, организаций эфирного и кабельного вещания.

Предоставление на территории РФ охраны объектам смежных прав иностранных физических и юридических лиц на основании международных договоров РФ осуществляется в отношении исполнения фонограммы, передачи в эфир, передачи по кабелю, не перешедших в общественное достояние в стране их происхождения вследствие истечения установленного в такой стране срока действия смежных прав и не перешедших в общественное достояние в Российской Федерации вследствие истечения предусмотренного Законом об авторском праве и смежных правах срока действия смежных прав.

Сроки, предусмотренные Федеральным законом от 20 июля 2004 г. (70 лет после смерти автора), применяются во всех случаях, если 50-летний срок действия авторского права не истек на день вступления в силу этого Закона (т.е. со дня его опубликования). Основным международным договором в этой области, в котором с 13 марта 1995 г. участвует РФ, является Женевская конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизведения их фонограмм 1971 г. В ней участвуют 65 государств: Австрия, Великобритания, Испания, Италия, США, Нидерланды, ФРГ, Франция, Швеция, Япония, Эстония, Латвия, Литва, Молдавия, Украина и др. Согласно ст. 2 Конвенции иностранным фонограммам на территории РФ обеспечивается охрана от воспроизведения и импорта копий фонограмм. Конвенция не распространяется на иностранные фонограммы, записанные до 13 марта 1995 г.

Наряду с Женевской конвенцией об охране производителей фонограмм 1971 г. действует еще Римская конвенция об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и организаций вещания 1961 г. Принципиальная готовность России подписать эту Конвенцию неоднократно подтверждалась, в частности, в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве 1994 г. (принятие Закона об авторском праве и смежных правах 1993 г. сделало присоединение возможным).

Российская Федерация участвует в этой Конвенции с 26 мая 2003 г. Римская конвенция направлена на согласование интересов обладателей охраняемых смежных прав, которые сталкиваются при создании определенных произведений. Как и большинство международных конвенций в области охраны интеллектуальной собственности, она исходит, в принципе, из предоставления зарубежным обладателям смежных прав национального режима той страны, где испрашивается охрана. Государство-участник обязано также обеспечить на территории своей страны минимальный уровень охраны смежных прав, предусмотренный Конвенцией. Причем для каждой категории смежных прав определены критерии предоставления охраны и минимальный объем предоставляемых прав. Например, каждое государство-участник обязано предоставить охрану зарубежным артистам-исполнителям при соблюдении следующих условий: исполнение имело место в другом договаривающемся государстве; исполнение записано на охраняемой фонограмме или (не будучи записанным на фонограмме) распространяется путем охраняемой передачи в эфир. Предоставляемая артистам-исполнителям охрана предусматривает право воспрепятствовать передаче их исполнения в эфир или публичному сообщению, записи исполнения и воспроизведению записи, если они осуществлены без согласия исполнителя, за установленными исключениями. Условия охраны и объем охраны определены также для зарубежных производителей фонограмм и организации вещания (Л.А. Трахтенгерц).

Минимальный срок действия охраны, установленный Конвенцией, - 20 лет. Этот срок исчисляется с конца года, в котором была осуществлена запись исполнения, включенного в фонограмму, или исполнялось произведение, не записанное на фонограмму, или прозвучала передача в эфире. В Римской конвенции участвуют 68 государств - Австрия, Великобритания, Испания, Италия, ФРГ, Латвия, Литва, Эстония, Молдавия и др.

Основные положения Римской конвенции 1961 г. и Женевской конвенции 1971 г. воспроизведены в Договоре ВОИС по авторскому праву 1996 г. и в Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г.

6. Что же касается охраны и использования произведений отечественных авторов за границей, то следует иметь в виду, что в подавляющем большинстве государств авторские права иностранных граждан признаются лишь при участии этих государств в международных соглашениях или на началах взаимности. В странах - участницах Всемирной конвенции об авторском праве охрана предоставляется произведениям российских авторов, опубликованным впервые в нашей стране после 27 мая 1973 г.

Что касается произведений российских авторов, подпадающих под действие Всемирной конвенции в редакции 1971 г., то охрана предоставляется лишь в отношении произведений, впервые выпущенных в свет после 12 марта 1995 г.

На всех издаваемых в СССР и России произведениях после присоединения СССР к Всемирной конвенции 1952 г. стал ставиться знак охраны авторского права.

После присоединения России к Бернской конвенции расширился круг стран, в которых начали охраняться произведения российских авторов и условия такой охраны стали более единообразными.

Автор может передать право на использование своего произведения как на территории РФ, так и за рубежом любым гражданам и юридическим лицам, в том числе иностранным. Содействие обладателям прав путем оказания им консультационных услуг и правовой помощи по охране авторских и смежных прав за рубежом осуществляют любые организации и фирмы. Автор вправе сам заключать договоры с иностранными фирмами, он может обращаться и к любым другим отечественным и зарубежным литературным, музыкальным и иным агентствам и заключать договоры с их помощью.

Сейчас заниматься такого рода посреднической деятельностью могут практически любые российские организации при условии, что эта деятельность соответствует их уставной правоспособности. За свои услуги по заключению экспортных и импортных договоров в области авторских прав они получают комиссионное вознаграждение, размер которого определяется в договорах с авторами и иными правообладателями. В литературе (А.П. Сергеев) обращалось внимание на то, что действующее российское авторское законодательство вообще не устанавливает каких-либо ограничений или дополнительных условий для передачи прав на использование произведений российских авторов иностранным пользователям. Договоры с ними заключаются в общем порядке и могут подчиняться по выбору сторон российскому или иностранному законодательству. При отсутствии соглашения о подлежащем применению праве применяется российское законодательство в соответствии с правилом, по которому применяется право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания авторского договора.

Размер вознаграждения за использование произведений российских авторов за рубежом определяется авторским договором.

7. Особую актуальность в последние годы приобрели вопросы авторского права, связанные с созданием новых технологий, прежде всего

Интернета. Интернет не только создал неограниченные возможности передачи текста, звука и видеозаписи, но и привел к опасным для авторов и иных правообладателей, независимо от места их нахождения, возможностям нарушения их прав.

Попытка решить некоторые вопросы использования цифровых технологий была сделана в Договоре ВОИС по авторскому праву 1996 г., Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г., а также в Директивах, принятых в рамках ЕС в области авторского права и смежных прав. Охрана компьютерных программ как литературных произведений в смысле ст. 2 Бернской конвенции была распространена на программы независимо от способа или формы их выражения. Установлены правила, касающиеся компиляции данных (базы данных) и права на коммерческий прокат компьютерных программ, кинематографических произведений; произведений, воплощенных в фонограммах.

В этих документах, а также в разрабатываемом договоре (протоколе) ВОИС по аудиовизуальным исполнениям было применено понятие "доведение до всеобщего сведения", которое наиболее точно отражает особенности использования охраняемых объектов в новой технологической среде. Так, в ст. 8 Договора ВОИС по авторскому праву 1996 г. предусмотрено, что авторы произведений пользуются исключительным правом разрешить "любое сообщение своих произведений для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору". Тем самым охватывается, в частности, интерактивное сообщение по запросу через систему Интернет.

В заявлении, сделанном в отношении ст. 10 Договора ВОИС по авторскому праву 1996 г., отмечалось, что государства имеют право переносить и распространять на цифровую среду ограничения и исключения, которые действуют в отношении "классических" произведений. В 1989 г. был заключен Договор ВОИС о международной регистрации аудиовизуальных произведений.

В соответствии с Директивами ЕС государства - члены ЕС обязались инкорпорировать в свое национальное право содержание нескольких директив: по компьютерным программам (1991), смежным правам (1992), правам на аренду (прокат), спутниковому телевидению и кабельной ретрансляции (1993), правовой охране баз данных (1996).

В феврале 2001 г. после длительного согласования была принята директива ЕС, которая предусматривает защиту авторских прав на размещенные в Интернете литературные и музыкальные произведения, а

также фильмы. Государствам - членам ЕС предоставлена возможность использовать различные исключения, предусмотренные в этом документе.

8. Как и в ряде других государств, в России в последние годы большую остроту приобрела проблема борьбы с так называемым пиратством в области интеллектуальной собственности. Особенно широко распространено видеопиратство, что затрагивает законные интересы как иностранных, так и отечественных обладателей авторских и смежных прав.

В отличие от Бернской конвенции в Соглашении ТРИПС уделено большое внимание обеспечению эффективности охраны правообладателей, поскольку главной целью создателей этого Соглашения было установление конкретных мер для преодоления так называемой пиратской практики. Был установлен ряд правил процессуального характера, таможенных и иных мер по борьбе с пиратством. Предусмотрено принятие судами предварительных мер, арест товаров, изготовленных без разрешения обладателей авторских прав.

Первоначально в России была установлена административная и иная ответственность за продажу, сдачу в прокат и иное незаконное использование экземпляров произведений и фонограмм, однако эти и иные меры борьбы с нарушениями авторских и смежных прав не получили еще широкого применения. Законом от 8 апреля 2003 г. о внесении изменений в УК РФ было установлено, что "пиратов" будут наказывать не только за нанесение ущерба правообладателю, но и за сам факт использования контрафактной продукции, в том числе за "приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта".

В ст. 49.1 Закона (в ред. от 20 июля 2004 г.) был введен ряд гражданско-правовых способов защиты авторского права и смежных прав. В соответствии с указанной статьей контрафактные экземпляры произведений или фонограмм, а также материалы и оборудование, используемые для воспроизведения контрафактных экземпляров или фонограмм, и иные орудия совершения правонарушения подлежат конфискации в судебном порядке в соответствии с законодательством РФ. Конфискованные контрафактные экземпляры произведений или фонограмм подлежат уничтожению, за исключением случаев их передачи обладателю авторских прав или смежных прав по его просьбе.

Встречались и другие нарушения прав авторов, относящиеся непосредственно к сфере международного частного права. Можно привести такой пример из практики.

В течение нескольких лет предметом рассмотрения российского Антимонопольного комитета, других государственных органов и судов

был договор от 22 января 1992 г., заключенный тогдашней компанией "Останкино" и американской корпорацией об использовании хранящегося в архивах "Останкино" фонда аудио - и видеопроизведений. Этим договором американской корпорации были предоставлены исключительные права на использование архивных записей, хотя это в большинстве случаев нарушало права наследников композиторов и артистов-исполнителей.

9. Следует остановиться на договорных отношениях между Россией и другими государствами, входившими ранее в состав СССР.

С целью обеспечения признания и охраны авторских прав в отношениях между странами СНГ с некоторыми из них были заключены двусторонние соглашения. 24 сентября 1993 г. страны - участницы СНГ заключили многостороннее Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав. В нем участвует 12 государств, в том числе Россия. Соглашение вступило в силу в мае 1995 г. Взаимные интересы охраны авторского права и смежных прав сделали необходимым достижение договоренности между этими государствами о том, что они будут обеспечивать выполнение на своих территориях международных обязательств, вытекающих из участия бывшего Союза ССР во Всемирной конвенции об авторском праве (в ред. 1952 г.), исходя из того, что дата вступления в силу этой Конвенции для СССР (27 мая 1973 г.) является датой, с которой каждое такое государство будет считать себя связанным ее положениями.

Что же касается отношений между собой, то эти государства, как это предусмотрено в Соглашении 1993 г., будут применять Всемирную конвенцию как к произведениям, созданным после 27 мая 1973 г., так и к произведениям, охранявшимся по законодательству этих государств до этой даты, на тех же условиях, которые установлены национальным законодательством в отношении своих авторов.

В ст. 3 Соглашения 1993 г. содержалось обязательство государств-участников предпринять необходимые меры для разработки и принятия законопроектов, обеспечивающих охрану авторского права и смежных прав на уровне требований Бернской, Женевской и Римской конвенций, о которых говорилось выше. В дальнейшем ряд этих государств присоединился к этим универсальным конвенциям.

6 марта 1998 г. в Москве государствами - участниками СНГ было заключено Соглашение о сотрудничестве по пресечению правонарушений в области интеллектуальной собственности. Согласно ст. 3 этого Соглашения каждая сторона вправе на основе взаимности предоставить физическим и юридическим лицам других сторон режим не менее

благоприятный, чем своим физическим и юридическим лицам в отношении защиты прав на интеллектуальную собственность.

Практическое же решение вопросов осуществления в новых условиях взаимной охраны прав авторов, проживающих на территории России и любого другого государства, входившего ранее в СССР, может быть обеспечено путем заключения соглашений между РАО (Российским авторским обществом) и аналогичными авторско-правовыми организациями (обществами) этих государств. Такое сотрудничество может прежде всего состоять в том, что эти организации примут на себя обязательство обеспечивать в соответствии с действующим законодательством на территории их деятельности взаимный сбор, распределение и перечисление авторского вознаграждения, причитающегося авторам другой страны, во всех случаях управления правами авторов на коллективной основе: публичное исполнение произведений, тиражирование грампластинок и магнитозаписей, использование произведений изобразительного и декоративно-прикладного искусства, а также получение дополнительного вознаграждения за кино- и телефильмы, издание произведений (сбор вознаграждения для наследников авторов).

На значение решения вопросов охраны авторских прав и других вопросов охраны интеллектуальной собственности было обращено внимание в Уставе СНГ. В этом документе в перечень основных направлений сотрудничества вошла "правовая охрана интеллектуальной собственности". Между отдельными государствами СНГ были заключены двусторонние соглашения (например, соглашение между Россией и Арменией 1993 г.).

3. Патентное право

Охрана изобретений во всем мире осуществляется на основе норм патентного права. В отношении изобретений территориальный характер соответствующих прав проявляется еще более ярко, чем в отношении произведений литературы и искусства. Технические достижения признаются в качестве изобретений только в результате принятия решения патентным ведомством; в России - Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатент), и права на изобретения возникают у какого-либо лица лишь в случае выдачи ему охранного документа (патента). Такой документ действует только на территории государства, в котором он был выдан. Поэтому для приобретения права на это изобретение в другом государстве

требуется подача заявки и самостоятельная выдача патента или иного охранного документа в этом иностранном государстве.

Признание предложения изобретением и выдача патента осуществляются в каждом государстве на основе норм его внутреннего законодательства. К изобретению предъявляется требование новизны, а в ряде стран - также требование полезности. Предложенное решение должно быть новым, т.е. не известным ранее во всем мире (так называемая мировая новизна) или в данной стране (локальная новизна). Новизна устанавливается путем проведения специальной экспертизы на новизну (прежде всего по патентной и научно-технической литературе).

Охрана осуществляется путем выдачи патента на изобретение (имеются различные виды патентов).

Обычно в случае выдачи патента исключительное право на изобретение предоставляется патентообладателю, в качестве которого чаще всего выступают крупные фирмы. Имея патент, патентообладатель может разрешить кому-либо использовать это изобретение, использовать его сам или вообще никому его не предоставлять для использования. Без согласия патентообладателя изобретение не может быть использовано. Если кто-либо сделает это, т.е. нарушит патент, то по решению суда с нарушителя можно будет взыскать убытки, связанные с нарушением патента, и наложить арест на изделие, созданное с использованием патента, например при ввозе его в страну.

В последние годы российские изобретатели и патентообладатели стали проявлять большую активность в отношении защиты своих прав. Приведем пример.

Российская патентно-лицензионная фирма "Транстехнология" в 1997 г. обратилась по поручению изобретателя Ю. Арутюнова из подмосковного г. Жуковский с иском в России и в США (в обеих странах были выданы патенты) к группе "Мулинекс" по поводу нарушения патентных прав, поскольку попытки урегулировать спор путем заключения лицензионного соглашения оказались безуспешными.

Чтобы вывозимые из России товары не нарушали патентов третьих лиц, они должны обладать так называемой патентной чистотой. Это значит, что, перед тем как поставить изделие, представить экспонат на выставку или вывезти его за границу, перед тем как передать техническую документацию, нужно проверить, обладает ли изделие патентной чистотой, т.е. не подпадает ли оно под действие патентов, принадлежащих третьим лицам. Это устанавливается путем проведения экспертизы на патентную чистоту. Если будет установлено, что изделие не обладает патентной чистотой, придется либо отказаться от его поставки, либо изменить соответствующие технические решения, либо купить лицензию

у патентообладателя, т.е. получить разрешение на использование изобретения (см. § 5 этой главы).

2. В России право на изобретение охраняется государством и удостоверяется патентом. Изобретению предоставляется правовая охрана, если оно является новым, промышленно применимым, имеет изобретательский уровень (ст. 4 Патентного закона РФ от 23 сентября 1992 г. в ред. от 7 февраля 2003 г.). Патент на изобретение удостоверяет авторство на изобретение, приоритет изобретения и исключительное право на изобретение. Патент выдается автору изобретения; работодателю в случаях, предусмотренных законом, и их правопреемникам.

Патентный закон РФ предусматривает, что иностранные физические и юридические лица пользуются правами, предусмотренными этим Законом, наравне с физическими и юридическими лицами Российской Федерации в силу международных договоров Российской Федерации или на основе принципа взаимности (ст. 36).

Физические лица, постоянно проживающие за границей, или иностранные юридические лица либо их патентные поверенные ведут в РФ дела по получению патентов на изобретения и по поддержанию их в силе через патентных поверенных, зарегистрированных в Федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. При получении патента и ежегодно в течение срока его действия (20 лет) взимаются специальные патентные пошлины.

Выдача охранных документов иностранцам производится таким же образом, как и российским гражданам.

Объем прав иностранца, получившего патент в РФ, полностью определяется российским правом. Так, при выдаче патента в соответствии с правилами законодательства патентообладателю-иностранцу предоставляется исключительное право на изобретение, и без его согласия никто не может использовать изобретение.

Лицо, нарушившее исключительное право патентовладельца, обязано прекратить нарушение и возместить причиненный ущерб в порядке, предусмотренном гражданским законодательством.

Аналогичные правила установлены в РФ в отношении полезных моделей и промышленных образцов.

В ряде правил нашего законодательства нашел отражение факт участия России в Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. и в других международных соглашениях в этой области.

3. Основным международным соглашением, регулирующим вопросы охраны прав на изобретения и товарные знаки, является Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Главная цель

Конвенции состоит в создании более льготных условий для патентования изобретений организациями и гражданами одних государств в других. В Конвенции участвуют 163 государства, в том числе Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан, Туркмения, Украина, а также Латвия, Литва, Эстония. Наша страна участвует в Конвенции с 1965 г.

Парижская конвенция не предусматривает создания международного патента, который, будучи выдан в одной стране - участнице Конвенции, действовал бы во всех других странах. В любой другой стране изобретение может свободно использоваться без выплаты вознаграждения, если оно там не запатентовано.

Одним из основных принципов Парижской конвенции является принцип национального режима. Конвенция предусматривает предоставление гражданам и фирмам любой страны - ее участницы такой же охраны промышленной собственности, какая предоставляется или будет предоставляться в будущем своим гражданам законодательством данного государства (ст. 2).

Практически наиболее важным правилом Парижской конвенции является правило о конвенционном приоритете. Введение правила о приоритете в Конвенцию объясняется следующим: патент получает тот, кто первым подал заявку на изобретение. Первенство в подаче заявки обеспечивает новизну изобретения, которая является необходимым условием выдачи патента. При патентовании изобретения за границей вопрос о новизне осложняется тем, что изобретение, уже запатентованное в одном государстве, не является "новым" и, следовательно, непатентоспособно в другой стране. Запатентовать же изобретение одновременно в ряде государств - задача очень сложная. Положение облегчается для заявителей из стран - участниц Конвенции. Лицо, подавшее заявку на изобретение в одном из государств-участников, в течение 12 месяцев с даты подачи первой заявки пользуется для подачи заявки в других государствах-участниках правом приоритета (ст. 4). Публикация о таком изобретении, подача заявки на него третьим лицом в течение этого срока - эти и подобные им обстоятельства не мешают выдаче патента, поскольку приоритет и новизна будут определяться в другой стране не на день фактической подачи заявки в другой стране, а на момент подачи первой заявки. Так, при подаче иностранцем заявки в России приоритет изобретения может устанавливаться по дате подачи первой заявки на изобретение в зарубежных странах (конвенционный приоритет), если заявка на изобретение поступила в наше патентное ведомство в течение 12 месяцев с даты подачи первой заявки в зарубежной стране - участнице Парижской конвенции по охране

промышленной собственности. (Подробные правила по этим вопросам установлены в ст. 19 Патентного закона РФ в ред. от 7 февраля 2003 г.)

В Парижской конвенции 1883 г. имеются лишь отдельные материально-правовые нормы по вопросам охраны изобретений (об обязательном осуществлении изобретений, о возможном использовании запатентованных устройств на кораблях и иных транспортных средствах).

4. В условиях развития патентования изобретений правила Парижской конвенции во многом стали недостаточными, особенно для стран, которые производят зарубежное патентование в широких масштабах. Более половины общего числа заявок на изобретения, подаваемых во всех странах мира, дублируется, поскольку заявки подаются на одни и те же изобретения, но в разные страны. Возникла потребность в углублении международного сотрудничества в этой области. В результате большой подготовительной работы 19 июня 1970 г. в Вашингтоне было заключено другое многостороннее соглашение - Договор о патентной кооперации (РСТ). В 1973 г. Договор вступил в силу. В нем участвует 116 государств. СССР ратифицировал договор в 1977 г. Договор действует для Азербайджана, Белоруссии, Грузии, Казахстана, Киргизии, Молдавии, России, Узбекистана, Украины, а также Латвии, Литвы и Эстонии.

Договор о патентной кооперации предусматривает возможность составления и подачи так называемой международной заявки. По такой заявке проводится поиск по выявлению предшествующего уровня техники, что имеет существенное значение для получения патентов. В дальнейшем такой поиск может быть проведен в одном из "международных поисковых органов". Одним из этих органов является российское патентное ведомство. Такой орган проводит документальный поиск по материалам заявок, облегчающий затем проведение экспертизы в национальных ведомствах стран, куда подается заявка для патентования.

По желанию заявителя поисковый орган может не ограничиться проведением такого поиска, а осуществить и международную предварительную экспертизу. Выводы экспертизы сообщаются национальным ведомствам тех стран, где заявитель хочет обеспечить охрану. Если выводы экспертов не будут противоречить требованиям национального законодательства, национальные ведомства вынесут решение о выдаче патента.

Таким образом, хотя Договор о патентной кооперации, как и Парижская конвенция, не вводит единый международный патент, он содержит в себе определенные элементы, дальнейшее развитие которых может привести к созданию такого патента. Реализация этого договора

уменьшает затраты труда и средств при проведении зарубежного патентования, делает его более оперативным.

5. В ходе переговоров по заключению ТРИПС серьезные разногласия возникли в отношении введения патентной охраны на медикаменты и продукты питания. В заключенном соглашении было определено исключительное право патентообладателя как в отношении патента на изделие (продукт), так и на способ его изготовления. Если предметом патента является способ, третьим лицам может быть запрещено использование этого способа, предложение к продаже, продажа или импорт. Следует особо обратить внимание на то, что действие патента, выданного на способ, распространяется на изделие, полученное посредством применения такого способа. В случае рассмотрения спора в суде, согласно ТРИПС, суд может возложить на ответчика бремя доказывания того обстоятельства, что способ изготовления идентичного продукта отличается от запатентованного способа.

Важным шагом на пути к гармонизации национального законодательства в области правовой охраны изобретений явилось подписание 1 июня 2000 г. Договора о патентном праве. Договор подписали 47 государств (Франция, Великобритания, США, Киргизия, Молдавия, Латвия, Эстония и др.).

Унификация законодательств об изобретениях, а тем самым и создание единого патента предусмотрены отдельными региональными соглашениями. Так, создание европейского патента предусмотрено Конвенцией о выдаче европейских патентов, подписанной на конференции в Мюнхене в 1973 г. (Европейская патентная конвенция), а создание единого патента для стран Общего рынка - Люксембургской конвенцией о европейском патенте для Общего рынка 1975 г. В Мюнхене функционирует Европейское патентное ведомство.

6. Десять государств СНГ 9 сентября 1994 г. подписали Евразийскую патентную конвенцию (она действует для Азербайджана, Армении, Белоруссии, Грузии, Казахстана, Киргизии, Молдавии, России, Таджикистана, Украины). Согласно Конвенции была учреждена Евразийская патентная организация. Органами Организации являются Административный совет и Евразийское патентное ведомство. Штаб-квартира Организации находится в Москве. Официальный язык Организации - русский. Конвенция содержит материальные нормы патентного права. Евразийское ведомство выдает евразийские патенты на изобретения, которые являются новыми, имеют изобретательский уровень и промышленно применимы. Право приоритета, согласно ст. 8 Евразийской конвенции 1994 г., признается в соответствии с Парижской конвенцией по охране промышленной собственности. В Конвенции 1994

г. определяются исключительные права патентообладателя, объем правовой охраны, срок действия евразийского патента (20 лет с даты подачи евразийской заявки) и т.д.

Наряду с этим в Конвенции 1994 г. содержатся процедурные нормы, касающиеся подачи евразийской заявки и выдачи евразийского патента. Заявители из государств-участников подают евразийские заявки через национальное патентное ведомство данной страны, если это предусмотрено ее законодательством. Заявка может подаваться и непосредственно в Евразийское патентное ведомство. Конвенция 1994 г. исходит из так называемой системы отсроченной экспертизы. По ходатайству заявителя, которое должно быть подано в Евразийское патентное ведомство по истечении шести месяцев с даты публикации отчета о поиске, ведомство проводит экспертизу заявки по существу. В рамках Евразийской патентной системы применяется Договор о патентной кооперации.

Евразийский патент действует на территории всех государств - участников Конвенции с даты его публикации.

В соответствии с Конвенцией при создании евразийской патентной системы сохраняется независимость национальных систем, право любого государства-участника выдавать национальные патенты не затрагивается.

Существование евразийской патентной системы создало большие преимущества для заявителей из любой страны СНГ и из третьих стран: они могут в будущем не подавать заявки на получение патента в каждой отдельной стране, а путем подачи одной заявки на русском языке в Москве и уплаты одной пошлины обеспечить патентную охрану во всех государствах - участниках Конвенции.

Рассмотрение евразийской заявки на изобретение, имеющей в соответствии с Евразийской патентной конвенцией силу предусмотренной российским патентным законом заявки на изобретение, осуществляется начиная с даты, когда федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности получена от Евразийского патентного ведомства заверенная копия евразийской заявки.

В случае если евразийский патент и патент Российской Федерации на идентичные изобретения или идентичные изобретение и полезную модель, имеющие одну и ту же дату приоритета, принадлежат разным патентообладателям, такие изобретения или изобретение и полезная модель могут использоваться только с соблюдением прав всех их патентообладателей.

В случае если евразийский патент и патент Российской Федерации на идентичные изобретения (или идентичные изобретение и полезную модель), имеющие одну и ту же дату приоритета, принадлежат одному и

тому же лицу, это лицо может предоставить любому лицу право на использование таких изобретений или изобретения и полезной модели в соответствии с лицензионным договором, заключенным на основе этих патентов (ст. 37.1 и 37.2 Патентного закона в ред. от 7 февраля 2003 г.).

7. Патентование отечественных изобретений за границей производится прежде всего для обеспечения экономических интересов за рубежом. Одной из целей патентования за границей является обеспечение промышленного экспорта, т.е. охрана экспорта при вывозе отечественных промышленных товаров, поставке оборудования за границу, строительстве предприятий на основе нашей документации и при техническом содействии со стороны наших организаций.

Другая цель патентования за границей - обеспечение наилучших условий продажи лицензий иностранным фирмам на право использования отечественных изобретений. Патентование с этой целью производится в тех случаях, когда изделия, в производстве которых используются изобретения, обладают высокими технико-экономическими показателями и можно предполагать спрос на лицензии со стороны иностранных фирм или когда уже есть предложения о покупке лицензий на эти изобретения.

Важное значение имеет патентование изобретений, производимое при осуществлении научно-технического сотрудничества, для охраны результатов совместных исследований и разработок.

Патентование может осуществляться и для защиты в случае необходимости изобретений, используемых в изделиях, выставляемых на международных выставках и ярмарках.

Подача за границу заявки на изобретение, созданное в России, целесообразна, как правило, после того, как это изобретение будет заявлено в России. Патентование в зарубежных странах изобретений, созданных в России, осуществляется, как правило, по истечении шести месяцев с даты подачи заявки в наше ведомство (п. 1 ст. 35 Патентного закона РФ в ред. от 7 февраля 2003 г.).

Патентование в соответствии с Договором о патентной кооперации или Евразийской патентной конвенцией изобретения, созданного в Российской Федерации, допускается без предварительной подачи соответствующей заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, если заявка в соответствии с Договором о патентной кооперации (международная заявка) подана в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности как в получающее ведомство и в ней указана Российская Федерация в качестве государства, в котором заявитель намерен получить патент, а евразийская заявка подана через федеральный орган исполнительной власти по

интеллектуальной собственности (п. 2 ст. 35 Патентного закона в ред. от 7 февраля 2003 г.).

Оформление заявочных материалов для получения заграничного патента - сложный процесс. Патент за границей испрашивается на имя предприятия (организации) или же на имя действительного автора (авторов) изобретения, причем и в заявке, и в патенте указывается имя действительного изобретателя. Таким образом, личные права изобретателя охраняются и при патентовании за границей. Патент может быть получен и на имя правопреемника, т.е. лица, которому автор передал соответствующие права.

Изобретения патентуются за границей с соблюдением требований законов той страны, в которой испрашивается охрана. Во многих государствах заявки необходимо подавать через патентного поверенного. Такими патентными поверенными являются специальные конторы, специальные фирмы.

В связи с принятием Патентного закона СССР 1990 г., а затем Патентного закона РФ 1992 г. система охраны изобретений в нашей стране путем выдачи авторских свидетельств была заменена системой выдачи патентов. В связи с введением в действие Патентного закона РФ были приняты переходные правила. На практике возник вопрос о том, затрагивает ли Патентный закон РФ 1992 г. и эти правила, права и обязанности российских граждан, получивших зарубежные патенты. Возник также вопрос о том, какое значение при патентовании изобретений за границей имеет служебный характер, т.е. то, что изобретение было сделано в период работы авторов на государственном предприятии "по служебному заданию" за счет средств государства.

Поскольку актуальность этих проблем полностью сохраняется и в современных условиях, приведем одно из наиболее характерных дел, бывших предметом рассмотрения ряда судов.

Акционерное общество с ограниченной ответственностью "Кирово-Чепецкий химкомбинат им. Б. Константинова" предъявило иск к четырем лицам об установлении патентообладателя и об уступке прав на патент Японии и Европейский патент. Оба патента были выданы на имя группы авторов, в число которых входят ответчики, на изобретение "Протез клапана сердца", защищенное в России несколькими авторскими свидетельствами.

Искусственный клапан сердца был разработан в ходе совместных исследований, проводимых тремя организациями: предприятием в Кирово-Чепецке, Харьковским физико-техническим институтом и Всесоюзным центром хирургии АМН СССР. В период с 1982 по 1990 г. организациями-разработчиками были поданы заявки в Госкомизобретений

СССР и получены авторские свидетельства на имя 12 авторов изобретений, работавших тогда в этих организациях.

В 1988 г. на основании советских заявок в установленном порядке (по решению Госкомизобретений СССР) на имя авторов были поданы заявки в патентное ведомство Японии и Европейское патентное ведомство на изобретение "Протез клапана сердца". В 1994 г. по этим заявкам были получены патент Японии N 1852243 и Европейский патент N 0403649.

Подготовка заявочных материалов и выполнение других мероприятий по патентованию решением Госкомизобретений СССР были возложены на предприятие, которое в июне 1994 г. преобразовано в АО "Кирово-Чепецкий химкомбинат им. Б. Константинова".

По мнению истца, получение патентов на имя заявителей за рубежом не означало, что они переходили в собственность авторов. Согласно п. 5.3 Указаний о порядке патентования советских изобретений за границей (утв. Приказом Госкомизобретений СССР от 12 ноября 1981 г.), в случае если при патентовании изобретений, на которые в СССР поданы заявки на выдачу авторских свидетельств, а в странах патентования испрашиваются патенты на имя действительных авторов, последние обязаны передать основанные на патентах права организации, в которой созданы изобретения, или организации, осуществляющей реализацию изобретений.

Иск был предъявлен к четырем совладельцам патентов, поскольку остальные авторы добровольно согласились с требованиями истца и заключили договоры об уступке ему своих прав на патент Японии и Европейский патент.

Дело рассматривалось дважды Кирово-Чепецким районным судом Кировской области и судебной коллегией Кировского областного суда. Районный суд при повторном рассмотрении дела исходил из того, что в соответствии с законодательством советский гражданин не мог быть обладателем иностранного патента на изобретение, созданное в связи с выполнением автором его трудовых обязанностей на государственном предприятии. Он вынес решение об удовлетворении иска и признании за Кирово-Чепецким химкомбинатом "права патентообладателя и права на патент Японии N 1852243, права патентообладателя и права на Европейский патент N 0403649".

Судебная коллегия по гражданским делам Кировской области определением от 17 октября 1996 г. признала решение районного суда обоснованным и отклонила кассационную жалобу ответчиков, оставив решение суда без изменений.

Признав за истцом "право патентообладателя и право на патент Японии и Европейский патент", суд одновременно в мотивировочной

части решения от 18 июля 1996 г. обязал ответчиков "подписать передаточные акты, необходимые для реализации принадлежащему истцу исключительного права патентообладателя за границей".

8. С государствами СНГ может быть установлен на основе многосторонних и двусторонних соглашений иной, чем с другими государствами, порядок патентования изобретений (в частности, без применения требования о подаче заявок через патентных поверенных). В этих государствах может быть подтверждено действие ранее выданных охранных документов СССР на изобретения.

С целью принятия неотложных мер по созданию межгосударственной системы правовой охраны промышленной собственности 12 марта 1993 г. было заключено Соглашение о мерах по охране промышленной собственности и создании Межгосударственного совета по вопросам охраны промышленной собственности (см. § 5 этой главы).

4. Право на товарный знак, наименование места происхождения товаров и борьба с недобросовестной конкуренцией

Товарный знак и знак обслуживания - это обозначения, служащие для индивидуализации товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг юридическими или физическими лицами (ст. 1 Закона о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров в ред. от 11 декабря 2002 г.). Обычно это оригинальное художественное изображение, которое помещается на изделиях. Оно призвано служить рекламе изделий. Поэтому товарный знак способствует реализации товара и свидетельствует об определенном качестве изделия.

В современных условиях международной торговли значение товарных знаков и фирменных наименований резко возросло. Стоимость товарных знаков в 2002 г. таких американских компаний, как Coca Cola, составила 69,6 млрд. долл. США, Microsoft - 64,1 млрд., IBM - 51,2 млрд., а финской компании мобильных телефонов Nokia - 30 млрд. долл. США.

В России право на товарный знак возникает вследствие его регистрации. Если товарный знак будет зарегистрирован в РФ, то правообладатель получит исключительное право на использование знака. Никто не может использовать охраняемый в РФ товарный знак без разрешения правообладателя.

Иностранные юридические и физические лица пользуются правами, предусмотренными Законом о товарных знаках в силу международных договоров РФ или на основе принципа взаимности (ст. 47).

Иностранные юридические лица или постоянно проживающие за пределами Российской Федерации физические лица либо их патентные поверенные ведут дела с федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности через зарегистрированных в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности патентных поверенных. Полномочия патентного поверенного удостоверяются доверенностью, выданной ему заявителем, правообладателем или иным заинтересованным лицом.

В качестве патентного поверенного может быть зарегистрирован гражданин РФ, постоянно проживающий на ее территории. Другие требования к патентному поверенному, порядок его аттестации и регистрации, а также правомочия на ведение дел, связанных с правовой охраной товарных знаков, определяются Правительством РФ.

Закон устанавливает, что товарный знак, зарегистрированный в РФ, должен обязательно использоваться. Правовая охрана товарного знака может быть прекращена досрочно в связи с неиспользованием товарного знака непрерывно в течение любых трех лет после его регистрации.

При решении вопроса о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием могут быть приняты во внимание представленные правообладателем доказательства того, что товарный знак не использовался по не зависящим от него обстоятельствам (п. 3 ст. 22 Закона в ред. от 11 декабря 2002 г.).

При решении вопроса о прекращении действия регистрации принимаются во внимание, в частности, действия иностранного владельца товарного знака, направленные на осуществление его права на товарный знак в Российской Федерации (например, публикация товарного знака в газетах, журналах и рекламных материалах, демонстрация экспонатов, обозначенных товарными знаками, на выставках и ярмарках, проводимых в РФ, и т.п.). Иными словами, действия такого рода рассматриваются как действия по использованию знака.

Споры о регистрации товарных знаков решаются в административном порядке федеральным органом исполнительной власти по интеллектуализации собственности.

Защита прав иностранных фирм на товарные знаки в России обеспечивается в соответствии с действующим законодательством. В соответствии с Законом о товарных знаках нарушением исключительного права правообладателя (незаконным использованием товарного знака) признается использование без его разрешения в гражданском обороте на территории Российской Федерации товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или

однородных товаров, в том числе размещение товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения: на товарах, на этикетках, упаковках этих товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, либо хранятся и (или) перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию Российской Федерации; при выполнении работ, оказании услуг; на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот; в предложениях к продаже товаров; в сети Интернет, в частности в доменном имени.

"Товары, этикетки, упаковки этих товаров, на которых незаконно используется товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными" (ст. 4 Закона в ред. от 11 декабря 2002 г.).

Необходимо обратить внимание на то, что правообладатель может запретить другой фирме ввозить товар в Россию, обозначенный таким или сходным с ним знаком, как и его. В случаях незаконного использования владелец знака может потребовать: 1) прекращения нарушения, 2) взыскания причиненных нарушением убытков, 3) удаления с товара или его упаковки незаконно используемого знака, 4) уничтожения изображений знака, 5) принятия иных мер.

Приведем типичный случай нарушения прав иностранных фирм на принадлежащие им товарные знаки.

В течение длительного времени в различных государственных органах (в Апелляционной палате Роспатента) и в арбитражных судах (Арбитражном суде Москвы, Высшем Арбитражном Суде РФ) рассматривался вопрос о регистрации и использовании в России товарного знака "Паклан".

Европейский концерн "Paclan" объединяет три компании в Бельгии, Голландии, ФРГ и занимается производством и сбытом товаров для домашнего хозяйства - пакетов и пленки из полиэтилена (для хранения продуктов питания, замораживания ледяных кубиков, для мусора), изделий из алюминиевой фольги, бумаги для выпечки, губок и мочалок для мытья посуды и т.д.

Для продвижения производимых фирмой товаров в Москве было создано дочернее предприятие "Паклан-Москва". В июне 1992 г. фирма "Паклан" подала заявку на регистрацию товарного знака "Паклан" в Роспатент. Однако в регистрации знака концерну было отказано со ссылкой на то, что ранее поступила заявка на аналогичный товарный знак от АООТ "Московское патентное бюро". Роспатент зарегистрировал по этой заявке товарный знак в виде словесного обозначения "Паклан" для

обозначения товаров 6, 16, 21-го классов, т.е. именно в отношении тех товаров, которые хотела продавать фирма "Паклан" (алюминиевая фольга, пластмассовые материалы для упаковки, домашняя и кухонная утварь и посуда). Московское патентное бюро само товаров не производит, оно специализируется на оказании патентных услуг и аудите промышленной собственности, оценивает стоимость товарных знаков с учетом затрат на их разработку, защиту и кампанию по продвижению на рынке.

Решением Апелляционной палаты Роспатента от 21 марта 1995 г. регистрация знака "Паклан" по заявлению фирмы была признана недействительной (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 октября 1996 г. N 225/96).

В учебной литературе (Л.А. Трахтенгерц) в связи с этим делом справедливо обращалось внимание на то, что в этом и в аналогичных случаях российский предприниматель, получив информацию о возможном появлении на российском рынке товаров крупной западной фирмы, не зарегистрировавшей ранее свой товарный знак в России, не теряя времени подает заявку на этот знак на свое имя. Делается это для того, чтобы вынудить зарубежную фирму приобрести права на свой же товарный знак у российского правообладателя. Хотя судебная практика по делам такого рода еще полностью не сложилась, трудно признать действия такого рода соответствующими требованию добросовестности в международном торговом обороте.

С точки зрения российского законодательства действия такого рода представляют собой злоупотребление правом (согласно ст. 10 ГК РФ), они могут быть признаны судом недобросовестной конкуренцией, и, если такие действия предпринимателя противоречат обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, справедливости и разумности (в соответствии со ст. 4 Закона от 22 марта 1991 г. "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (с последующими изм.), этот Закон распространяется на случаи, когда приобретение, использование и нарушение исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности может привести к недобросовестной конкуренции. Согласно изменениям, внесенным в этот Закон в 2002 г., государственный орган по антимонопольной политике (с 2004 г. - Федеральная антимонопольная служба) может выносить решения о признании действий по приобретению прав на товарный знак недобросовестной конкуренцией.

Действующим законодательством установлены гражданская, административная и уголовная ответственность в случаях незаконного использования товарного знака. В частности, предусмотрено "удаление за счет нарушителя с контрафактных товаров, этикеток, упаковок незаконно

используемого товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения либо уничтожения за счет нарушителя контрафактных товаров, этикеток, упаковок в случае невозможности удаления с них незаконно используемого товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения, за исключением случаев обращения этих контрафактных товаров, этикеток, упаковок в доход государства или их передачи правообладателю по его заявлению в счет возмещения убытков или в целях их последующего уничтожения" (ст. 46 Закона в ред. от 11 декабря 2002 г.).

Однако несмотря на введение этих и других мер борьбы с пиратством, практика их применения не может быть признана достаточно эффективной. Для сравнения сошлемся на практику работы таможенных органов порта Гамбурга (ФРГ). Зимой 2004/2005 гг. только в одном задержанном ими прибывшем контейнере, предназначенном для перегрузки на другие суда, были обнаружены футболки, рубашки, брюки, тренировочные костюмы, шорты, пижамы, снабженные знаками Adidas, Fila, Reebok, Hugo Boss, а также парфюмерия с товарными знаками наиболее известных фирм. Было установлено, что товары произведены не во Франции, как сказано в сопроводительных документах, а во Вьетнаме. С согласия фирм - обладателей товарных знаков все эти предметы были сожжены. Общая стоимость задержанной в порту фальсифицированной продукции составила более 1 млн. евро.

2. Для того чтобы обеспечить за рубежом охрану товарных знаков на российские экспортные товары, такие знаки необходимо зарегистрировать в соответствующих государствах. Для экспортных товаров часто применяются специально создаваемые знаки, приобретающие большую популярность (знаки для часов, спичек, крабов и т.д.). Хороший товарный знак способствует продвижению отечественных товаров на внешнем рынке. Отсутствие же охраны на товарный знак может затруднить реализацию товара. Предприятия, продукция которых экспортируется за границу, регистрируют свои товарные знаки за рубежом.

Регистрация товарных знаков за рубежом осуществляется на основании как национального законодательства, так и положений международных соглашений. В отношении товарных знаков Парижская конвенция опирается на те же принципы, что и в отношении прав на изобретение (национальный режим, правило о конвенционном приоритете). Наряду с этим Парижская конвенция устанавливает определенные требования, которые должны предъявляться к товарным знакам при их регистрации в странах-участницах (в отношении изобретений Конвенция каких-либо требований не содержит, отсылая по всем вопросам такого рода к национальному законодательству).

Некоторые страны - участницы Парижской конвенции заключили в 1891 г. Мадридскую конвенцию о международной регистрации фабричных и товарных знаков. В настоящее время ее участниками являются 52 государства. Конвенция действует для Азербайджана, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Молдавии, России, Таджикистана, Узбекистана, Украины, а также для Латвии и Литвы.

В соответствии с Конвенцией в Международное бюро в Женеве через ведомство страны, где была подана национальная заявка и осуществлена регистрация знака, подается заявка на международную регистрацию. В заявке указываются номера заявки и регистрации знака в стране происхождения.

В заявке указываются те страны - участницы Конвенции, в отношении которых испрашивается охрана. В течение года после подачи заявки в Международное бюро каждое государство может возразить против предоставления международной регистрации на том основании, что заявленное обозначение не отвечает требованиям национального законодательства. Если отказа не поступило, товарный знак становится охраняемым во всех странах, в отношении которых была подана заявка на международную регистрацию.

В 1989 г. был подписан Протокол к Мадридской конвенции. Мадридский протокол был принят с целью введения в систему международной регистрации некоторых изменений, основными из которых являются установление возможности по усмотрению заявителя подавать заявки, основываясь не только на национальных регистрациях, но и на национальных заявках, и к тому же не только на французском, но и на английском языках. Эти и другие изменения позволили, в частности, Великобритании, Японии, а затем и США (с 2 ноября 2003 г.) войти в Мадридскую систему путем участия в Протоколе. Всего в Протоколе участвуют 52 государства. В их число входят Грузия, Молдавия, Россия, Туркменистан, Украина, а также Латвия, Литва и Эстония.

Для участников Мадридской конвенции является обязательным использование международной классификации товаров и услуг (МКТУ). Приведем пример применения положений этих международных соглашений.

Швейцарская фирма "Фабрик де Табак Реюни С.А." (FTR) через патентное ведомство Швейцарии в январе 1995 г. подала заявку на международную регистрацию товарного знака "Президент" в отношении ряда стран, в том числе Узбекистана. В отношении этого знака никаких заявлений об отказе от имени Узбекистана не делалось. Сигареты с этим знаком поставлялись в Узбекистан. Однако другая фирма ("Папастратос") в том же месяце, но позднее даты международной регистрации подала

заявку в Узбекистане на аналогичный товарный знак, и он был зарегистрирован. В этом знаке на этикетке для сигарет в качестве основного элемента было использовано слово "Президент". В данном случае речь шла о сходстве обозначений до степени их смешения, и впоследствии регистрация знака на сигареты фирмы "Папастратос" была признана в Узбекистане недействительной (Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Узбекистан от 16 мая 2000 г.).

12 июня 1973 г. в Вене было подписано новое международное соглашение по вопросам товарных знаков - Договор о регистрации товарных знаков. В нем участвуют 15 государств.

В 1994 г. был заключен Договор ВОИС о законах о товарных знаках, в котором участвует 31 государство, в том числе Казахстан, Киргизия, Латвия, Литва, Молдавия, Россия, Украина, Узбекистан, Эстония. Цель этого договора - осуществление гармонизации и упрощение национального законодательства путем устранения излишних формальностей при подаче заявок и поддержания товарных знаков в силе.

В рамках ЕС был осуществлен ряд мероприятий по созданию единого товарного знака; организовано Ведомство по товарным знакам, принимающее заявки на регистрацию единого товарного знака для всех государств - членов ЕС.

3. В практике применения международных конвенций о товарных знаках возникают большие сложности, связанные с использованием понятий общеизвестных товарных знаков и знаков, вошедших во всеобщее употребление как обозначения товаров определенного вида. Статья 6.bis Парижской конвенции содержит положения, устанавливающие охрану общеизвестных товарных знаков. Согласно Конвенции по определению компетентного органа страны регистрации или страны применения, товарный знак признается в этой стране общеизвестным в качестве знака определенного лица. Поэтому должна отклоняться или признаваться недействительной регистрация или запрещаться применение товарного знака, представляющего собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способного вызвать смешение с общеизвестным знаком (например, в качестве общеизвестных можно привести такие словесные знаки, как Coca Cola, Ford). В то же время по российскому законодательству (Закону о товарных знаках 1992 г.) не подлежат регистрации в качестве знака обозначения вошедшие во всеобщее употребление как названия определенного рода изделия (так называемые свободные знаки).

В отечественной литературе неоднозначную оценку получило рассмотрение спора о правах иностранных фирм на использование в

России словесного товарного знака "аспирин". Немецкая фармацевтическая фирма "Байер" еще в конце XIX в. разработала соответствующий препарат и почти во всех странах стала применять этот товарный знак. Исключение составляли США, Великобритания и Франция, где он превратился в свободный знак в результате применения законодательства о враждебных иностранцах во время Первой мировой войны.

В России право фирмы "Байер" оспаривалось французской фирмой "Упса", поставляющей в Россию свой аналогичный препарат под названием "Аспирин упса".

В России товарный знак фирмы "Байер" был зарегистрирован в 1899 г. В 1909 г. регистрация была продлена до 1919 г. Повторно знак был зарегистрирован в 1991 г. В определенный период времени в СССР наименование использовалось как родовое, применяемое для обозначения товара определенного рода. Однако в связи с присоединением СССР к Парижской конвенции по охране промышленной собственности на момент регистрации препарат под таким названием отечественными предприятиями больше не производился.

Регистрация знака по заявлению фирмы "Упса" была аннулирована со ссылкой на то, что этот знак вошел во всеобщее употребление как обозначение товаров определенного вида.

Наряду с национальной регистрацией более чем в 80 странах фирма "Байер" сначала в 1899 г., а затем в 1986 г. осуществила международную регистрацию в соответствии с Мадридской конвенцией о международной регистрации знаков. На основе международной регистрации в 1986 г. было сделано заявление о распространении ее действия на Россию. Решение о признании действия этой международной регистрации было принято Роспатентом 27 июня 1994 г. Апелляционная палата Роспатента 30 ноября 1995 г. приняла решение об аннулировании этой регистрации. Однако действия для реализации такого решения, предусмотренные Мадридской конвенцией, Протоколом и Инструкцией к ней, не были выполнены.

После длительного рассмотрения спора в различных инстанциях право фирмы "Байер" было признано, в результате достигнутого соглашения с 1 января 2000 г. препарат фирмы "Упса" стал продаваться в России под названием "Упсарин".

В связи с этим спором можно сделать следующие выводы:

- многосторонние конвенции, регулирующие правовую охрану товарных знаков, пользуются приоритетом перед национальными правилами, касающимися регистрации знаков;

- охрана общеизвестных товарных знаков должна осуществляться в России на основании ст. 6.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности;

- в отношении одного и того же знака на имя одного и того же лица не должны действовать национальная и международная регистрации, если одна из них не была оспорена в соответствии с порядком, установленным Конвенцией.

Одним из наиболее существенных дополнений российского Закона о товарных знаках 1992 г. явилось включение в него Федеральным законом от 11 декабря 2002 г. специальной главы о правовой охране общеизвестных товарных знаков. В этой главе с учетом положений ст. 6 Парижской конвенции и ряда документов ВОИС было предусмотрено следующее.

По заявлению юридического или физического лица общеизвестным в Российской Федерации товарным знаком может быть признан товарный знак, охраняемый на территории РФ на основании его регистрации, товарный знак, охраняемый на территории РФ без регистрации в соответствии с международным договором Российской Федерации, а также обозначение, используемое в качестве товарного знака, но не имеющее правовой охраны на территории РФ, если такие товарные знаки или обозначение в результате их интенсивного использования стали на указанную в заявлении дату в Российской Федерации широко известны среди соответствующих потребителей в отношении товаров этого лица.

Товарный знак или обозначение не могут быть признаны общеизвестным товарным знаком, если они стали широко известны после даты приоритета тождественного или сходного с ними до степени смешения товарного знака иного лица, который предназначен для использования в отношении однородных товаров.

Общеизвестному товарному знаку предоставляется правовая охрана, предусмотренная Законом для товарного знака.

При признании общеизвестным товарным знаком уже зарегистрированного товарного знака правовая охрана такого общеизвестного товарного знака распространяется также и на товары, не однородные с теми, в отношении которых он признан общеизвестным, при условии, если использование другим лицом этого товарного знака в отношении указанных товаров будет ассоциироваться у потребителей с правообладателем и может ущемить его законные интересы.

Правовая охрана общеизвестному товарному знаку предоставляется на основании решения Палаты по патентным спорам федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Правовая охрана общеизвестного товарного знака действует бессрочно.

4. Наряду с охраной товарных знаков Закон РФ о товарных знаках 1992 г. в ред. от 11 декабря 2002 г. предусматривает охрану наименований мест происхождения товаров.

Наименование места происхождения товара - это обозначение, представляющее собой либо содержащее современное или историческое наименование страны, населенного пункта, местности или другого географического объекта (далее - географический объект), либо производное от такого наименования и ставшее известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами.

Право пользования этим же наименованием места происхождения товара может быть предоставлено любому юридическому или физическому лицу, которое в границах того же географического объекта производит товар, обладающий теми же основными свойствами.

В случае если географический объект, наименование которого заявляется в качестве наименования места происхождения товара, находится за пределами Российской Федерации, к заявке прилагается документ, подтверждающий право заявителя на заявленное наименование места происхождения товара в стране происхождения товара.

За незаконное использование в России наименования места происхождения товара законодательством предусмотрены меры, соответствующие мерам в отношении незаконного использования товарных знаков.

В состав объектов охраны промышленной собственности согласно Парижской конвенции входят указания происхождения или наименования места происхождения. В 1958 г. было заключено Лиссабонское соглашение об охране наименований места происхождения и их международной регистрации. В соответствии с этим соглашением ВОИС осуществляет регистрацию таких наименований. Охрана наименований мест происхождения предусмотрена соглашением ТРИПС, а также в документах ЕС. На основании Директивы ЕС 1999 г. в реестре, который ведет Европейское патентное ведомство, зарегистрировано более 400 охраняемых географических указаний мест происхождения.

В РФ право на регистрацию наименований мест происхождения предоставляется юридическим и физическим лицам государств, предоставляющих аналогичное право юридическим и физическим лицам РФ (ст. 47 Закона о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров 1992 г.).

После многолетних переговоров в 1997 г. была достигнута договоренность между Россией и Францией о том, что при экспорте российских напитков не будут применяться наименования "шампанское" и "коньяк", в названии которых использованы наименования соответствующих местностей во Франции. Привычные россиянам напитки "Советское шампанское" и коньяк будут и впредь выпускаться под этими названиями, но только для внутреннего рынка, поскольку в протоколе заседания российско-французского агропромышленного комитета, состоявшегося в Москве 12 сентября 1997 г., сказано, что Россия исключила наименование "Советское шампанское" и "коньяк" только при поставках на экспорт, а также отказалась от написания "Советское шампанское" и "коньяк" латинскими буквами.

Однако известны случаи, когда в других странах (например, в Латвии) продолжается выпуск напитка под названием "Советское шампанское", которое поставляется в другие европейские государства, в частности в ФРГ.

Государства СНГ заключили 4 июня 1999 г. Соглашение о мерах по предупреждению и пресечению использования ложных товарных знаков и географических указаний (вступило в силу для РФ 5 ноября 2001 г.).

Под ложным товарным знаком понимается товарный знак, используемый третьим лицом в нарушение прав владельцев товарного знака, или знак, содержащий ложные указания происхождения товара, а также данные или такой элемент, который может ввести потребителей в заблуждение. Соглашение предусматривает ряд мер по пресечению использования ложных товарных знаков и недобросовестной конкуренции, соответствующих ТРИПС.

Под географическими указаниями в Соглашении понимаются обозначения, которые идентифицируют происхождение товара из территорий сторон или их регионов, или местностей, где качество, репутация либо другие характеристики товара в значительной степени соотносятся с его географическим происхождением. Соглашение предусматривает ряд мер, направленных на пресечение использования ложных товарных знаков и географических указаний, аналогичных мерам, установленным Соглашением ТРИПС.

Стороны предоставляют правовые средства защиты в целях предупреждения использования географических указаний, идентифицирующих территориальное происхождение вин или крепких спиртных напитков, для этих видов напитков, в действительности не происходящих из указанного в географическом указании места, в том числе и в случаях, когда такие географические указания используются в переводе или сопровождаются указанием истинного места

происхождения, или такими пояснениями, как "вид", "тип", "стиль", "имитация" или подобными.

В регистрации товарного знака для вин или крепких спиртных напитков, который состоит из географического указания или содержит его, должно быть отказано или регистрация должна быть признана недействительной, если это предусмотрено национальным законодательством стороны, или по запросу заинтересованной стороны в отношении тех вин или крепких спиртных напитков, которые не имеют этого географического происхождения.

5. Понятие "недобросовестная конкуренция" содержится в ст. 4 Закона РФ от 22 марта 1991 г. (в ред. от 30 декабря 2001 г., с изм. от 21 марта и 9 октября 2002 г.) "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках". Под ней понимаются "любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия хозяйствующих субъектов, которые противоречат положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и могут причинить или причинили убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанести ущерб их деловой репутации".

Не допускается недобросовестная конкуренция, в том числе:

- распространение ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки другому хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации;

- введение потребителей в заблуждение относительно характера, способа и места изготовления, потребительских свойств, качества и количества товара или его изготовителей;

- некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами других хозяйствующих субъектов;

- продажа, обмен или иное введение в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполнения работ, услуг;

- получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную тайну и охраняемую законом тайну.

Не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительных прав на средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ или оказываемых услуг (ст. 10 Закона).

Российское законодательство о недобросовестной конкуренции воспроизводит ст. 10.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности, участником которой является Россия. Приведем пример из судебной практики, связанной с борьбой с недобросовестной конкуренцией.

В конце 1992 г. московский магазин "Люкс" продал 20 тыс. джинсов китайского производства с товарными знаками и другими атрибутами джинсов известной американской фирмы "Леви Страусс". В рекламе по телевидению было сообщено, что продаются джинсы последней модели производства этой фирмы. По искам потребителей к магазину "Люкс" районный суд Москвы в начале 1993 г. принял решение о расторжении договора купли-продажи, возмещении убытков и компенсации за моральный ущерб, нанесенный продажей фальсифицированного товара. В сумму, взысканную с магазина в пользу каждого покупателя, вошла стоимость настоящих джинсов "Леви Страусс" в пересчете на рубли и компенсация за моральный ущерб.

Статья 1222 ГК РФ предусматривает специальное правило о праве, подлежащем применению в этой области. Она гласит: "К обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существа обязательства".

Страны СНГ осуществляют сотрудничество в выявлении и пресечении недобросовестной конкуренции хозяйствующих субъектов (ст. 2 Соглашения о согласовании антимонопольной политики от 12 марта 1993 г.).

6. Расширение использования Интернета привело к возникновению ряда острых проблем. Одна из них - соответствие доменных имен, применяемых в сети Интернет для обозначения сервера, т.е. компьютера, предоставляющего свои ресурсы (информацию, файлы, диски и т.д.) другим пользователям для совместного использования в сети. Доменные имена - это система индивидуализации виртуального сетевого мира, которая существует как бы параллельно системе индивидуализации "реального" мира, т.е. системе фирменных наименований и товарных знаков. Возникла конфликтная ситуация. В нашей литературе (А.М. Минков) был приведен такой пример: существует страница www.adidas.spb.ru. Суффикс spb.ru - это стандартное обозначение для Санкт-Петербургского региона. Товарный знак "Adidas" надлежащим образом зарегистрирован в Российской Федерации. Таким образом, обычный посетитель сети думает: есть марка "Adidas", я хочу купить "Adidas" в Санкт-Петербурге. И по аналогии, работая в сети Интернет, он набирает www.adidas и добавляет spb.ru. Он не знает, есть ли такой домен

в действительности, но на самом деле такой метод срабатывает. И по статистике нахождение какого-либо сервера путем комбинирования товарных знаков и фирменных наименований и общеупотребительных суффиксов составляет несколько десятков процентов при первичном поиске какой-либо информации. Однако на самом деле страница не имеет ничего общего со знаменитой фирмой. Таким образом, фирма Adidas получает реального конкурента на территории России и тем самым нарушается Закон о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров. Обычно в качестве объекта злонамеренной регистрации доменных имен служат общеизвестные товарные знаки. Должен быть разработан механизм, позволяющий владельцу общеизвестного товарного знака исключить возможность регистрации доменов с использованием такого товарного знака в определенных или всех доменах первого уровня любым лицом, кроме самого владельца товарного знака. Такое положение стало бы распространением на глобальную сеть Интернет системы специальной охраны общеизвестных товарных знаков, заложенной в Парижской конвенции и Соглашении ТРИПС, о чем говорилось ранее.

ВОИС создал в конце XX в. Центр по арбитражу и посредничеству в области доменных имен. Этот Центр был создан специально для разрешения споров, возникающих в связи со злонамеренной регистрацией доменных имен, идентичных или схожих до степени смешения с зарегистрированными или общеизвестными товарными знаками. Несмотря на то что этот Центр существует совсем недавно, им уже было разрешено более 6000 спорных дел.

5. Лицензионные соглашения на изобретения, ноу-хау и товарные знаки

Лицензия - это разрешение на использование изобретения, технического опыта или секретов производства (ноу-хау). В условиях современной научно-технической революции торговля лицензиями развивается быстрее, чем торговля готовой продукцией. Взаимовыгодная торговля лицензиями способствует развитию международного научно-технического сотрудничества.

Обычно в практике российских организаций лицензии передаются на условиях простой лицензии или же на условиях исключительной лицензии.

При простой лицензии продавец лицензии (лицензиар), предоставляя право на использование изобретения покупателю (лицензиату), сохраняет за собой право использования изобретения на этой же территории или же право предоставления лицензии на таких же условиях другим лицам.

По договору исключительной лицензии лицензиар предоставляет лицензиату исключительное право на использование изобретения или иного научно-технического достижения (ноу-хау) в пределах, оговоренных в соглашении, и уже не может предоставлять аналогичные права по условиям лицензий другим лицам. Кроме покупателя лицензии, никто не может использовать изобретение на данной территории. В отечественной практике лицензионные соглашения заключаются, как правило, на длительные сроки (5 - 10 лет). В течение всего срока действия соглашения сторонам приходится выполнять не только условия договора, присущие обычным сделкам купли-продажи товаров, но и специфические условия, которые создают основу для постоянного научно-технического сотрудничества между лицензиаром и лицензиатом.

Лицензионный договор является основным видом гражданско-правового договора о передаче технологии. Предмет договора составляет предоставление права на использование изобретения и ноу-хау.

В международной практике применяется деление таких договоров на договоры патентной лицензии и договоры беспатентной лицензии. В середине 70-х гг. около 25% лицензий было основано на передаче патентных прав, а в 50% договоров передача патентных прав сочеталась с передачей ноу-хау и лишь предметом 25 - 30% договоров было исключительно ноу-хау. В конце 90-х гг. соотношение видов договоров резко изменилось. Доля смешанных лицензионных соглашений уменьшилась вдвое, они составляли 25%, а доля лицензий на ноу-хау возросла до 50%.

Условия передачи технологии могут определяться также в контрактах купли-продажи готовых изделий (машин, оборудования), по оказанию технического содействия или технической помощи при строительстве предприятий, в договорах о производственной кооперации, научно-техническом сотрудничестве, проведении совместных исследований.

Возрастание роли и значения ноу-хау, на что обращалось внимание в учебной литературе (Э.Я. Волынец-Руссет), объясняется тем, что в последние годы воспроизводство новой техники (технологии) стало практически невозможным без знания ноу-хау. Наряду с этим быстрое сокращение сроков морального старения новой техники (технологии) привело к тому, что фирмы в целом ряде случаев не подают заявки на изобретения, если в пределах сроков морального старения можно сохранить их в тайне, как ноу-хау, и по конечной продукции, выбрасываемой на рынки, нельзя их воспроизвести.

Лицензионный договор на использование изобретения, в отношении которого выдан в России патент, подлежит регистрации в федеральном

органе исполнительной власти и без регистрации считается недействительным (ст. 13 Патентного закона в ред. от 7 февраля 2003 г.).

Патентный закон РФ предусматривает возможности предоставления трех видов лицензии: исключительной лицензии, неисключительной лицензии (простой лицензии) и открытой лицензии. В последнем случае патентообладатель должен подать заявление о предоставлении любому лицу права на использование изобретения (в этом случае пошлина на поддержание патента в силе будет снижена на 50%). Согласно положениям третьей части ГК РФ к лицензионным договорам, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, подлежит применению право страны лицензиара (п. 3 ст. 1211). Лицензиар - это та сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение. Именно лицензиар является той стороной в договоре, которая предоставляет другой стороне (лицензиату) возможность за обусловленную в договоре плату использовать исключительное право или комплекс таких прав.

В отношении уступки товарного знака в Законе о товарных знаках (в ред. от 11 декабря 2002 г.) предусмотрены следующие положения:

"Исключительное право на товарный знак в отношении всех или части товаров, для которых он зарегистрирован, может быть передано правообладателем другому юридическому лицу или осуществляющему предпринимательскую деятельность физическому лицу по договору о передаче исключительного права на товарный знак (договору об уступке товарного знака)".

Право на использование товарного знака может быть предоставлено правообладателем (лицензиаром) по лицензионному договору другому юридическому лицу или осуществляющему предпринимательскую деятельность физическому лицу в отношении всех или части товаров, для которых он зарегистрирован.

Лицензионный договор должен содержать условие о том, что качество товаров лицензиата будет не ниже качества товаров лицензиара и что лицензиар будет осуществлять контроль за выполнением этого условия. Так же как и лицензионный договор на использование запатентованного в России изобретения, договор об уступке товарного знака и лицензионный договор должны быть зарегистрированы.

Особой разновидностью лицензионного договора является договор франчайзинга. В международной практике такой договор используется для создания и функционирования в различных странах магазинов, ресторанов, гостиниц и иных предприятий, расширения сети рынков сбыта товаров и услуг под фирмой и с использованием товарного знака

правообладателя (например, Макдональдс, Пицца Хат, отель Хилтон и др.).

В российском законодательстве этот вид договора получил наименование договора коммерческой концессии. По договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использования в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав - товарный знак, знак обслуживания и т.д.

Договор коммерческой концессии предусматривает использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме (в частности, с установлением минимального и (или) максимального объема использования), с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности (продаже товаров, полученных от правообладателя или произведенных пользователем, осуществлению иной торговой деятельности, выполнению работ, оказанию услуг).

Основанием возникновения прав на промышленную собственность у предприятия с иностранным участием является передача таких прав предприятию его участниками, которая может осуществляться как при его создании в качестве вклада, так и в процессе деятельности предприятия путем покупки лицензий, а также путем создания изобретений его сотрудниками. В соответствии с законодательством в счет вкладов в уставный фонд предприятия могут быть внесены имущественные права (в том числе на использование изобретений и ноу-хау).

Права на промышленную собственность, принадлежащую предприятию с иностранным участием, охраняются в соответствии с действующим законодательством. Порядок передачи прав на промышленную собственность предприятию его участниками и предприятием своим участникам, а также порядок коммерческого использования этих прав и защиты их за границей определяется учредительными документами. Так, в частности, в договоре о создании предприятия может быть предусмотрено, что для обозначения продукции, выпускаемой предприятием, может быть использован знак одного из участников или же совместный товарный знак.

Контрольные вопросы по теме:

1. Охарактеризуйте авторское право и смежные права
2. Что представляет собой патентное право?
3. Определите право на товарный знак

Лицензионные соглашения на изобретения, ноу-хау и товарные знаки

4. На какие два вида делятся лицензионные договора в международной практике?

Лекция 11. Семейно-брачные отношения в МЧП.

- 1.** Общие положения.
- 2.** Заключение брака.
- 3.** Правоотношения между супругами.
- 4.** Расторжение брака.
- 5.** Правоотношения между родителями и детьми.
- 6.** Усыновление

1. Общие положения

Для семейного права, как ни для какой другой области правового регулирования, характерны весьма существенные различия между правовыми системами различных государств. Это объясняется тем, что на регулирование семейных отношений большое влияние оказывают национальные особенности и традиции. Регулирование этих отношений имеет вековую историю. На разработку правовых норм, особенно в области семейного права, оказывает влияние церковь, религиозные догматы. Этим объясняется и фактическое отсутствие в данных областях международной унификации материально-правовых норм. Здесь безраздельно господствуют коллизионные нормы, но они лишь отсылают к праву отдельных государств. В последние годы возросло значение многосторонних и двусторонних договоров, содержащих коллизионные нормы в этих областях. В ЕС с 1 марта 2005 г. введен в действие Регламент ЕС N 2201/2003 от 27 ноября 2003 г. о компетенции, признании и исполнении решений по семейным делам и о производстве, касающемся ответственности родителей в отношении общих детей супругов ("Брюссель II a").

В качестве примера обратим внимание на отдельные различия в области семейного права.

В одних странах (Россия, Германия, Бельгия, Дания, Франция, Нидерланды, Норвегия, Латвия, Литва, Эстония и др.) признаются только браки, заключенные в государственных органах. В других странах наравне с гражданской формой брака правовые последствия порождает и брак, заключенный в церковной форме (Грузия, Великобритания, некоторые штаты США, большинство провинций Канады, Австралия).

В Италии, Испании, Португалии, Бразилии, Аргентине и других латиноамериканских странах заключение брака формально допускается как в гражданской, так и церковной формах (в последнем случае при условии обязательного последующего уведомления государственных органов о состоявшейся церковной церемонии бракосочетания). Однако с

учетом той роли, которую играет католическая церковь в этих странах, церковная форма брака, по существу, является обязательной для лиц католического вероисповедания, которые составляют там большинство населения. Есть и такие государства, в которых заключение брака возможно лишь в церковной форме (Греция, Кипр).

В одних странах имеются ограничения для женщин, вступающих в брак: они могут вступать в брак только по истечении определенного периода времени после развода или смерти мужа, в других странах такие ограничения не установлены.

Имеются страны, в которых установлены ограничения или особые условия для вступления в брак их граждан с иностранцами. Так, в Дании браки с иностранцами разрешены только в том случае, если лицо, вступающее в брак, старше 24 лет; иностранка может выйти замуж за датского гражданина при условии, что он имеет достаточную жилплощадь в Дании, постоянные доходы и способен предоставить банковскую гарантию на 7000 евро. В Туркмении установлены следующие правила: наличие собственности на недвижимость или же квартиру; требования о взносе иностранцем определенной страховой суммы, которая должна быть выплачена туркменской гражданке или на содержание детей в случае расторжения брака. Имеются и такие государства, которые вообще не допускают заключения браков такого рода. В нашей стране лишь в течение очень короткого периода (1947 - 1953) по причинам сугубо политического характера браки советских граждан с иностранцами были запрещены.

Для семейного права ряда государств характерно главенство мужа; во многих странах до сих пор сохраняется неравноправное положение мужа и жены в семье. Гражданские кодексы этих государств установили так называемый брачный договор, который заключается до брака и закрепляет прежде всего права мужа на имущество жены.

Законодательство большинства государств исходит из принципа моногамии, однако в странах, относящихся к мусульманскому миру, характерной особенностью в области семейных отношений является полигамия (многоженство).

В отдельных странах Азии и Африки признается многоженство (полигамия), сохраняются архаические обычаи уплаты выкупа за невесту, установлен крайне низкий возраст для вступления женщины в брак. Законодательству и практике ряда стран известны расовые ограничения; не допускаются браки между людьми разной расы или разного вероисповедания.

Из этих отдельных примеров видно, что при различиях в семейном законодательстве в тех случаях, когда в брак вступают граждане разных

государств, решение коллизионного вопроса приобретает большое значение. Коллизионные нормы семейного права стран отличаются большим разнообразием. Брачная правоспособность, т.е. само право вступать в брак, отсутствие препятствий для вступления в брак - все это определяется в ряде государств личным законом каждого из супругов. В случае расторжения брака между супругами различного гражданства в ряде стран применяется законодательство страны гражданства мужа.

Брак, заключенный в одном государстве в соответствии с законом места его заключения, может быть не признан в другом государстве, что порождает "хромающие" браки. В ряде государств признается институт обручения (помолвки), причем в отдельных странах определяется, какое право подлежит применению к помолвке и к последствиям нарушения помолвки (например, в Законе о международном частном праве Турции 1992 г. или в Законе о реформе международного частного права Италии 1995 г.).

Что же касается регулирования коллизионных вопросов, то в одних странах такие нормы включены в новые законы о международном частном праве (Австрия, Венгрия, Швейцария, Турция, Эстония и др.), в других - в семейные или гражданские кодексы.

В Швейцарии согласно Закону о международном частном праве 1987 г. материально-правовые условия для заключения брака лиц - граждан двух государств определяются швейцарским правом. Из принципа применения права места заключения брака и исходит законодательство КНР и Вьетнама, а по законодательству Германии (ст. 13 Вводного закона к ГГУ) и России (ст. 156 СК РФ) в аналогичных случаях подлежит применению право обоих государств, граждане которых вступают в брак.

Изменение фамилии лиц, вступающих в брак, также определяется на основе коллизионных норм. Так, в Германии, согласно Вводному закону к ГГУ, возможность изменения фамилии определяется правом государства гражданства каждого из супругов. Таким образом, при вступлении в брак граждан разных государств в отношении каждого из них это будет определяться правом его страны.

Подробные коллизионные нормы в области семейного права содержатся в эстонском Законе о международном частном праве 2002 г.

В ЕС, согласно Регламенту N 1347/2000 (вступившему в силу с 1 марта 2001 г.) о подсудности, признании и исполнении решений по семейным делам, вынесенные в одном из государств ЕС решения о расторжении брака, о раздельном проживании супругов без расторжения брака, об объявлении брака недействительным в отношении супругов, имеющих местожительство в одной из стран ЕС или гражданство одной из стран ЕС, признаются в других государствах - членах ЕС.

В современных условиях резкого увеличения миграции населения, расширения контактов между гражданами различных государств число так называемых смешанных браков, под которыми понимаются браки российских граждан с иностранцами, резко возросло. Российское законодательство не предусматривает необходимости получения разрешения на вступление в такой брак. Увеличилось не только число таких браков, но и расширилась география происхождения лиц, желающих вступить в брак в России с российскими гражданами. Приведем данные по Ростовской области. Только за два года (1999 - 2000) число ростовских женщин, вышедших замуж за иностранцев и уехавших за границу, увеличилось в три раза. Причем если в прошлые годы в брак в Ростовской области вступали в основном граждане европейских стран и США, не говоря уже о гражданах из стран СНГ, то в 2000 г. были зарегистрированы также браки ростовчанок с гражданами таких государств, как Бангладеш, Судан, Эфиопия, Буркина-Фасо, Иордания, Камерун, Сирия, Ливан. Увеличение числа браков с иностранцами влечет за собой увеличение числа случаев разного гражданства детей и родителей. Так, самой большой проблемой, о чем свидетельствует практика заключения браков российских гражданок с мужчинами-мусульманами, становится проблема судьбы детей от такого брака. В Алжире, Сирии, Иордании и в ряде других стран в случае развода дети должны остаться с отцом.

В России и за рубежом увеличилось число споров о расторжении браков, заключенных нашими гражданами с гражданами других стран, споров о содержании и судьбе детей, других споров в области брака и семьи, при решении которых необходимо прибегать к коллизионным нормам.

При распаде семьи острые конфликты возникают при решении вопросов, с кем останутся дети, как будут осуществляться родительские права.

В России с 1 марта 1996 г. действует новый Семейный кодекс, принятый в 1995 г., включающий разд. VII "Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства", где сформулированы коллизионные нормы о заключении брака, признании его недействительным, расторжении брака, о личных неимущественных и имущественных правах и обязанностях супругов, установлении и оспаривании отцовства (материнства), правах и обязанностях родителей и детей, алиментных обязательствах совершеннолетних детей и других членов семьи, усыновлении. По сравнению с предшествующим кодексом в этот раздел

нового Кодекса внесены существенные изменения и дополнения, а именно:

- предусмотрены правила о применении права в отношении определения личных и неимущественных отношений супругов, прав и обязанностей родителей и детей, алиментных обязанностей членов семей;

- произошел отход от ранее действовавшего строго территориального принципа, на основе которого к семейным отношениям с участием иностранных граждан применялось, как правило, наше законодательство. Теперь же предусмотрены отсылки, допускающие применение не только российского, но и иностранного права;

- был осуществлен переход от односторонних к двусторонним коллизионным нормам;

- в значительной степени была устранена возможность возникновения "хромающих" браков, под которыми, как отмечалось выше, понимаются браки, заключенные в одном государстве и не признаваемые в другом;

- новым является также то, что в некоторых случаях допускается выбор подлежащего применению права самими сторонами (в брачном договоре или в соглашении об уплате алиментов).

Наряду с СК РФ правила, имеющие значение для регулирования семейных отношений, содержатся в федеральных законах от 15 ноября 1997 г. "Об актах гражданского состояния", от 31 мая 2002 г. "О гражданстве Российской Федерации", а также в ряде других актов, в частности в Положении о Консульском учреждении Российской Федерации, утвержденном Указом Президента РФ 5 ноября 1998 г.

Существенное значение в области семейного права имеют международные договоры. Применительно к семейно-правовым отношениям между гражданами СНГ особую роль призваны играть многосторонняя Минская конвенция 1993 г. и Протокол к ней 1997 г. В части третьей Конвенции "Семейные дела" содержатся правила о праве, подлежащем применению к заключению брака, правоотношениям супругов, расторжению брака, признанию брака недействительным, установлению и оспариванию отцовства, правоотношениям родителей и детей, усыновлению, а также опеке и попечительству. Эти детальные правила широко применяются в странах СНГ. Заключение этой Конвенции стало жизненной необходимостью, поскольку в целом ряде случаев члены семей после распада Советского Союза оказались на территориях различных государств. Новая редакция Конвенции была принята в Кишиневе 7 октября 2002 г. (см. гл. 2). Соответствующие положения Протокола 1997 г. вошли в часть III разд. II этой Конвенции (ст. 29 - 40).

Коллизионные нормы семейного права содержатся в договорах России (продолжают действовать и договоры СССР) о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенных с Болгарией, Польшей, Венгрией, Румынией, Финляндией, Эстонией, Латвией, Литвой, Монголией, Вьетнамом, Албанией, КНДР, Кубой, Чехословакией (действительно для Чехии и Словакии), а также Азербайджаном, Грузией, Киргизией, Молдавией и другими странами, а также в консульских конвенциях.

В случае расхождений правил Минской конвенции 1993 г., Кишиневской конвенции 2002 г. и двусторонних договоров о правовой помощи с соответствующими правилами СК РФ приоритет имеют правила Конвенции и договоров. Это вытекает из ст. 15 Конституции РФ и из ст. 6 СК РФ.

В нашей литературе (Н.И. Марышева) приводился следующий пример. Супруги - венгерские граждане - жили совместно в России, имели здесь денежные вклады и другое имущество. К моменту рассмотрения в суде возникшего между супругами спора о разделе имущества жена переселилась в Венгрию, а муж остался в России. Согласно ст. 161 СК спор о разделе имущества должен подчиняться российскому праву как праву страны последнего совместного места жительства супругов.

Однако суд применил не российское, а венгерское законодательство, так как именно на него указывает Договор с Венгрией об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 15 июля 1958 г. с изменениями 1971 г. По ст. 25/В этого Договора в данном случае подлежит применению законодательство страны, гражданами которой являются супруги.

Из многосторонних универсальных конвенций в области семейного права следует упомянуть ряд конвенций, разработанных Гаагской конференцией по международному частному праву (см. гл. 3). Это - Конвенция о заключении и признании действительности браков 1978 г.; Конвенция о праве, применимом к режиму имущественных отношений супругов, 1978 г.; Конвенция о признании разводов и решений о судебном разлучении супругов, 1970 г.; Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам, 1973 г.; Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, 1956 г.; Конвенция о признании и исполнении решений по делам об алиментных обязательствах в отношении детей 1958 г.; Конвенция о компетенции и применимом праве в отношении защиты несовершеннолетних 1961 г.; Конвенция о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления (удочерения) 1993 г., которая была подписана Россией в 2000 г. Конвенция вступила в силу для 56 государств, среди ее участников

Австрия, Франция, Италия, Канада, Израиль, Грузия, Латвия, Литва, Молдавия, Польша, Белоруссия. Имеется и ряд других конвенций о правовом положении детей, например, Гагская конвенция о юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений иностранных судов в области усыновления 1965 г., Конвенция о подсудности, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве в области ответственности родителей и мероприятиях по защите детей (Гагская конвенция о защите детей) 1996 г., Гагская конвенция о международной защите совершеннолетних 2000 г.

В рамках ЕС Регламент N 2201/2003 от 27 ноября 2003 г. о компетенции, признании и исполнении решений по семейным делам и о производстве, касающемся ответственности родителей (дата вступления в силу - 1 января 2005 г.), заменил Регламент N 1347/2000.

Две конвенции были разработаны совместно Гагской конференцией и Советом Европы: Гагская конвенция о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей 1980 г. и Люксембургская конвенция о признании и исполнении иностранных судебных решений о родительском попечении в отношении детей 1980 г.

2. Заключение брака

В Российской Федерации регистрируются браки как между российскими гражданами и иностранцами, так и между иностранцами, в том числе и между гражданами различных государств.

При заключении браков на территории России независимо от гражданства будущих супругов форма заключения брака определяется российским законодательством (п. 1 ст. 156 СК РФ). Это значит, что брак должен заключаться в органах записи актов гражданского состояния. Браки, совершенные в России по религиозным обрядам, а также по обрядам на основе обычаев, не порождают правовых последствий.

Российским законодательством определяется и порядок заключения браков на территории России, он применяется и в случаях, если один из будущих супругов иностранный гражданин или даже оба будущих супруга иностранные граждане. Брак заключается в личном присутствии лиц, вступающих в брак, как правило, по истечении месяца со дня подачи ими заявления в органы записи актов гражданского состояния. Государственная регистрация заключения брака производится в порядке, установленном для государственной регистрации актов гражданского состояния.

Согласно п. 2 ст. 156 СК РФ "условия заключения брака на территории Российской Федерации определяются для каждого из лиц,

вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого лицо является в момент заключения брака, с соблюдением требований статьи 14 настоящего Кодекса в отношении обстоятельств, препятствующих заключению брака".

Поскольку ст. 14 имеет существенное значение в сфере международного частного права, приведем ее текст полностью:

"Не допускается заключение брака между:

лицами, из которых хотя бы одно лицо уже состоит в другом зарегистрированном браке;

близкими родственниками (родственниками по прямой восходящей и нисходящей линии (родителями и детьми, дедушкой, бабушкой и внуками), полнородными и неполнородными (имеющими общих отца или мать) братьями и сестрами);

усыновителями и усыновленными;

лицами, из которых хотя бы одно лицо признано судом недееспособным вследствие психического расстройства".

Таким образом, условия заключения браков с иностранными гражданами на территории России определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого лицо является. Факт принадлежности лица к гражданству того или иного государства определяется на момент заключения брака. Так, при заключении брака российской гражданки с гражданином Италии в отношении последнего должны быть соблюдены требования итальянского законодательства, например о брачном возрасте, необходимости согласия на вступление в брак, препятствиях к браку, а в отношении российской гражданки - соответствующие требования по этим вопросам, предусмотренные российским семейным законодательством. Из приведенного принципа применения закона гражданства следует, что вполне возможно заключение в России брака российского гражданина с несовершеннолетней иностранкой, если законы страны ее гражданства устанавливают для женщин более низкий, чем в России, брачный возраст, хотя в России он, как правило, равен 18 годам.

Перечень обстоятельств, препятствующих браку, в законах разных стран различен, требования иностранного законодательства могут оказаться как более, так и менее строгими, чем в России. Следует обратить внимание на то, что ст. 14 СК РФ не допускает заключения брака между лицами, из которых хотя бы одно уже состоит в другом браке.

Если будущий супруг, желающий заключить брак в России, уже состоит в браке, то даже если подлежащий применению закон его страны допускает вступление во второй брак, в России в заключении брака ему на основании ст. 14 СК РФ должно быть отказано.

В России согласие на вступление в брак должно быть дано лично лицами, вступающими в брак. В ряде стран (Италия, Испания, Перу и др.) допускается выдача доверенности представителю на заключение брака. Наш закон не допускает такого представительства.

Одним из доказательств того, что лицо, вступающее в брак, когда речь идет о гражданине РФ, не состоит в другом браке, является отсутствие в его паспорте штампа о регистрации брака. При регистрации браков иностранцев, в документах которых нет сведений о семейном положении, они должны по требованию учреждения, регистрирующего брак, представить справку, выданную компетентными органами стран, гражданами которых они являются, о том, что они в браке не состоят. На практике такие справки обычно выдаются посольствами или консульствами соответствующей страны в Российской Федерации.

Это относится и к запретам или ограничениям, установленным законодательством другой страны для браков с иностранцем. Практически наиболее часто встречается не полный запрет на вступление в брак с иностранцем, а ограниченный: устанавливается необходимость получения специального разрешения компетентного органа страны гражданства для вступления в брак с иностранцем. Так, разрешение на вступление в брак с иностранцем требуется для всех граждан или отдельных категорий (например, направленных на учебу за границу) по законодательству Венгрии, Индии, Ирака, Италии, Норвегии, Румынии, Польши, Швеции и других стран. В случае если это предусматривает законодательство страны гражданства иностранца, они должны представить документ, удостоверяющий, что не имеется препятствий для заключения брака.

Если лицо наряду с гражданством иностранного государства имеет гражданство России, к условиям заключения брака применяется законодательство РФ. В этом случае применяется общий подход российского законодательства к проблеме двойного гражданства, согласно которому гражданин Российской Федерации, имеющий также иное гражданство, рассматривается Российской Федерацией только как гражданин Российской Федерации, за исключением случаев, предусмотренных международным договором Российской Федерации или федеральным законом (ст. 6 Федерального закона о гражданстве 2002 г.).

При наличии у лица гражданства нескольких иностранных государств применяется по выбору данного лица законодательство одного из этих государств.

Условия заключения брака лицом без гражданства на территории России определяются законодательством государства, в котором это лицо имеет постоянное место жительства.

Если при заключении брака не будет учтено законодательство страны гражданства (или местожительство) лица, вступающего в брак, такой брак не будет признан в другой стране, станет "хромым" браком.

В отношении гражданства лиц, вступающих в брак, а также детей в случае расторжения брака в России действуют следующие правила:

- Заключение или расторжение брака между гражданином РФ и лицом, не имеющим гражданства РФ, не влечет за собой изменение гражданства указанных лиц.

- Изменение гражданства одним из супругов не влечет за собой изменение гражданства другого супруга.

- Расторжение брака не влечет за собой изменение гражданства родившихся в этом браке или усыновленных (удочеренных) супругами детей (ст. 8 Федерального закона о гражданстве 2002 г.).

Согласно Минской конвенции 1993 г. и Кишиневской конвенции 2002 г. условия заключения брака определяются для каждого из будущих супругов законодательством государства, гражданином которого он является, а для лиц без гражданства - законодательством государства, являющегося их постоянным местом жительства. Кроме того, в отношении препятствий к заключению брака должны быть соблюдены требования законодательства государства, на территории которого заключается брак.

В отношении материальных условий заключения брака специальные правила имеются в договорах о правовой помощи с Вьетнамом и другими странами. Так, согласно ст. 23 договора с Вьетнамом этот вопрос решается для каждого из будущих супругов по закону государства, гражданином которого он является. Кроме того, в отношении препятствий к заключению брака должны быть соблюдены и требования законодательства государства, на территории которого заключается брак. Аналогичные правила предусмотрены ст. 26 договора с Азербайджаном, ст. 21 договора с Кубой, ст. 26 договора с Литвой, ст. 26 договора с Эстонией, ст. 24 договора с Польшей.

2. Российское законодательство допускает заключение на территории РФ так называемых консульских браков, т.е. браков, регистрируемых в иностранных дипломатических или консульских представительствах.

Браки между иностранными гражданами, заключенные в России в посольствах или консульствах иностранных государств, признаются на условиях взаимности действительными в Российской Федерации, если лица в момент вступления в брак являлись гражданами государства, назначившего посла или консула (ст. 157 СК РФ). Из этого следует, что

такой брак будет признан в России действительным при условии: а) наличия взаимности, т.е. если в соответствующем иностранном государстве допускается регистрация брака в российском посольстве или консульстве; б) если оба лица, вступающие в брак, являются гражданами страны, назначившей дипломатического или консульского представителя.

Заключение консульских "смешанных" браков, как правило, не допускается. Однако в некоторых консульских конвенциях прямо предусматривается регистрация консулом "смешанных" браков. Так, согласно Консульской конвенции с Турцией 1988 г. консул регистрирует браки в рамках, дозволенных законодательством государства пребывания, при условии, что по крайней мере один из супругов является гражданином представляемого государства.

Согласно Консульской конвенции с КНР консул имеет право регистрировать браки "в соответствии с законодательством представляемого государства и если это не противоречит законодательству государства пребывания". В консульских конвенциях с Кубой и Финляндией указывается, что консул регистрирует браки в тех случаях, когда он уполномочен на это представляемым государством и при условии соблюдения законодательства страны пребывания.

В консульских конвенциях предусматривается уведомление местных органов о произведенной в консульстве регистрации брака, если это требуется по местным законам.

Согласно Консульской конвенции с США консулы могут регистрировать заключение и расторжение браков, когда оба лица, вступающие в брак или расторгающие его, являются гражданами представляемого государства, а также принимать заявления, касающиеся семейных отношений гражданина представляемого государства, если это не запрещается законодательством государства пребывания (п. 7 ст. 7).

Согласно Консульскому договору между СССР и ФРГ 1958 г. консул имеет право осуществлять регистрацию браков в соответствии с законодательством государства, назначившего консула, если оба лица, вступающие в брак, являются гражданами представляемого государства. В течение трех месяцев он должен предоставить сведения о совершенной регистрации органам страны пребывания (ст. 23).

Таким образом, иностранцы на территории Российской Федерации могут заключать браки между собой не только на общих основаниях в органах загса, но и в посольствах или консульствах соответствующих иностранных государств и по законам этих государств. В этом последнем случае браки признаются в России на условиях взаимности действительными, если эти лица в момент вступления в брак являлись гражданами государства, назначившего посла или консула. Браки

российских граждан с иностранцами, заключенные на территории Российской Федерации в иностранном дипломатическом представительстве (посольстве, консульстве), юридической силы не имеют.

Браки российских граждан с иностранцами могут заключаться не только в России, но и за границей. Браки, заключенные за границей, признаются в России. Под признание заключенного за границей брака действительным в России следует понимать, что он будет иметь такую же юридическую силу, как и брак, заключенный на территории России, со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Российское семейное законодательство исходит при этом из следующих положений:

- российские граждане могут за рубежом заключать между собой браки как в консульствах РФ, так и в соответствующих органах любого иностранного государства. Обычно браки заключаются в этих органах из-за отсутствия российского посольства в данной стране или консульства в местности, где они находятся;

- все такие браки (как между российскими гражданами, так и "смешанные") будут признаваться в России действительными при условии соблюдения законодательства государства места заключения брака как в отношении формы брака, так и условий вступления в брак;

- единственным условием для признания действительными в России браков российских граждан, заключенных за рубежом, является отсутствие обстоятельств, препятствующих заключению брака, которые установлены ст. 14 СК РФ.

Таким образом, для признания действительности брака, заключенного за границей между российскими гражданами, не требуется выполнение предписаний российского закона о достижении брачного возраста (ст. 13 СК РФ), если были соблюдены условия о брачном возрасте законодательства государства места заключения брака. Отметим, что и ранее (до вступления в силу нового Семейного кодекса) материальные условия действительности брака для лица, состоящего в российском гражданстве, должны были всегда определяться по нашему праву, независимо от места заключения брака. Что же касается вступления в брак иностранца с российским гражданином за границей, то нельзя требовать соблюдения при этом всех предусмотренных российским законодательством материальных условий. Не может, например, этот брак быть признан недействительным на том основании, что применительно к иностранцу не были соблюдены условия о брачном возрасте, предусмотренные российским законом.

Относительно формы брака условия его действительности следующие: брак, заключенный с соблюдением формы, установленной законом места его совершения, признается в Российской Федерации даже в том случае, если такая форма брака неизвестна нашему законодательству.

Поскольку в большинстве стран коллизионная норма внутреннего законодательства отсылает и в отношении материальных условий действительности брака к законодательству страны гражданства или страны места жительства будущего супруга, при заключении брака за рубежом российских граждан будет применяться российское право.

В России признается действительным заключенный за границей брак иностранцев во всех случаях, когда он признается по одному из законодательств иностранного государства, которое можно было бы применить в данном случае. Следовательно, если брак между иностранцами действителен по закону места его совершения либо по личному закону супругов, то он должен быть признан действительным и в РФ. В какой степени это правило может быть ограничено в России оговоркой о публичном порядке? Согласно ст. 167 СК РФ "нормы иностранного семейного права не применяются в случае, если такое применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В этом случае применяется законодательство Российской Федерации".

В связи с этим правилом о публичном порядке возникает, в частности, вопрос: может ли полигамный брак, совершенный за границей в каком-либо государстве, допускающем такие браки, например в Судане или в Объединенных Арабских Эмиратах, получить признание в России? Такой брак не может быть объявлен в России недействительным. Известны случаи, когда мужчины из Сирии или из Объединенных Арабских Эмиратов, имея уже трех жен, предлагали российским гражданкам стать четвертой женой. Заключить такой брак в России нельзя, потому что наличие брака является препятствием для заключения нового брака в России. Но это можно сделать в другой стране.

В ст. 167 СК РФ говорится не о противоречии иностранной нормы, допускающей полигамный брак, основам правопорядка РФ, а о последствиях применения такой нормы в Российской Федерации. Сами нормы иностранного права, допускающие полигамию, противоречат основным принципам российского семейного права, но это не означает, что полигамные браки, заключенные в стране, где они признаются, не могут порождать юридические последствия, признаваемые в нашей стране; нельзя, в частности, ссылаясь на оговорку о публичном порядке,

возражать против признания в России алиментных обязательств членов полигамной семьи.

Таким образом, заключить брак в России с гражданином страны, который уже состоит в одном браке, что допускается законом его гражданства, нельзя, но если впоследствии бывшая российская гражданка сначала вступит в брак с таким лицом за рубежом, а затем вместе с ребенком приедет в Россию или (теоретически такую возможность исключать не следует) окажется в третьей стране и предъявит иск об алиментах на детей от такого брака в России, то такой иск нельзя отвергнуть со ссылкой на публичный порядок.

К бракам, заключаемым российским гражданином и иностранцем в РФ, в полной мере применяются правила законодательства России о признании недействительными так называемых фиктивных браков. В прошлом встречались случаи заключения таких браков, цель которых состояла не в создании семьи, а, например, в обходе действовавших правил выезда или въезда в СССР.

В советском законодательстве не содержалось коллизионных норм относительно действительности браков, заключенных с иностранцами, однако случаи признания иностранных решений об аннулировании брака встречались на практике.

В ст. 159 СК РФ установлено, что недействительность брака, заключенного на территории РФ или за ее пределами, определяется законодательством, которое в соответствии со ст. 156 и 158 применялось при заключении брака. В ст. 156 говорится о применении права при заключении брака на территории России, а в ст. 158 - о признании браков, заключенных за границей.

Браки между российскими гражданами, проживающими вне пределов России, заключаются в консульских учреждениях РФ. Регистрация брака является одним из актов гражданского состояния. При заключении брака в консульствах РФ за границей, как и при совершении консулом других актов гражданского состояния, применяется законодательство России.

Поскольку законодательство в области семейного права отнесено к совместному ведению Федерации и ее субъектов (ст. 72 Конституции РФ), консул должен при регистрации брака применять законы субъекта РФ (это, в частности, может иметь значение в случаях, когда с учетом национальных традиций или по другим основаниям в субъектах РФ по-разному определяется брачный возраст).

Таким образом, следует исходить из того, что, во-первых, регистрация брака в нашем посольстве или консульстве приравнивается к регистрации брака в органах записи актов гражданского состояния; во-

вторых, что при регистрации браков консулом должны соблюдаться материальные условия, необходимые для заключения брака по российскому законодательству.

Такой брак будет признан в государстве пребывания консула, если это вытекает из местного закона или предусмотрено консульской конвенцией РФ с данным государством.

До сих пор речь шла о заключении за границей браков между российскими гражданами и так называемых смешанных браков. Что же касается заключения браков между иностранными гражданами за пределами территории России с соблюдением законодательства государства, на территории которого брак заключается, то такие браки признаются действительными в России (п. 2 ст. 158 СК РФ). Поэтому, если законодательство какой-либо страны допускает возможность вступления в брак при наличии другого брака, нет оснований для признания в России недействительным брака двух иностранных граждан, один из которых уже состоит в браке.

3. Правоотношения между супругами

В каждом государстве определяется режим личных неимущественных и имущественных прав и обязанностей супругов. Для российского законодательства исходным является закрепленный в Конституции РФ принцип полного равноправия мужчины и женщины. Согласно ч. 3 ст. 19 Конституции мужчины и женщины имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации.

При определении права, подлежащего применению к отношениям проживающих на территории РФ супругов-иностранцев или супругов, один из которых является иностранцем, исходным является принцип совместного места жительства, а не принцип гражданства супругов.

Согласно СК РФ "личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов должны определяться законодательством государства, на территории которого супруги имеют совместное место жительства, а при его отсутствии - законодательством государства, на территории которого они имели последнее совместное место жительства" (п. 1 ст. 161). В литературе приводился такой пример из судебной практики.

Обучавшийся в Петербурге студент - египетский гражданин вступил в брак с российской гражданкой. Супруги определенное время жили совместно в этом городе, а потом муж оставил жену и уехал к себе на родину. Впоследствии возник спор об имуществе, приобретенном в период совместной жизни (квартире, денежном вкладе). Поданный в суд

Петербурга иск о разделе имущества должен решаться на основании правил российского Семейного кодекса, поскольку последнее совместное место жительства супругов было в России.

СК РФ ввел новую возможность определения режима имущественных отношений супругов путем заключения брачного договора или соглашения об уплате ими алиментов друг другу.

Брачным договором признается соглашение лиц, вступающих в брак, или соглашение супругов, определяющее имущественные права и обязанности супругов в браке и (или) в случае его расторжения.

Заключив брачный договор, супруги могут изменить установленный законом режим совместной собственности, установить режим совместной, долевой или раздельной собственности на все имущество супругов, на его отдельные виды или на имущество каждого из супругов.

В СК РФ предусмотрено, что при заключении брачного договора или соглашения об уплате алиментов супруги, не имеющие общего гражданства или совместного места жительства, могут сами избрать законодательство, которое будет применяться к заключенному ими договору (ст. 161). При выборе законодательства, подлежащего применению к брачному договору или соглашению об уплате алиментов, супруги не связаны никакими ограничениями. В результате они в принципе вправе избирать законодательство страны, с которой ни один из них не имеет никакой связи. Важное практическое значение имеет вопрос о моменте, когда супруги могут осуществить свое право выбора законодательства. Поскольку СК РФ допускает вообще в любое время изменение соглашения, они могут также в любое время изменить условия о применении права.

Таким образом, супруги в соответствии с принципом автономии воли сторон могут избрать для себя законодательство той страны, с которой они чувствуют наибольшую связь или которое считают для себя наиболее благоприятным.

Следующие правила по вопросу о применении права к личным и имущественным правоотношениям супругов предусмотрены в Минской конвенции 1993 г. и в Кишиневской конвенции 2002 г.:

- личные и имущественные правоотношения супругов определяются по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой они имеют совместное местожительство; если один из супругов проживает на территории одной договаривающейся стороны, а второй - на территории другой и при этом оба супруга имеют одно и то же гражданство, их личные и имущественные правоотношения определяются по законодательству той стороны, гражданами которой они являются;

- если один из супругов является гражданином одной договариваемой стороны, а второй - другой и один из них проживает на территории одной, а второй - на территории другой договариваемой стороны, то их личные и имущественные правоотношения определяются по законодательству той стороны, на территории которой они имели свое последнее совместное место жительства;

- если супруги не имели совместного места жительства на территориях договариваемых сторон, применяется законодательство той стороны, учреждение которой рассматривает дело;

- правоотношения супругов, касающиеся их недвижимого имущества, определяются по законодательству договариваемой стороны, на территории которой находится это имущество;

- по делам о личных и имущественных правоотношениях супругов компетентны учреждения договариваемой стороны, законодательство которой подлежит применению в соответствии с приведенными выше положениями.

Специальные правила по этим вопросам содержатся в двусторонних договорах о правовой помощи. Так, договор, заключенный с Эстонией, устанавливает, что личные и имущественные отношения супругов, являющихся гражданами одного государства и проживающих на территории другой страны, регулируются законами того государства, где они совместно проживают. Этот договор содержит также правило о том, каким законом регулируются отношения супругов, если они проживают на территории разных государств. Например, если муж - гражданин Эстонии проживает в Эстонии, а жена - гражданка Эстонии проживает в России, то их отношения будут регулироваться законом страны их общего гражданства, т.е. законом Эстонии.

Но может случиться, что муж и жена не имеют общего гражданства. Например, проживающая в России жена является гражданкой РФ, а живущий в Эстонии муж является гражданином Эстонии. На этот случай договор устанавливает правило, согласно которому личные и имущественные правоотношения таких супругов регулируются законом той страны, где они имели последнее совместное место жительства.

Несколько иначе сформулированы соответствующие правила в договоре с Польшей. Согласно ст. 25 этого договора личные и имущественные отношения супругов определяются законодательством договариваемой стороны, на территории которой они имеют место жительства.

Если один из супругов проживает на территории одной договариваемой стороны, а второй - на территории другой договариваемой стороны, то их личные и имущественные отношения

определяются законодательством договаривающейся стороны, гражданами которой являются супруги. Если один из супругов является гражданином одной договаривающейся стороны, а второй - гражданином другой договаривающейся стороны, применяется законодательство договаривающейся стороны, суд которой рассматривает дело.

По делам о личных и имущественных отношениях супругов в случае их общего местожительства компетентны суды договаривающейся стороны, на территории которой супруги имеют местожительство. Если при этом супруги являются гражданами другой договаривающейся стороны, компетентны также суды этой договаривающейся стороны.

Если супруги проживают в разных странах, компетентны суды договаривающейся стороны, гражданами которой являются супруги. Если один из супругов является гражданином одной договаривающейся стороны, а второй - гражданином другой договаривающейся стороны, компетентны суды обеих договаривающихся сторон.

4. Расторжение брака

Согласно российскому законодательству расторжение брака производится либо в судебном порядке, либо в органах загса. В органах загса можно расторгнуть брак по взаимному согласию супругов, не имеющих общих несовершеннолетних детей, а также в некоторых других случаях, предусмотренных законом. При наличии несовершеннолетних детей или при отсутствии согласия одного из супругов на расторжение брака необходимо обращаться в суд.

Расторжение брака между российскими и иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также между иностранными гражданами на территории РФ происходит в соответствии с законодательством России (п. 1 ст. 160 СК РФ). В этих случаях применение права страны гражданства супругов-иностранцев не предусмотрено.

Согласно п. 2 ст. 160 СК РФ российский гражданин, проживающий за пределами территории России, вправе расторгнуть брак с проживающим за пределами территории России супругом независимо от его гражданства в суде РФ. Таким образом, возможно расторжение в российском суде брака российского гражданина с иностранцем, проживающим за границей. Введение этого правила в российское законодательство объясняется рядом причин, в частности тем, что в некоторых странах иностранцы лишены права обращаться в суд с иском о расторжении брака.

Российский суд рассматривает дела о расторжении брака гражданина РФ с иностранцем и в тех случаях, когда оба супруга

проживают за границей. Кроме того, в российском суде возможно рассмотрение дела о разводе супругов - российских граждан и в тех случаях, когда они оба проживают за границей.

Суды рассматривают дела о расторжении брака при наличии иностранного элемента по тем же правилам, что и при расторжении браков между гражданами, проживающими в России. Обычно такие дела рассматриваются в присутствии обоих супругов.

В исключительных случаях суды могут рассматривать дела и в отсутствие в судебном заседании одного из супругов. Так, суд может по иску проживающего в России лица рассматривать дело о расторжении брака с иностранцем, проживающим за границей. Дело может быть рассмотрено в отсутствие ответчика-иностранца при условии, что будут обеспечены его процессуальные права. Ответчику направляются извещение о слушании дела и другие судебные документы. Это служит гарантией соблюдения прав иностранца, который может принять меры для защиты своих интересов.

При рассмотрении дел о расторжении брака суд применяет российское законодательство, если иное не вытекает из заключенных РФ с иностранными государствами международных договоров. Поскольку кроме случаев, предусмотренных международным договором, применение иностранного закона исключено, расторжение брака, произведенное в России, может быть не признано за рубежом.

Российское семейное законодательство, в отличие от законодательства большинства иностранных государств, не содержит каких-либо специальных норм, которые предусматривали бы строго определенные поводы и основания для развода. Брак расторгается, если судом будет установлено, что дальнейшая совместная жизнь супругов и сохранение семьи стали невозможными.

Специальные правила о расторжении брака содержатся в договорах о правовой помощи, заключенных Россией с Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Польшей и другими странами. Эти договоры обычно устанавливают: 1) развод производится органами того государства, гражданами которого являются супруги; 2) если супруги проживают в другой стране, то они могут обращаться в суд этой страны. Следовательно, граждане упомянутых стран могут по своему усмотрению возбудить дело о разводе либо в суде на своей родине, либо в суде страны, где они проживают; 3) при расторжении брака применяется законодательство страны гражданства супругов; 4) в тех случаях, когда супруги не имеют общего гражданства и проживают на территории разных государств, дело о разводе может быть возбуждено в суде любого

из договаривающихся государств, причем каждый суд будет применять законодательство своей страны.

В 1996 г. гражданин Азербайджана М. и российская гражданка С. зарегистрировали брак в одном из загсов Москвы. Затем они выехали на постоянное место жительства в Баку, однако семейная жизнь у них не сложилась. Детей у супругов не было. С. решила расторгнуть брак с М. и вернуться в Москву, но муж согласия на развод не дал. Тогда С. уехала к родителям в Москву, где подала заявление о расторжении брака с М. по месту жительства родителей. М. возражает против рассмотрения спора в суде в Москве. В своем заявлении в суд адвокат М. ссылается на положение ст. 28 российско-азербайджанского Договора о правовой помощи 1992 г. и на ст. 29 Минской конвенции СНГ от 22 января 1993 г. о правовой помощи.

Согласно ст. 28 договора с Азербайджаном, если один из супругов - гражданин Азербайджана, а другой - России и один из них проживает на территории Азербайджана, а второй на территории России, то компетентны учреждения обоих государств. Аналогичные положения содержатся и в Минской конвенции.

Приведем в качестве примера положения договора между Российской Федерацией и Республикой Польша о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам 1996 г. Согласно ст. 26 этого договора по делам о расторжении брака применяется законодательство той договаривающейся стороны, гражданами которой являются супруги на момент подачи заявления. Если супруги имеют местожительство на территории другой договаривающейся стороны, то компетентны также органы этой договаривающейся стороны.

Если в момент подачи заявления один из супругов является гражданином одной договаривающейся стороны, а второй - другой договаривающейся стороны, то условия расторжения брака определяются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой они имеют местожительство, а по делам о расторжении брака в этом случае компетентен орган договаривающейся стороны, на территории которой супруги имеют местожительство.

Если один из супругов проживает на территории одной договаривающейся стороны, а второй на территории другой договаривающейся стороны, то применяется законодательство договаривающейся стороны, в органе которой рассматривается дело о расторжении брака.

Вопрос о расторжении брака между супругами, один из которых является гражданином РФ, может возникнуть за границей. Это возможно в случаях, когда оба супруга постоянно проживают в одной стране или

когда один из супругов проживает в стране, где возбуждено дело о разводе.

Интересный в этом отношении пример дала судебная практика ФРГ.

Советская гражданка вступила в 1970 г. в брак с гражданином Анголы во Львов (УССР). От этого брака родились двое детей. Начиная с 1972 г. супруги проживали в ФРГ. В октябре 1979 г. муж переехал на жительство в Анголу. Жена осталась в ФРГ и возбудила иск о разводе; ответчик возражал против расторжения брака и настаивал на том, чтобы на него была возложена забота о детях. Дело рассматривалось в нескольких судебных инстанциях. Определенную сложность вызвал вопрос о применении права. Это объяснялось тем, что последнее решение по делу было вынесено в январе 1984 г., т.е. до принятия в июле 1986 г. нового германского закона о международном частном праве (см. гл. 2), изменившего Вводный закон к ГГУ. В суде первой инстанции на основании ст. 17 Вводного закона к ГГУ к отношениям сторон было применено право Анголы как право страны гражданства мужа. При дальнейшем рассмотрении этого дела было признано, что ст. 17 противоречит ст. 3 (абз. 2) Основного закона (Конституции) ФРГ, устанавливающего равенство мужчины и женщины. В решениях по делу были рассмотрены различные иные варианты применения права, в том числе советского как права страны гражданства истицы и права ФРГ как права страны последнего совместного места жительства супругов.

Если брак между российским гражданином и иностранцем расторгнут за границей, возникает вопрос о признании действительности такого развода в России.

На практике возник также вопрос о признании в России совершенного за границей расторжения брака между российскими гражданами, проживающими за границей. Для таких граждан обращение в российский суд может быть связано с большими трудностями. Поэтому от граждан РФ, постоянно проживающих за границей, нельзя требовать, чтобы их брак расторгался только по правилам российского законодательства. Достаточно, чтобы развод был совершен в соответствии с законами страны их проживания.

Браки между российскими гражданами и браки российских граждан с иностранными гражданами (и лицами без гражданства) могут расторгаться за границей в компетентных органах иностранных государств. Общее правило, предусматривающее эту возможность, закреплено в СК РФ. Согласно п. 3 ст. 160 СК РФ расторжение брака между гражданами РФ и иностранными гражданами или лицами без гражданства, совершенное за пределами территории России с соблюдением законодательства соответствующего иностранного

государства о компетенции органов, принимавших решение о расторжении брака, и подлежащем применению при расторжении брака законодательстве, признается действительным в РФ. Документы, выданные иностранцам в удостоверение развода, совершенного по законам соответствующих государств, признаются действительными в Российской Федерации.

В одних странах требуется государственная регистрация решения суда о расторжении брака, и только после такой регистрации брак считается прекращенным, и соответствующие лица вправе вступить в новый брак. По законодательству же большинства иностранных государств решение суда о расторжении брака является окончательным, и государственной регистрации расторжения брака не требуется (в США, например, суд выдает свидетельство о разводе). Отсюда следует, что в случае расторжения брака в этих государствах при повторном вступлении в брак российские органы загса не должны требовать от иностранных граждан свидетельство органов загса иностранных государств о расторжении брака.

В тех случаях, когда по российскому законодательству брак может быть расторгнут органами загса (наличие согласия супругов при отсутствии общих несовершеннолетних детей), за границей развод может быть оформлен и консулом. Это положение установлено п. 2 ст. 160 СК РФ, согласно которому в этих случаях "брак может быть расторгнут в дипломатических представительствах или консульских учреждениях Российской Федерации". В соответствии с п. 8 Положения о Консульском учреждении Российской Федерации, утвержденном Указом Президента РФ от 5 ноября 1998 г., консул осуществляет в пределах своей компетенции государственную регистрацию актов гражданского состояния.

Ряд консульских конвенций, заключенных с иностранными государствами, предусматривает, что консулы могут расторгать браки. Так, Консульская конвенция с США предусматривает право консулов производить расторжение браков при условии, что оба лица, расторгающие брак, являются гражданами представляемого консулом государства. Аналогичное правило содержится в конвенциях с Болгарией, Грецией и другими странами.

Другие же консульские конвенции предусматривают лишь регистрацию совершенного в стране пребывания консула расторжения брака, в частности произведенного судом, и ведение учета таких разводов. Согласно ст. 19 Консульской конвенции с Финляндией консулы имеют право вести учет совершенных согласно законодательству государства

пребывания разводов, если по крайней мере одно из лиц, расторгающих брак, является гражданином представляемого консулом государства.

Согласно Консульскому договору с ФРГ консул имеет право в соответствии с законодательством государства, назначившего консула, регистрировать расторжение брака, произведенного судом и касающегося граждан государства, назначившего консула (п. 3 ст. 23 Договора).

Российское законодательство устанавливает соответствующие правила в отношении признания расторжения браков между иностранными гражданами, совершенного за границей. Согласно п. 4 ст. 160 СК РФ расторжение брака между иностранными гражданами, совершенное за пределами территории России "с соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства о компетенции органов, принимавших решения о расторжении брака, и подлежащем применению при расторжении брака законодательстве, признается действительным в Российской Федерации".

Следовательно, в качестве условия такого признания закон ставит соблюдение законодательства соответствующего государства, с одной стороны, в отношении компетенции органа (т.е. о том, компетентен ли в данной стране принимать решение о расторжении брака суд или иной орган), а с другой стороны, в отношении соблюдения коллизионных норм семейного права данного государства. Так, если коллизионная норма предусматривала применение при расторжении брака российского законодательства, а оно не было применено, решение о расторжении брака может быть не признано.

Следует иметь в виду, что в ряде договоров о правовой помощи России с другими странами предусматривается взаимное признание судебных решений по семейным делам (с Азербайджаном, Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Грецией, Грузией, Ираком, Италией, КНДР, Кубой, Латвией, Литвой, Эстонией, Монголией, Польшей, Чехией, Финляндией). Так, согласно ст. 23 договора с Финляндией взаимно признаются решения о расторжении брака, о раздельном проживании супругов или о признании брака недействительным (о признании судебных решений см. гл. 18).

До сих пор речь шла о признании в России самого факта расторжения брака, совершенного за границей по местным законам. Однако такое признание расторжения брака не всегда автоматически влечет за собой признание в РФ и последствий развода. Не могут, например, получить признания установленные в иностранном судебном решении такие последствия развода, как лишение стороны, "виновной" в расторжении брака, права вступления в новый брак, лишение ее права на воспитание детей и проч.

Минская конвенция 1993 г. (ст. 28, 29), Кишиневская конвенция 2002 г. (ст. 31, 32) исходят при решении вопросов о расторжении брака из следующих положений:

- по делам о расторжении брака применяется законодательство страны, гражданами которой являются супруги в момент подачи заявления;
- при разном гражданстве применяется законодательство страны, учреждение которой рассматривает дело о расторжении брака;
- рассматривать дела о расторжении браков компетентны учреждения стран, гражданами которых являются супруги в момент подачи заявления;
- если в момент подачи заявления оба супруга проживают на территории другого государства, то рассматривать дело о расторжении брака компетентны также и учреждения этой страны, т.е. супруги могут обращаться и в суд этой страны;
- если супруги являются гражданами различных государств, дело о разводе компетентны рассматривать учреждения страны, на территории которой проживают оба супруга;
- если супруги проживают на территории разных государств, рассматривать дела о расторжении брака компетентны учреждения обоих государств, на территории которых они проживают.

В практике применения ст. 29 Минской конвенции возникла спорная ситуация, которая стала предметом толкования Экономического суда СНГ.

Суть вопроса состояла в следующем.

Гражданин России С., постоянно проживающий на ее территории, временно находился в г. Ташкенте. Мирабадским межрайонным судом по гражданским делам г. Ташкента было принято к производству дело по иску его супруги, гражданки России М., постоянно проживающей в г. Ташкенте, о расторжении брака. Как ответчик С. возражал против рассмотрения дела в суде Узбекистана, так как ранее подал аналогичный иск к жене в суд по месту своей постоянной регистрации в Томской области, где также проживает их малолетний сын, гражданин России. Эти обстоятельства были учтены при рассмотрении дела в первой инстанции межрайонным судом г. Ташкента и ввиду неподведомственности дело было прекращено. Однако апелляционная коллегия горсуда по гражданским делам по частной жалобе М. и по протесту районного прокурора отменила определение суда.

В итоге новым решением межрайонного суда г. Ташкента (в ином составе), применившего Семейный и Гражданский процессуальный

кодексы Узбекистана, брак был расторгнут, причем было решено, что малолетний сын остается с матерью.

Экономический суд СНГ на основании запроса о толковании положений Минской конвенции 1993 г., направленного в суд Исполнительным комитетом СНГ по просьбе посольства РФ в Узбекистане, должен был разъяснить, что следует понимать под проживанием лица на территории соответствующего государства.

Таким образом, надо было ответить на вопрос, может ли суд одной страны СНГ привлечь в качестве ответчика по делу о расторжении брака и решения судьбы малолетнего ребенка гражданина другой страны СНГ, если последний имеет в данной стране лишь временную регистрацию без вида на жительство, будучи постоянно проживающим (зарегистрированным) вместе с ребенком в стране своего гражданства? Экономический суд СНГ исходил из того, что по делам о расторжении брака компетентны учреждения государства - участника Конвенции, гражданами которого являются супруги как в случае, когда один из них проживает за пределами этого государства, так и в случае, когда оба проживают за пределами страны своего гражданства, но на территориях разных государств.

Если же оба супруга проживают на территории другого государства - участника Конвенции, компетентны по их выбору учреждения как государства, гражданами которого они являются, так и учреждения страны, где они проживают. Вопрос об их месте проживания решается в соответствии с национальным законодательством государства, учреждение которого устанавливает свою компетенцию.

Экономический суд СНГ пришел к выводу о том, что независимо от того, компетентный суд какого государства - участника Конвенции рассматривает дело о расторжении брака между супругами, являющимися гражданами одного государства, суд страны их гражданства или суд другого государства, где они проживают (п. 1 ст. 29 Конвенции), он обязан решать вопрос об условиях и порядке развода на основе законодательства о браке и семье этого государства, гражданами которого являются оба супруга, и ссылаться в своем решении на материально-правовую норму этой страны. Поэтому противоречат Конвенции случаи, когда подобные вопросы разрешаются на основании семейного законодательства государства, суд которого рассматривал дело.

5. Правоотношения между родителями и детьми

Правовое положение ребенка определяется его гражданством.

Согласно ст. 12 Федерального закона о гражданстве 2002 г. ребенок приобретает гражданство РФ по рождению, если на день рождения ребенка:

а) оба его родителя или единственный его родитель имеют гражданство РФ (независимо от места рождения ребенка);

б) один из его родителей имеет гражданство РФ, а другой родитель является лицом без гражданства, или признан безвестно отсутствующим, или место его нахождения неизвестно (независимо от места рождения ребенка);

в) один из его родителей имеет гражданство РФ, а другой родитель является иностранным гражданином, при условии, что ребенок родился на территории РФ либо если в ином случае он станет лицом без гражданства;

г) оба его родителя, проживающие на территории РФ, являются иностранными гражданами или лицами без гражданства, при условии, что ребенок родился на территории РФ, а государства, гражданами которых являются его родители, не предоставляют ему свое гражданство.

Ребенок, который находится на территории РФ и родители которого неизвестны, становится гражданином РФ в случае, если родители не объявятся в течение шести месяцев со дня его обнаружения.

Федеральным законом 2002 г. предусмотрен также в ряде случаев прием ребенка в гражданство РФ в упрощенном порядке (ст. 14), а также правила об изменении гражданства ребенка при изменении гражданства родителей (опекунов и попечителей).

Согласно ст. 9 Федерального закона о гражданстве 2002 г. гражданство ребенка приобретается или прекращается при приобретении или прекращении гражданства РФ одним из его родителей либо обоими его родителями.

Для приобретения или прекращения гражданства РФ ребенком в возрасте от 14 до 18 лет необходимо его согласие.

Гражданство РФ ребенка не может быть прекращено, если в результате он станет лицом без гражданства.

Гражданство ребенка не изменяется при изменении гражданства его родителей, лишенных родительских прав. В случае изменения гражданства ребенка не требуется согласие его родителей, лишенных родительских прав.

Установление и оспаривание отцовства (материнства) определяется законодательством государства, гражданином которого является ребенок по рождению (п. 1 ст. 162 СК РФ). Практически на территории России чаще всего возникают вопросы по установлению отцовства в отношении детей - российских граждан, и потому применяется законодательство России; однако в отношении детей, являющихся иностранными

гражданами, будет обеспечена защита в соответствии с законодательством страны их гражданства. Эта норма, как и другие коллизионные нормы СК РФ, исходит из интересов детей.

Порядок установления или оспаривания отцовства (материнства) на территории России определяется российским законодательством.

В тех случаях, когда по российскому законодательству допускается установление отцовства в органах записи актов гражданского состояния, проживающие вне пределов РФ родители ребенка, из которых хотя бы один является гражданином РФ, вправе обращаться с заявлениями об установлении отцовства в дипломатические представительства или консульские учреждения РФ (ст. 162 СК РФ).

Нормы об установлении отцовства есть и в договорах о правовой помощи. Так, согласно ст. 29 договора с Эстонией по делам об установлении или оспаривании отцовства применяется законодательство страны, гражданином которой ребенок является по рождению.

До принятия СК РФ коллизионные вопросы отношений между родителями и детьми, и прежде всего касающиеся алиментных обязательств, законодательно не регулировались. Суды применяли к этим отношениям законодательство, действующее в России. Теперь ст. 163 СК РФ предусматривает, что права и обязанности родителей и детей, в том числе обязанность родителей по содержанию детей, определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства. При отсутствии совместного места жительства родителей и детей их права и обязанности определяются законодательством государства, гражданином которого является ребенок. По требованию истца к алиментным обязательствам и к другим отношениям между родителями и детьми может быть применено законодательство государства, на территории которого постоянно проживает ребенок.

Таким образом, закон исходит из того, что отношения родителей и детей наиболее тесно связаны с законодательством страны их совместного места жительства. Иными словами, независимо от гражданства сторон к отношениям родителей и детей, проживающих в России, должно применяться российское семейное законодательство. Лишь при отсутствии такого совместного проживания подлежащее применению право будет определяться на основе принципа гражданства ребенка. Во главу угла поставлены интересы ребенка. Поэтому дается возможность по требованию истца в порядке изъятия из этих положений применять законодательство страны, где ребенок постоянно проживает.

В комментариях Н.И. Марышевой к Семейному кодексу подчеркивается, что в нем говорится не об обязанности суда применять по

требованию истца законодательство страны места жительства ребенка, а лишь о возможности такого применения. По смыслу закона должен приниматься во внимание тот факт, что законодательство страны места жительства ребенка действительно более благоприятно для него. Здесь могут учитываться: способ взыскания алиментов (в процентном отношении к заработной плате ответчика или в твердой денежной сумме), сроки взыскания (до достижения 18 лет или до достижения экономической самостоятельности, как это принято в ряде стран) и т.п. Российский закон, в отличие от законодательства ряда других государств, не делает различия при определении применимого права к отношениям родителей и детей, рожденных в браке, и к отношениям родителей и внебрачных детей.

В случае выезда за границу на постоянное жительство лица, обязанного выплачивать алименты, при отсутствии договора о правовой помощи, обеспечивающего взаимное исполнение судебных решений, возникают сложности. Известно, что больше всего иммигрантов из России и других стран СНГ выехало в США, Германию, Израиль и некоторые другие государства, с которыми договоры такого рода не были заключены. Можно привести такой пример.

По решению российского суда с Ф. взыскивали алименты на содержание сына. После выезда Ф. на постоянное жительство в ФРГ суд этой страны отказал в исполнении решения, сославшись на отсутствие взаимной договоренности.

Остается возможность предъявления иска в суд государства, куда переехало лицо, обязанное платить алименты. На практике применяется и такой способ решения проблемы, как суммирование полагающихся ребенку до достижения им совершеннолетия сумм и заключение соглашения сторон об их выплате.

Вопрос о законе, которым должны регулироваться правоотношения между родителями и детьми, решен в договорах о правовой помощи, заключенных с Болгарией, Венгрией, КНДР, Вьетнамом, Румынией, Монголией, Польшей, Эстонией, Латвией, Литвой. Эти договоры устанавливают, что правоотношения между родителями и детьми определяются законом того государства, на территории которого родители и дети имеют совместное место жительства.

Однако если место жительства родителей или одного из них находится на территории одного договаривающегося государства, а место жительства ребенка - на территории другого, то правоотношения между родителями и детьми регулируются законом того государства, гражданином которого является ребенок. Если, например, отец - российский гражданин проживает в РФ, а ребенок - российский

гражданин живет в Эстонии, то обязанности отца, включая обязанности выплачивать алименты, определяются российским правом.

Договоры с Вьетнамом и Монголией предусматривают в случае раздельного проживания применение законодательства страны места жительства ребенка.

Статья 32 Минской конвенции 1993 г. (в ред. Протокола от 28 марта 1997 г.), а также ст. 35 Кишиневской конвенции 2002 г. предусматривают следующие правила:

- права и обязанности родителей и детей, в том числе обязательства родителей по содержанию детей, определяются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой они имеют постоянное совместное место жительства, а при отсутствии постоянного совместного места жительства родителей и детей их взаимные права и обязанности определяются законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой является ребенок.

По требованию истца по алиментным обязательствам применяется законодательство договаривающейся стороны, на территории которой постоянно проживает ребенок;

- алиментные обязательства совершеннолетних детей в пользу родителей, а также алиментные обязательства других членов семьи определяются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой они имели совместное место жительства. При отсутствии совместного места жительства такие обязательства определяются законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой является истец;

- по делам о правоотношениях между родителями и детьми компетентен суд договаривающейся стороны, законодательство которой подлежит применению;

- исполнение решений суда по делам, связанным с воспитанием детей, производится в порядке, установленном законодательством договаривающейся стороны, на территории которой проживает ребенок;

- договаривающиеся стороны оказывают друг другу помощь в розыске ответчика по делам о взыскании алиментов, когда есть основание полагать, что ответчик находится на территории другой договаривающейся стороны, и судом вынесено определение об объявлении его розыска.

В целях большей гарантии обеспечения интересов детей в договорах с Венгрией, Болгарией и Польшей закреплено правило, позволяющее применить закон страны места жительства ребенка, если законодательство этой страны является для него более благоприятным. Договор с Вьетнамом предусматривает по делам о взыскании алиментов с родителей

в пользу детей и с совершеннолетних детей в пользу родителей применение законодательства страны, на территории которой имеет место жительства лицо, претендующее на получение алиментов.

Таким образом, российская гражданка может обратиться в наш суд с иском о взыскании алиментов на содержание ребенка, если отец ребенка - иностранный гражданин проживает в России или в стране, с которой имеется договор о правовой помощи, предусматривающий взаимное исполнение судебных решений.

Правоотношения между ребенком, родившимся от лиц, не состоящих в зарегистрированном браке, и его матерью и отцом определяются законодательством той договаривающейся стороны, гражданином которой является ребенок.

Большие сложности на практике при отсутствии международных соглашений вызывают вопросы, связанные с осуществлением родительских прав при распаде семьи.

Так, у России нет такого договора с Францией, поэтому в 1998 - 2001 гг. большой общественный резонанс вызвали решения французских судов, ограничивающие права гражданки России - актрисы Н. Захаровой на свидания с ее маленькой дочкой Машей, помещенной в детский приют, несмотря на то что при расторжении брака Н. Захаровой с французским гражданином Улри - отцом девочки, Маша должна была находиться у матери.

Известны случаи, когда дети незаконно вывозились из России одним из родителей или незаконно удерживались за рубежом отцом ребенка при наличии судебного решения о том, что ребенок должен проживать со своей матерью в России. Приведем пример из практики.

Российская гражданка вышла замуж за гражданина США Д. Блисса, работавшего в Москве в одной из американских фирм. Их сын родился в США и в соответствии с законами этой страны стал ее гражданином. Без согласия матери отец в ее отсутствие вывез ребенка в США, когда семья находилась в России.

Сложность ситуации в таких случаях объясняется тем, что Россия не участвует в Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах похищения детей в международном масштабе 1980 г. Эта Конвенция регулирует гражданско-правовые вопросы, ее цель - способствовать немедленному возвращению незаконно перемещенных или похищенных детей. Перемещение или удержание ребенка считается незаконным, "если это нарушает право попечения, которым наделено соответствующее лицо (это может быть мать, отец, опекун и т.д.) в соответствии с законодательством государства, в котором ребенок постоянно проживает". В Конвенции участвуют 66 государств, в том числе США,

Великобритания, ФРГ, Греция, Израиль, Польша, Молдавия, Грузия, Туркмения, Белоруссия, Эстония, Латвия и др.

6. Усыновление

Усыновление или удочерение (в дальнейшем изложении применяется термин "усыновление") - это такой юридический акт, в силу которого между усыновленным ребенком и лицом или лицами, принявшими его на воспитание, устанавливаются личные и имущественные отношения, существующие между родителями и детьми. Такие семейно-правовые отношения, осложненные наличием так называемого иностранного элемента, регулируются нормами международного частного права, которое устанавливает юридические связи данного отношения с правовыми порядками нескольких государств. Если усыновитель и усыновляемые являются гражданами разных государств либо если факт усыновления должен иметь место за границей и осуществляться в соответствии с законодательством иностранного государства, применяется понятие "международного", или "иностранного", усыновления.

Снижение рождаемости в странах Западной Европы и США и ряд других факторов, прежде всего связанных с ухудшением экономического положения в странах Юго-Восточной Азии, привели в конце XX в. и в начале XXI в. к распространению международного усыновления. В последние годы особенно актуальным международное усыновление стало для России, поскольку многих российских детей усыновляют граждане США, Италии, Испании, Германии и других стран. В ряде случаев усыновлялись тяжелобольные дети, и для них были созданы в новых семьях, в частности в США, соответствующие условия.

Однако иногда при усыновлении иностранцами российских детей нарушались права ребенка, а также его родственников в России, осуществлялась преступная "торговля детьми", другие злоупотребления. К сожалению, имели место и случаи, когда иностранные граждане, усыновив ребенка, увозили его за границу, а затем отказывались от него и бросали на произвол судьбы.

Все это привело к необходимости внести изменения в законодательство в этой области. В СК РФ были установлены новые правила, Правительством РФ принят ряд постановлений по вопросам усыновления иностранными гражданами детей, являющихся гражданами РФ. Правительством утверждены правила передачи детей на усыновление и осуществления контроля за условиями их жизни и воспитания в семьях усыновителей на территории РФ.

Согласно Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г., ратифицированной нашим государством, "государства-участники, которые признают и/или разрешают существование системы усыновления, обеспечивают, чтобы наилучшие интересы ребенка учитывались в первоочередном порядке, и они:

а) обеспечивают, чтобы усыновление ребенка разрешалось только компетентными властями, которые определяют в соответствии с применимыми законом и процедурами и на основе всей относящейся к делу и достоверной информации, что усыновление допустимо ввиду статуса ребенка относительно родителей, родственников и законных опекунов и что, если требуется, заинтересованные лица дали свое осознанное согласие на усыновление на основе такой консультации, которая может быть необходимой;

б) признают, что усыновление в другой стране может рассматриваться в качестве альтернативного способа ухода за ребенком, если ребенок не может быть передан на воспитание или помещен в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление, и если обеспечение какого-либо подходящего ухода в стране происхождения ребенка является невозможным;

с) обеспечивают, чтобы в случае усыновления ребенка в другой стране применялись такие же гарантии и нормы, которые применяются в отношении усыновления внутри страны;

д) принимают все необходимые меры с целью обеспечения того, чтобы в случае усыновления в другой стране устройство ребенка не приводило к получению неоправданных финансовых выгод, связанных с этими лицами" (ст. 21).

Статья 165 СК РФ допускает усыновление в России иностранными гражданами детей, являющихся как российскими гражданами, так и иностранными, проживающими на ее территории.

В отношении усыновления на территории РФ иностранными гражданами и лицами без гражданства детей, являющихся российскими гражданами, российское законодательство предусматривает, что усыновление производится в соответствии с законодательством государства, гражданином которого является усыновитель (при усыновлении ребенка лицом без гражданства - в соответствии с законодательством государства, в котором это лицо имеет постоянное место жительства) на момент подачи заявления об усыновлении (ст. 165 СК РФ).

Применение при усыновлении соответствующего иностранного законодательства о требованиях к усыновлению (в отношении возраста, материального положения и т.п.) призвано обеспечивать в дальнейшем

стабильность усыновления в иностранном государстве, поскольку обычно усыновитель-иностранец увозит ребенка в свою страну.

Например, если усыновители - граждане США, то они должны соответствовать требованиям, которые предъявляются к усыновителям законом об усыновлении соответствующего штата США, поскольку в этой стране нет федерального законодательства об усыновлении.

В соответствии со ст. 165 СК РФ должны быть также соблюдены требования ст. 124 - 126, 129 - 132, исходящие прежде всего из того, что усыновление допускается в отношении несовершеннолетних детей и только в их интересах. Согласно п. 4 ст. 124 усыновление детей иностранными гражданами или лицами без гражданства допускается только в случаях, если не представляется возможным передать этих детей на воспитание в семьи российских граждан, постоянно проживающих на территории РФ, либо на усыновление родственниками детей независимо от гражданства и места жительства этих родственников.

В практике работы судов известны случаи несоблюдения этих правил.

Гражданка России Д. из Дагестана - педагог по профессии, имеет высшее образование, воспитывает без мужа двоих детей. Третий ребенок, девочка по имени Айзанат, родилась вне брака. Поэтому до разрешения вопроса о признании удочерения маленькой Айзанат дагестанскими родственниками мать решила временно поместить ее в Санкт-Петербургский дом ребенка, о чем и указала в своем заявлении в суд.

Санкт-Петербургский городской суд 5 июня 1998 г. вынес решение об удочерении супружеской парой из США Айзанат при отсутствии согласия ее матери на удочерение. Дееспособная мать не была лишена родительских прав, место ее нахождения всем было известно. Она узнала об удочерении своего ребенка, только когда судья известил ее о вынесенном решении телеграммой.

Таким образом, усыновление детей иностранными гражданами допускается только в случае, если не представилось возможным, несмотря на принимаемые меры, передать детей в российские семьи (на усыновление, под опеку (попечительство), в приемную семью). При этом дети могут быть переданы на усыновление иностранным гражданам лишь при условии, что прошло более трех месяцев с момента постановки их на централизованный учет детей, оставшихся без попечения родителей, порядок которого в соответствии со ст. 124 был определен Постановлением Правительства РФ от 3 августа 1996 г. "Об организации централизованного учета детей, оставшихся без попечения родителей". Учет ведется органами исполнительной власти субъектов Федерации, и в масштабах Российской Федерации - Министерством просвещения РФ.

Приведем пример из судебной практики, касающийся последствий несоблюдения этого порядка.

Верховный Суд Российской Федерации признал правильным вывод суда об отказе в удовлетворении заявления об установлении усыновления гражданам США - супругам Р., обратившимся в суд с просьбой об усыновлении Дмитрия Ш., 27 сентября 1996 г. рождения, воспитанника Дома ребенка N 2 г. Омска. Отказ в усыновлении объяснялся рядом обстоятельств, в том числе несоблюдением порядка организации учета детей, подлежащих усыновлению. Мальчик не был поставлен в установленные законом сроки на региональный и федеральный учет. Органы исполнительной власти г. Омска не предпринимали меры к устройству ребенка, чье здоровье улучшилось, в семью российских граждан. Кроме того, супруги Р. познакомились с Дмитрием заочно по фотографиям и кассетам, а личное их знакомство состоялось накануне судебного разбирательства дела и было непродолжительным (решение Судебной коллегии Верховного Суда РФ по гражданским делам от 12 января 1999 г.).

В отношении усыновления применяется утвержденное Правительством РФ 15 сентября 1995 г. Положение о порядке передачи детей, являющихся гражданами Российской Федерации, на усыновление гражданам Российской Федерации и иностранным гражданам. Учреждение, производящее усыновление ребенка - иностранного гражданина, должно в соответствии с п. 1 ч. 3 ст. 165 СК РФ получить согласие законного представителя ребенка и компетентного органа государства, гражданином которого является ребенок, а также, если это требуется в соответствии с законодательством указанного государства, согласие ребенка на усыновление.

В случае если в результате усыновления (удочерения) могут быть нарушены права ребенка, установленные законодательством РФ и международными договорами РФ (прежде всего Конвенцией ООН о правах ребенка), усыновление не может быть произведено независимо от гражданства усыновителя, а произведенное усыновление (удочерение) подлежит отмене в судебном порядке (п. 2 ст. 165 СК РФ).

В соответствии со ст. 166 СК РФ иностранные усыновители сами вправе представить в суд документы, подтверждающие содержание соответствующих норм права государства, гражданами которого они являются. Если такие документы заявителем не представлены, сведения об иностранном праве могут быть запрошены судом в Министерстве юстиции РФ или в консульском учреждении России за рубежом. Информацию об иностранном праве можно также получить путем привлечения экспертов - специалистов в области иностранного права. При

неустановлении, несмотря на предпринятые меры, иностранного права суд вправе применить при усыновлении нормы российского закона, т.е. соответствующие положения СК РФ.

Таким образом, приоритет при усыновлении в соответствии с Конвенцией ООН о правах ребенка 1989 г. всегда должен оставаться за усыновителем - российским гражданином, проживающим в России. Согласно этой Конвенции, участником которой является и Россия, усыновление в другой стране может рассматриваться в качестве альтернативного способа ухода за ребенком, если ребенок не может быть передан на воспитание или помещен в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление, и если обеспечение какого-либо подходящего ухода в стране происхождения ребенка является невозможным.

Усыновление иностранцами, состоящими в браке с российскими гражданами, производится в порядке, установленном Семейным кодексом РФ для российских граждан, если иное не предусмотрено международными договорами РФ.

В России установлен следующий порядок передачи детей, являющихся российскими гражданами, на усыновление гражданам РФ, постоянно проживающим за пределами России, иностранным гражданам или лицам без гражданства. Такое усыновление допускается только в случаях, если не представляется возможным передать этих детей на воспитание в семьи граждан РФ, постоянно проживающих в России, либо на усыновление родственникам детей, независимо от их гражданства и местожительства. Усыновление производится судом по месту жительства или нахождения ребенка. Иностранцы должны получить предварительное разрешение на усыновление соответствующим органом исполнительной власти (в том числе и заключение компетентного органа своего государства об обоснованности усыновления или о его соответствии интересам усыновляемого ребенка).

Для рассмотрения в суде вопроса об усыновлении к заявлению с просьбой об усыновлении ребенка должны быть приложены: заключение компетентного органа страны гражданства усыновителя об условиях его жизни, содержащее биографические данные, сведения о составе семьи, характеристику; документ о доходах или справка с места работы с указанием годового дохода; медицинское заключение о состоянии здоровья; копия свидетельства о браке (если усыновитель состоит в браке); разрешение на въезд и постоянное место жительства усыновляемого ребенка, выданное компетентным органом страны кандидата в усыновители, в ведении которого находятся вопросы иммиграции и натурализации, и другие сведения.

Согласно российскому законодательству в России допускается усыновление иностранными гражданами, проживающими на ее территории, детей, являющихся иностранными гражданами.

При усыновлении должны соблюдаться все нормы российского законодательства, определяющего, в отношении каких детей допускаются усыновление, порядок усыновления, ведение учета нуждающихся в усыновлении детей и лиц, желающих усыновить ребенка, т.е. обеспечивающего интересы усыновляемых детей.

Несоблюдение положений российского законодательства об усыновлении влечет за собой отказ в разрешении усыновления. Если усыновление состоялось, то оно подлежит отмене в судебном порядке.

Усыновление ребенка, являющегося гражданином России и проживающего за ее пределами, произведенное компетентным органом иностранного государства, гражданином которого является усыновитель, признается действительным в России при условии получения предварительного разрешения на усыновление от органа исполнительной власти субъекта РФ, на территории которого ребенок или его родители (один из них) проживали до выезда за пределы территории России (п. 4 ст. 165 СК РФ).

Защита прав и законных интересов детей, являющихся российскими гражданами и усыновленными иностранцами, за пределами России осуществляется в пределах, допускаемых нормами международного права, консульскими учреждениями РФ, в которых эти дети состоят на учете до достижения ими совершеннолетия. В 2000 г. были также утверждены правила постановки на учет консульскими учреждениями РФ детей, являющихся гражданами РФ и усыновленных иностранными гражданами или лицами без гражданства.

При усыновлении на территории РФ российскими гражданами ребенка, являющегося иностранным гражданином, необходимо получить согласие законного представителя ребенка и компетентного органа государства, гражданином которого является ребенок, а также, если это требуется в соответствии с законодательством такого государства, согласие ребенка на усыновление.

В России не допускается посредническая деятельность по усыновлению детей. В качестве такой деятельности не рассматривается деятельность органов опеки и попечительства и органов исполнительной власти по выполнению возложенных на них обязанностей, связанных с выявлением и устройством детей, оставшихся без попечения родителей. Не рассматривается в качестве такой деятельности и деятельность специально уполномоченных иностранными государствами органов или

организаций по усыновлению детей. Все эти органы и организации не могут преследовать в своей деятельности коммерческие цели.

Для сравнения с правилами российского законодательства приведем коллизионные нормы Закона о международном частном праве Эстонии 2002 г. Согласно этому Закону в отличие от принятого в России принципа применения закона гражданства усыновителя к усыновлению применяется право государства местожительства усыновителя. К усыновлению супругами применяется право, применимое к общим правовым последствиям брака, действующее во время усыновления.

Если согласно праву государства местожительства ребенка для усыновления требуется согласие ребенка или иного лица, находящегося с ребенком в семейно-правовых отношениях, то в отношении усыновления применяется право государства местожительства ребенка.

Если к усыновлению применяется право иностранного государства или если усыновление было осуществлено на основании решения суда иностранного государства, то такое усыновление имеет в Эстонии такое же значение, какое оно имеет согласно праву, на основании которого усыновление было осуществлено.

Статья 165 СК РФ, в отличие от ранее действовавшего законодательства, не содержит норм, предоставляющих возможность усыновления детей, являющихся российскими гражданами и проживающих за границей, в консульских учреждениях РФ. Это связано с изменением порядка усыновления детей: согласно ст. 125 СК РФ усыновление должно производиться судом по правилам, предусмотренным ГПК РФ. Однако до введения судебного порядка усыновления в действие продолжала действовать ст. 32 Консульского устава СССР. Поэтому усыновление детей, являющихся российскими гражданами и проживающих за границей, могло быть до введения в действие судебного порядка усыновления осуществлено и в консульских учреждениях России.

Согласно консульским конвенциям, заключенным нашей страной с некоторыми государствами (например, с Болгарией), консул имеет право оформлять усыновление в соответствии с законодательством представляемого государства и договором о правовой помощи. По другим конвенциям (например, с Австрией) предусмотрено, что консулы имеют право производить усыновление, когда усыновитель и усыновляемый являются гражданами государства, назначившего консула. Действительность такого акта усыновления, совершенного в стране пребывания консула, будет определяться исключительно законами этой страны.

Положения об усыновлении содержатся также в двусторонних договорах о правовой помощи. Приведем в качестве примера ст. 30 Договора с Польшей. В ней говорится следующее:

- по вопросам усыновления применяется законодательство страны, гражданином которой является усыновитель на момент подачи заявления. Если усыновитель является гражданином одной страны, а проживает на территории другой страны, то применяется законодательство последней;

- для усыновления применяется также законодательство страны, гражданином которой является усыновляемый, относительно его согласия, согласия его законного представителя, разрешения компетентного государственного органа, а также ограничений усыновления в связи с переменой местожительства усыновляемого в одном государстве на местожительство в другом государстве;

- если ребенок усыновляется супругами, один из которых является гражданином одной страны, а второй - гражданином другой страны, должны быть выполнены требования, предусмотренные законодательством обоих государств. Если, однако, супруги имеют местожительство на территории одного государства, применяется законодательство этого государства;

- по делам об усыновлении, изменении, прекращении и признании усыновления недействительным компетентен орган страны, гражданином которой является усыновляемый на момент подачи заявления. Если усыновляемый является гражданином одной страны, а местожительство имеет на территории другой страны, где имеет местожительство также усыновитель, компетентен и орган этой страны.

Положения об усыновлении, предусмотренные договорами о правовой помощи, заключенными Россией со странами СНГ и государствами Балтии, не всегда идентичны. Так, договор с Эстонией наряду с применением законодательства государства гражданства усыновителя предусматривает, что если усыновители ребенка являются гражданами разных государств, то усыновление должно отвечать требованиям законодательства обеих стран.

Согласно договорам о правовом статусе граждан, постоянно проживающих на территории другой страны, заключенным Россией с Казахстаном (1995), Туркменистаном (1995), исходным является не гражданство усыновителя, а его постоянное место жительства.

Согласно Минской конвенции 1993 г. (ст. 37) и Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 40), так же как и по российскому законодательству, усыновление или его отмена осуществляются по законодательству страны, гражданином которой является усыновитель в момент подачи заявления об усыновлении или его отмене. При разном гражданстве усыновителя и

усыновляемого необходимо, кроме того, получить согласие на усыновление родителей или иных законных представителей ребенка, а также компетентного органа страны гражданства ребенка. В случаях, если законодательством страны, гражданином которой является ребенок, предусмотрено получение также его согласия на усыновление, согласие усыновляемого является обязательным условием усыновления.

Если усыновителями являются супруги, имеющие гражданство разных стран - участниц Конвенции, в отношении условий усыновления применяется законодательство и той и другой страны.

Органом, правомочным производить усыновление и его отмену, является компетентный орган страны гражданства усыновителя. Если супруги-усыновители не имеют общего гражданства, вопросы усыновления рассматриваются в стране, в которой они имеют или имели последнее совместное место жительства или место пребывания.

Гаагская конвенция о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления устанавливает материально-правовые нормы, предусматривающие гарантию того, что усыновление должно осуществляться в интересах ребенка, предусматривает признание усыновлений в договаривающихся государствах, совершенных в соответствии с этой Конвенцией.

Проблемы правового регулирования усыновления детей как гражданами РФ, в том числе проживающими за границей, так и иностранцами, пресечения незаконной деятельности в области усыновления российских детей иностранцами сохраняют свою актуальность. Об этом свидетельствуют следующие данные: за 10 лет (1993 - 2003 гг.) число российских детей, оставшихся без попечения родителей, выросло вдвое, причем количество российских семей, усыновивших детей-сирот, сократилось в два раза, в то время как иностранных - увеличилось в пять раз. В 2003 г. впервые иностранцы усыновили больше российских детей, чем наши сограждане.

Контрольные вопросы по теме:

1. Что представляет собой заключение брака?
2. Законодательством какой стран определяется установление и оспаривание отцовства (материнства)?
3. Какой принцип является исходным при определении права, подлежащего применению к отношениям проживающих на территории РФ супругов-иностранцев или супругов, один из которых является иностранцем?

4. Согласно российскому законодательству в России допускается ли усыновление иностранными гражданами, проживающими на ее территории, детей, являющихся иностранными гражданами?

Лекция 12. Международное наследственное право.

1. Общие положения.
2. Коллизионные вопросы наследования.
3. Наследование по завещанию.
4. Выморочное имущество.
5. Наследственные права российских граждан за границей.
6. Производство по наследственным делам

1. Общие положения

Число наследственных дел с иностранным элементом во второй половине XX в. все время увеличивалось, что явилось косвенным последствием миграции населения во всем мире в конце XIX и начале XX в. Так, из Европы в период 1901 - 1910 гг. выехало 12 377 тыс., а в период 1911 - 1920 гг. - 8852 тыс. человек. Во второй половине XX в. эти процессы еще более усилились, в том числе и в связи с распадом Советского Союза.

Переселенцы часто связаны родственными отношениями с отдельными гражданами страны своего происхождения, что и служит основой для возникновения дел о наследовании. Таким образом, наследственные дела с иностранным элементом - это неизбежное следствие перемещения населения.

Разнообразие практики в этой области и сложности, возникающие при разрешении конкретных наследственных дел, объясняются значительными различиями во внутреннем законодательстве разных стран в области наследования. Так же как и в области семейного права, в этой области сохраняются значительные различия во внутреннем законодательстве разных государств, которые определяются этническими, религиозными и иными традициями. Это затрудняет проведение унификации материально-правовых норм и проявляется в том, что неодинаково определяется круг наследников по закону и по завещанию; устанавливаются различные требования, предъявляемые к форме завещания; существуют различные системы распределения наследственного имущества.

При наследовании по закону в самом законе конкретно предусматривается, кто является наследником и в какой очередности наследники призываются к получению наследственного имущества. В одних странах (например, в России) круг наследников определяется широко, поскольку установлено семь категорий степеней наследников. В

других странах круг наследников может быть более узким, может не быть деления наследников на очереди и т.д.

Иностранный элемент в наследственных отношениях проявляется в том, что: наследодатель, все наследники или некоторые из них могут быть гражданами различных государств, проживать в разных странах; наследуемое имущество может находиться в разных государствах; завещание может быть составлено за границей и т.п.

Регулирование отношений по наследованию между различными государствами было известно еще в глубокой древности. В Киевской Руси Договор князя Олега с греками 911 г. применительно к русским, находящимся на службе в Греции у греческого царя, предусматривал следующее. "Если кто из них умрет, не завещав своего имущества, а своих родственников у него в Греции не будет, то пусть возвратят все его имущество ближайшим родственникам на Руси. Если же он составит завещание, то пусть тот, кому он написал распоряжение наследовать имущество, возьмет имущество и наследует в нем". Соответствующие положения предусматривались и в договорах Новгорода и Пскова с Ганзейским союзом.

Основным источником регулирования в этой сфере международного частного права в современных условиях является внутреннее законодательство государств. В России - это положения разд. VI части третьей ГК РФ (ст. 1224), в других странах СНГ соответствующие нормы также, как правило, сформулированы в гражданских кодексах (Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Узбекистан, Туркмения); в Азербайджане и в Грузии - в законах о международном частном праве.

Во многих государствах мира в области наследования при наличии иностранного элемента существенное значение имеет наряду с законодательством судебная практика (особенно в странах англо-американской системы).

В отличие от семейного права число универсальных международных конвенций в области наследования незначительно. К ним относятся Гагская конвенция о коллизиях законов, касающихся формы завещательных распоряжений 1961 г. (участвует 37 государств); Гагская конвенция относительно международного управления имуществом умерших лиц 1973 г. (имеется в виду управление наследственным имуществом, находящимся за границей); Гагская конвенция о праве, применимом к вопросам наследования имущества умерших 1989 г.; Вашингтонская конвенция о единой форме международного завещания 1973 г. (Россия в этих конвенциях не участвует, хотя советская делегация участвовала в дипломатической конференции в Вашингтоне, на которой

была принята последняя из перечисленных выше конвенций. СССР подписал ее, но затем не ратифицировал.)

В рамках ЕС ведется работа по созданию не только норм о признании и исполнении решений по наследственным делам, но и единых европейских коллизионных норм в области наследственного права.

В отношениях России со странами СНГ основную роль в этой области призваны играть двусторонние договоры о правовой помощи (с Азербайджаном, Грузией, Молдавией, Киргизией), а также консульские конвенции с этими странами. Подробные правила по вопросам наследования содержатся в Минской конвенции 1993 г. (ст. 44 - 50) и в Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 47 - 53).

В целом ряде договоров о правовой помощи, заключенных с другими странами (со странами Балтии, Польшей, Болгарией, Венгрией), имеются подробные правила о наследовании. К ним относятся коллизионные правила о праве, применимом к наследованию движимого и к наследованию недвижимого имущества, к форме завещания и др., материальные (об исчислении срока на принятие наследства, о выморочном имуществе и др.), нормы о юрисдикции по наследственным делам, о мерах по охране наследственного имущества и интересов наследников.

В других договорах, например с Грецией, Кипром, Финляндией, нормы о наследовании немногочисленны и касаются лишь предоставления национального режима в этой области и определения права, применимого к форме завещаний.

2. Особое значение в этой сфере имеет предоставление иностранцам национального режима и применение этого режима на практике. В ряде стран сохранились определенные пережитки и попытки ограничить права наследников-иностранцев, особенно проживающих за рубежом, установить для иностранных наследников изъятия в отношении определенных категорий наследственного имущества и прежде всего земельных участков или иного недвижимого имущества. Известно, что в отношении признания прав наследования иностранцев существенное влияние оказали политические мотивы. Так, в середине прошлого века в период разгара "холодной войны" в Калифорнии, Неваде, Айове и некоторых других штатах США были приняты законы, в силу которых право наследования находящегося в США имущества признается за проживающими за границей иностранцами лишь при условии взаимности. В ряде штатов практика применения этих законов пошла по пути применения принципа материальной взаимности.

Законы штатов Нью-Джерси, Нью-Йорка, Массачусетс и др. "о выгоде, пользовании и контроле" предоставили судам право отказывать в

разрешении на выплату находящимся за рубежом наследникам и помещать их в депозит суда, если суд придет к заключению, что зарубежный наследник не получит от наследства "выгоды или пользы" или не приобретет контроля в отношении наследства. Применение этих и подобных им законов в ряде случаев ограничивало права граждан СССР на получение причитающихся им наследственных сумм.

В судебной практике на основе законов этих штатов доказывалось, что наследники в Советском Союзе не могут получать имущество, которое им остается по наследству, открывшемуся в США, ибо все это имущество якобы отбирает советское государство. Следует иметь в виду, что специальных ограничений в получении наследственных сумм из-за границы для советских граждан не было. Они получали соответствующие суммы, однако в соответствии с применявшимися тогда правилами о валютных операциях.

В соответствии с действующим российским законодательством возможность ограничений наследственных прав иностранцев не исключена, поскольку в соответствии с Конституцией РФ (ч. 3 ст. 62) из принципа национального режима возможны исключения, если они установлены федеральным законом.

Стремлением не допустить ограничений наследственных прав своих граждан, когда эти права должны возникнуть или осуществляться в другом государстве, объясняется включение в двусторонние договоры России о правовой помощи специальных условий о безоговорочном применении в сфере наследования национального режима.

Однако несмотря на наличие в нашей стране изъятий, установленных для иностранцев в отношении права собственности на земельные участки (см. гл. 7), они сохраняют право собственности на эти участки, перешедшие к ним в порядке наследования, если это не земли сельскохозяйственного назначения.

Этой категорией земель (или долей в праве общей собственности) иностранные граждане могут обладать только на праве аренды (ст. 3 Федерального закона от 24 июля 2002 г. "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения"). Согласно ст. 11 этого Закона в случае если принятие наследства привело к нарушению этих правил, к наследникам применяются требования, установленные законом. Наследник обязан произвести отчуждение земельного участка, относящегося к категории земель сельскохозяйственного назначения, или доли в праве общей собственности на такой земельный участок (ст. 5, 11 Закона 2002 г. о порядке такого отчуждения).

Общее положение о национальном режиме предусмотрено в ст. 4 Федерального закона о правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации 2002 г.:

"Иностранные граждане пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом".

Приведем в качестве примера положения договора о правовой помощи с Польшей. Согласно ст. 38 этого договора "1. Граждане одной Договаривающейся Стороны могут получать на территории другой Договаривающейся Стороны имущество и другие права путем наследования по закону или по завещанию на тех же условиях и в том же объеме, как и граждане этой Стороны.

Граждане одной Договаривающейся Стороны могут давать распоряжения на случай смерти в отношении имущества, находящегося на территории другой Договаривающейся Стороны".

Аналогичное правило о принципе равенства содержится и в ряде других договоров о правовой помощи, действующих для России.

2. Коллизионные вопросы наследования

Под статутом наследования обычно понимается определяемое на основании коллизионной нормы право (закон страны), которое подлежит применению ко всей совокупности наследственных отношений, осложненных иностранным элементом, или, по крайней мере, к основной их части (А.Л. Маковский).

Статут наследования определяет решение как общих вопросов - об основаниях перехода имущества по наследству (закон, завещание, наследственный договор, дарение на случай смерти и др.), о составе наследства (видах имущества, которое можно наследовать), условиях (времени и месте) открытия наследства, круге лиц, которые могут быть наследниками (включая решение вопроса о "недостойных" наследниках), так и специальных вопросов, касающихся наследования по определенным основаниям, - непосредственно на основании закона (по закону), по завещанию, в порядке наследственного договора и т.д. Этим статутом определяются как общие правила о наследовании любого имущества, так и специальные правила о наследовании отдельных видов имущества - земли, банковских вкладов, исключительных прав и др. В коллизионном праве большинства стран единственным, или основным, статутом наследования является личный закон наследодателя - закон страны его гражданства, или domicilio.

Так, согласно действующему законодательству Германии (ст. 25 Вводного закона к ГГУ) к наследованию применяется право государства, гражданином которого является наследодатель в момент своей смерти (п. 1 ст. 25), однако для недвижимого имущества, находящегося внутри страны, наследодатель в завещании может выбрать германское право (п. 2 ст. 25). В то же время в Германии в отношении наследственных дел принимается обратная отсылка и отсылка к третьему закону.

Для ряда государств исходным коллизионным принципом в области наследования является принцип домицилия, под которым обычно понимается постоянное место жительства наследодателя (Швейцария, Франция, Великобритания, США, другие страны англо-американской системы права).

Так, Закон Швейцарии о международном частном праве 1987 г. исходит из того, что к наследованию лица с последним местом жительства в Швейцарии должно применяться швейцарское право, а к наследованию лица, последним местом жительства которого было иностранное государство, должно применяться право, к которому отсылает коллизионное право государства последнего места жительства наследодателя (ст. 90, 91).

В Великобритании и США проводится разграничение между наследованием недвижимого имущества и наследованием движимого имущества. К наследованию недвижимого имущества применяется закон места нахождения недвижимости, а к наследованию движимого имущества - закон последнего домицилия наследодателя, т.е. закон его местожительства.

При определении домицилия проводится различие между домицилием происхождения, или домицилием по месту рождения (*domicil of origin*), и домицилием, приобретенным или избранным (*domicil of choice*). Приведем пример.

Великая русская балерина Анна Павлова родилась в России, но прожила более 15 лет в Великобритании. После ее смерти в Лондоне возникло дело о наследстве. Британские власти рассматривали наследодательницу как домицилированную в СССР, хотя после 1917 г. она ни разу в СССР не приезжала.

Суд исходил из презумпции в пользу домицилия по месту рождения и считал, что нет доказательств в пользу приобретения А. Павловой нового домицилия.

Согласно правилам Гражданского кодекса Франции, находящаяся в стране недвижимость подчинена французскому закону, т.е. закону страны места ее нахождения. Что же касается движимого имущества, то в

отношении него в судебной практике применяется обычно личный закон наследодателя, под которым понимается закон домицилия.

Великий русский певец Федор Шаляпин умер в 1938 г. во Франции, будучи советским гражданином. После его смерти остались пять детей от первого брака и трое внебрачных детей, мать которых впоследствии стала его второй женой.

В состав наследства Ф. Шаляпина входили, в частности, земельные участки во Франции. В 1935 г. он составил завещание, согласно которому 1/4 имущества наследовала его жена, а каждый из восьми детей - по 3/32.

Апелляционный суд в Париже исходил из того, что по советскому законодательству, действовавшему в 1938 г., наследодатель мог распределить наследство между детьми в равной степени. Однако в отношении земельных участков должно было применяться французское право, по которому дети, рожденные вне брака, не могли быть наследниками ни по закону, ни по завещанию.

В КНР в отношении движимого имущества должно применяться право места жительства наследодателя на момент его смерти, а в отношении недвижимого имущества - право места нахождения недвижимого имущества (ст. 149 Общих положений гражданского права КНР 1986 г.).

Если статут наследования определяет регулирование всей совокупности наследственных отношений гражданско-правового характера, имеет место единство статута. Чаше, однако, из единого статута делаются изъятия относительно наследования определенных объектов. Иногда эти исключения бывают настолько существенны, что позволяют, как отмечал А.Л. Маковский, говорить о двойственности статутов наследования в праве одного государства.

Согласно Закону о международном частном праве Эстонии 2002 г. к наследованию применяется право государства последнего местожительства наследодателя (ст. 24).

Лицо может в завещании или в договоре о наследовании определить, что к его наследству применяется право государства его гражданской принадлежности. Такое определение утрачивает силу, если лицо утратило к моменту своей смерти гражданство соответствующего государства (ст. 25).

Кроме обычно устанавливаемых в законах правил о применении права к форме и способности к составлению и отмене завещаний этот Закон устанавливает также особые правила о праве, подлежащем применению к договорам о наследовании и к взаимным завещаниям.

К договору о наследовании применяется право государства местожительства наследодателя на момент заключения договора, а в

случае, указанном в ст. 25 Закона, - право государства гражданской принадлежности лица. Применимое право определяет допустимость, действительность, содержание и обязательность для исполнения договора о наследовании, а также наследственно-правовые последствия.

Взаимное завещание должно в момент его составления соответствовать праву государств местожительства обоих завещателей или праву совместно ими выбранного государства местожительства одного из супругов.

В российском законодательстве право, подлежащее применению к отношениям по наследованию, иными словами, статут наследования определен ст. 1224 ГК РФ. Приведем п. 1 ст. 1224:

"1. Отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства, если иное не предусмотрено настоящей статьей.

Наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество, а наследование недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, - по российскому праву".

Из приведенного текста могут быть сделаны следующие выводы:

- по российскому праву статутом наследования признается право страны последнего места жительства наследодателя;
- российское право исходит из двух статутов наследования: к наследованию движимого имущества должно применяться право последнего места жительства наследодателя, а к наследованию недвижимого имущества - право страны места нахождения этого имущества (*lex rei sitae*). Эти коллизионные нормы носят двусторонний характер. В то же время в отношении недвижимого имущества, внесенного в государственный реестр в Российской Федерации, установлена односторонняя коллизионная норма, поскольку в ней содержится отсылка к российскому праву. Как отмечалось в комментариях к третьей части ГК РФ (А.Л. Маковский), это правило имеет практическое значение только для тех видов недвижимого имущества, которое, несмотря на его государственную регистрацию в России, может находиться вне российской территории (воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты). Приведенный выше перечень согласно ст. 1207 ГК РФ является исчерпывающим. Из этого следует сделать вывод, что автотранспортные средства хотя и подлежат государственной регистрации в России, к недвижимому имуществу отнесены быть не могут.

Статутом наследования движимого имущества определяется решение целого ряда вопросов наследования движимости, в частности:

- о возможных основаниях перехода имущества по наследству (наследственный договор, дарение на случай смерти и др.);
- о составе наследства (об имуществе, которое входит в состав наследства);
- о круге наследников по закону, очередности призвания их к наследованию и их долях;
- о времени открытия наследства;
- о круге лиц, которые не могут быть наследниками (в том числе о "недостойных" наследниках);
- о свободе завещания и ее ограничениях;
- о завещательном отказе, возложении и других обременениях, возлагаемых на наследников;
- о возможности завещания имущества под условием;
- о разделе наследства;
- об ответственности наследников по долгам наследодателя;
- о наследовании выморочного имущества (см. § 4 настоящей главы).

Раздел V части третьей ГК РФ, посвященный наследственному праву, устанавливает определенное изъятие из принципа применения к наследственным отношениям права места жительства наследодателя. Согласно ст. 1115, если постоянное место жительства наследодателя, обладавшего имуществом на территории России, неизвестно или находится за пределами России, местом открытия наследства в России признается место нахождения такого имущества.

В гражданских кодексах Армении (п. 1 ст. 1292), Белоруссии (ст. 1133), Казахстана (ст. 1122), Киргизии (ст. 1206), Узбекистана (ст. 1197) основным коллизионным принципом, определяющим право, регулирующее наследственные отношения, является применение "права страны, где наследодатель имел последнее постоянное место жительства" (в ГК Армении - "последнее место жительства").

Что касается наследования недвижимого имущества, то и в Модельном гражданском кодексе СНГ (ст. 1234) и в уже принятых кодексах названных государств эти отношения императивно подчинены "праву страны, где находится это имущество". При этом в ГК этих государств, за исключением ГК Армении, сделано изъятие для недвижимости, внесенной в соответствующем государстве в государственный реестр: отношения по наследованию такого имущества определяются правом данного государства.

Согласно Закону о международном частном праве Азербайджана 2000 г., отношения по наследованию определяются правом страны, где наследодатель постоянно проживал в последнее время, за исключением случаев, когда он в своем завещании выбирает право страны,

гражданином которой он является. В отношениях по наследованию, связанных с лицами без гражданства, применяется право страны, где они постоянно проживают в последнее время, а в случае невозможности это установить, применяется право Азербайджана (ст. 29).

Согласно грузинскому Закону "О международном частном праве" коллизионные вопросы наследования решены исходя из применения права страны, к которой принадлежал наследодатель в момент смерти.

В отношении лица без гражданства применяется право страны, где лицо имело последнее обычное местонахождение. При отсутствии такового применяется право Грузии (ст. 55).

Согласно Минской конвенции 1993 г. (ст. 45) и Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 48) право наследования недвижимого имущества определяется по законодательству государства, на территории которого находится это имущество, а право наследования иного имущества - по закону государства, на территории которого наследодатель имел последнее постоянное место жительства. Как отмечалось выше, такой же подход был применен при принятии части третьей ГК РФ.

Аналогичные положения содержатся в ряде договоров о правовой помощи, заключенных Россией не только со странами СНГ, но и с другими странами. Большинство договоров о правовой помощи России с другими странами предусматривают применяемые в отношении наследования движимого имущества права страны последнего постоянного места жительства наследодателя, а несколько договоров - права страны, гражданином которой был наследодатель (договоры с Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, КНДР, Болгарией, Румынией). Так, по договору с Эстонией, право наследования движимого имущества регулируется законодательством стороны, на территории которой наследодатель имел последнее постоянное место жительства, недвижимого имущества - законодательством стороны, на территории которой находится имущество (ст. 42). По договору с Польшей правовые отношения в области наследования движимого имущества регулируются законодательством той стороны, гражданином которой был наследодатель в момент смерти. Правовые отношения в области наследования недвижимого имущества регулируются законодательством стороны, на территории которой находится это имущество. Вопрос о том, какое наследственное имущество следует считать движимым, а какое недвижимым, решается в соответствии с законодательством стороны, на территории которой находится имущество (ст. 39).

3. Наследование по завещанию

В международной практике возникает целый ряд вопросов, касающихся наследования по завещанию, и прежде всего относительно способности лица к составлению и отмене завещания, а также формы самого завещания.

В большинстве стран завещание должно быть составлено в письменной форме и удостоверено в определенном порядке, например у нотариуса. В некоторых же странах допускается составление завещания в так называемой олографической форме, т.е. завещание пишется наследодателем собственноручно, и не требуется, чтобы оно было удостоверено. По законам одних государств нельзя в завещании ограничить права какой-либо категории наследников. В других же странах в завещании может быть установлен ряд условий наследникам для получения наследства.

В практике Инюрколлегии при Московской коллегии адвокатов, которая вела в Советском Союзе наследственные дела, например, был случай, когда английская гражданка составила в Англии завещание, по которому она завещала имущество своей сестре - советской гражданке, проживающей в Москве, при условии, что наследница приедет в Лондон не позднее чем через десять лет после ее смерти. Как понять это условие: обязана ли она для получения наследства приехать в Англию на постоянное жительство, как утверждали английские юристы, или должна просто приехать в Англию на непродолжительный срок, чтобы получить там наследственное имущество? Это дело было предметом разбирательства в суде, который решил, что в завещании не имелось в виду, чтобы наследница переехала на жительство в Англию, а имелся в виду только ее приезд в Англию для получения имущества.

При решении подобных проблем прежде всего возникают вопросы о праве, подлежащем применению: следует ли применять закон места нахождения имущества или закон места составления завещания и т.д.

Так же как и в отношении наследования по закону, при наследовании по завещанию возникают проблемы обратной отсылки и отсылки к праву третьей страны. Приведем пример из зарубежной практики.

Гражданин США, проживающий в Великобритании, незадолго до смерти сделал в Малаге (Испания) завещание, составленное в соответствии с правом страны его гражданства (штат Мериленд, США). По завещанию его недвижимое имущество должно перейти по наследству к его брату или сыну последнего в случае, если брат скончается раньше. В соответствии с этим завещанием недвижимость в Малаге должна перейти к племяннику умершего. Сын завещателя обратился в испанский суд с

ходатайством о признании завещания недействительным, однако в первой инстанции суд признал завещание действительным.

В апелляционной инстанции суд применил испанское право на основе обратной отсылки, поскольку право Великобритании отсылает к праву страны места нахождения недвижимости, и признал завещание недействительным, так как в нем не предусмотрены законные наследственные права сына умершего (ст. 851 ГК Испании).

В кассационном производстве Верховный суд Испании отказался применить обратную отсылку и признал действительность завещания, составленного в соответствии с законом штата Мериленд.

В соответствии со ст. 12.II ГК Испании отсылка к иностранному праву понимается как отсылка к его материальному праву; если коллизионная норма этого права отсылает к испанскому праву, она применяется, если же к праву иного государства - тогда не применяется. В данном случае наследование по завещанию определяется правом domiciliа наследодателя в момент его смерти.

Хотя завещание по своему характеру и является гражданско-правовой сделкой, к нему не могут быть применены общие коллизионные принципы, касающиеся сделок. Коллизионные нормы многих стран в этой области носят императивный характер. Это означает, что свобода выбора права (принцип автономии воли сторон) не распространяется на завещание, иными словами, на волеизъявление по распоряжению имуществом на случай смерти. Эти коллизионные нормы носят императивный характер.

В российском законодательстве коллизионные правила, касающиеся завещания, содержатся в п. 2 ст. 1224 ГК РФ. Приведем их полностью:

"Способность лица к составлению и отмене завещания, в том числе в отношении недвижимого имущества, а также форма такого завещания или акта его отмены определяются по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления такого завещания или акта. Однако завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она удовлетворяет требованиям права места составления завещания или акта его отмены либо требованиям российского права".

Как отмечалось в комментариях к этой части ст. 1224 ГК РФ (А.Л. Маковский), суть приведенного специального правила состоит в том, что способность лица составить завещание всегда определяется по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления завещания. Из этого следует ряд практически важных выводов, которые состоят в том, что для определения завещательной дееспособности гражданина не имеют значения такие обстоятельства, как то, что:

- завещание совершено не в той стране, где завещатель имел в это время место жительства, а в стране его временного пребывания или даже вне территории какого-либо государства (например, на морском судне во время плавания в открытом море);

- право страны места жительства завещателя в момент составления завещания может не совпадать с его личным законом в этот момент;

- отношения по наследованию завещанного имущества могут определяться правом иного государства, чем то, которым в соответствии с п. 2 ст. 1224 определяется завещательная дееспособность этого лица (если место его жительства в момент составления завещания не совпадает с его последним местом жительства или с местом нахождения принадлежавшей ему недвижимости).

Напомним, что согласно приведенному выше тексту п. 1 ст. 1224 определение завещательной дееспособности относится не только к способности лица совершить завещание, но и к его способности отменить или изменить его. Способность "к изменению завещания", как отмечал А.Л. Маковский, не упомянута в п. 2 ст. 1224 лишь потому, что изменить прежнее завещание иначе, как составив новое, невозможно, в то время как отмена завещания может не сопровождаться никакими иными распоряжениями завещателя.

Принципом применения права последнего места жительства определяется выбор права, применимого к завещательной дееспособности наследодателя, к форме завещания и акта его отмены по гражданским кодексам стран СНГ. При этом завещание (как и акт его отмены) считается действительным с точки зрения формы и тогда, когда она удовлетворяет требованиям права места составления завещания.

Согласно п. 2 ст. 1224 определение права, подлежащего применению к форме завещания или акту его отмены, может осуществляться на основе применения одного из трех возможных вариантов: во-первых, по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления завещания; во-вторых, по праву страны, в которой было в действительности совершено завещание ("праву места составления завещания"); в-третьих, по российскому праву.

Применение этих принципов на практике может совпадать, поскольку иностранец, имевший место жительства в России, составил завещание в России, и тем самым было применено при его составлении российское право. Однако оно может и не совпадать или совпадать не полностью, если, например, гражданин ФРГ, Франции или Великобритании, с которыми у России нет договоров о правовой помощи, имеющий место жительства в одной из этих стран, в действительности совершает свое завещание в Санкт-Петербурге.

Согласно правилам российского законодательства завещание должно быть составлено в письменной форме и удостоверено нотариусом. К нотариально удостоверенным завещаниям приравниваются завещания, составленные в лечебных учреждениях и заверенные главврачом и в ряде других случаев.

По законодательству Грузии завещание считается составленным с соблюдением формы, если оно соответствует праву страны: а) к которой наследодатель принадлежал, б) где он имел обычное местонахождение, в) где находится недвижимое имущество, которого касается завещание.

Гражданские кодексы ряда стран СНГ в соответствии с Модельным гражданским кодексом СНГ разрешают завещателю избрать в завещании вместо закона постоянного места жительства право страны, гражданином которой он является.

Положение о применении права к завещаниям содержится в ряде двусторонних договоров России о правовой помощи. Так, согласно ст. 41 договора с Польшей:

1) способность составлять или отменять завещание, равно как и правовые последствия недостатков волеизъявления, определяются законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой был наследодатель в момент составления или отмены завещания;

2) форма составления или отмены завещания определяется законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой был наследодатель в момент составления или отмены завещания. Однако достаточно соблюдения законодательства договаривающейся стороны, на территории которой было составлено или отменено завещание.

Согласно ряду договоров о правовой помощи способность лица составлять или отменять завещание определяется законодательством страны гражданства наследодателя. Форма завещания также определяется этим законодательством. Однако для действительности завещания достаточно, если оно будет соответствовать законодательству той страны, на территории которой составляется.

По договору о правовой помощи между СССР и Грецией предусмотрено, что завещание признается действительным с точки зрения формы, если при его составлении было соблюдено: 1) законодательство страны, на территории которой оно было составлено; 2) или законодательство страны, гражданином которой был наследодатель в момент составления завещания либо в момент своей смерти; 3) или законодательство страны, на территории которой наследодатель имел в один из указанных выше моментов место жительства. Относительно недвижимого имущества требуется, чтобы было соблюдено законодательство страны, на территории которой оно находится.

В отношении формы завещания такое же правило содержится в ст. 44 договоров о правовой помощи с Литвой, Латвией.

В Минской конвенции 1993 г. (ст. 47) и Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 50) коллизионный вопрос относительно способности лица к составлению и отмене завещания, формы завещания решается следующим образом: подлежит применению законодательство страны, где завещатель имел место жительства в момент составления завещания. Однако завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она удовлетворяет требованиям законодательства страны, где составлялось завещание.

Следует обратить внимание на то, что согласно российскому законодательству наследником по завещанию может быть как Российская Федерация, субъекты РФ, муниципальные образования, так и иностранные государства и международные организации (п. 2 ст. 1116 ГК РФ).

4. Выморочное имущество

Имущество, которое остается после смерти лица при отсутствии наследников, называется выморочным. Оно признается таковым, если у умершего гражданина нет наследников по закону и по каким-либо причинам не было составлено завещание или завещание составлено, но оно было признано недействительным.

Согласно п. 2 ст. 1151 ГК РФ выморочное имущество переходит в порядке наследования по закону в собственность Российской Федерации. В некоторых странах, в частности в США, Франции, Австрии, существует другой подход: государство получает это имущество по так называемому праву оккупации, т.е., поскольку это имущество является бесхозным, оно должно перейти к государству.

Различия в обосновании права государства на выморочное имущество имеют существенное практическое значение. Представим себе, что российский гражданин умер за границей и у него нет никаких наследников. Если считать, что имущество должно перейти к государству как к наследнику, то оно должно перейти к российскому государству. Если же считать, что это имущество должно перейти по праву оккупации, то оно должно перейти к тому государству, на территории которого этот гражданин умер или осталось его имущество.

Вопрос о судьбе выморочного имущества решается в договорах о правовой помощи, заключенных с рядом государств. Согласно этим договорам выморочное движимое имущество передается государству, гражданином которого к моменту смерти являлся наследодатель, а

выморочное недвижимое имущество переходит в собственность государства, на территории которого оно находится.

Согласно договорам РФ с Грузией (ст. 43) и рядом других стран - участниц СНГ, а также с Латвией, Литвой, Эстонией, Польшей и другими странами движимое имущество передается в собственность государства гражданства наследодателя, если по законодательству сторон, заключивших договор, наследственное имущество как выморочное (наследуемое государством по закону) переходит в собственность государства.

Минская конвенция 1993 г. (ст. 46) и Кишиневская конвенция 2002 г. (ст. 49) предусматривают следующее правило: если по законодательству страны, подлежащему применению при наследовании, наследником является государство, то движимое наследственное имущество переходит государству, гражданином которого является наследодатель в момент смерти, а недвижимое наследственное имущество переходит государству, на территории которого оно находится.

Применительно к российскому праву следует отметить, что значительное расширение круга наследников по закону, предусмотренное третьей частью ГК РФ (введение семи очередей наследников по закону вместо двух по ранее действовавшим Основам 1991 г.), приведет к сокращению случаев возникновения выморочного имущества.

5. Наследственные права российских граждан за границей

За границей могут возникать отношения по наследованию после смерти гражданина РФ в иностранном государстве, когда наследодателем был российский гражданин. Во всех случаях наследование с иностранным элементом будет определяться правом, подлежащим применению либо в силу коллизионных норм внутреннего законодательства того или иного государства (см. § 1 настоящей главы), либо в силу правил международного соглашения.

Положение о Консульском учреждении РФ, утвержденное Указом Президента РФ от 5 ноября 1998 г., в числе основных задач консульских учреждений предусматривает осуществление в пределах своей компетенции функций в отношении наследства (наследственных прав российских граждан) с соблюдением законодательства государства пребывания.

Консул принимает меры к охране оставшегося после смерти российского гражданина его заграничного имущества. Последующие действия консула в отношении наследственной массы такого имущества

определяются соответствующим соглашением РФ с государством пребывания консула или практикой, установившейся во взаимоотношениях РФ с этой страной. Если вся наследственная масса или часть ее в соответствии с соглашением или установившейся практикой передаются консулу, с тем чтобы он поступил с ней согласно законам его страны, то при распоряжении имуществом он руководствуется действующим российским законодательством. Консульские конвенции, заключенные с другими странами, предусматривают обычно, что консул должен уведомляться о смерти гражданина своей страны. Тогда же ему и сообщают сведения о наследственном имуществе. В случае смерти гражданина на территории консульского округа, если он находился там временно, консулу передаются деньги и вещи, которые умерший имел при себе.

Согласно Консульской конвенции, заключенной с КНР, в случае смерти гражданина представляемого государства, временно находящегося в государстве пребывания, а также если у умершего отсутствуют родственники или его представители в государстве пребывания и к тому же оставленные умершим вещи не связаны с обязательствами, которые он взял на себя во время нахождения в государстве пребывания, консул имеет право получать, сохранять и передавать по назначению эти вещи.

Консульская конвенция, заключенная с США, предусматривает, в частности, что консул имеет право принимать временную опеку над собственностью, оставленной умершим гражданином представляемого государства, если умерший не оставил ни наследника, ни исполнителя завещания, при условии, что такая временная опека должна быть передана должным образом назначенному администратору (ст. 10).

Соответствующие положения о компетентности по делам о наследовании содержатся и в договорах о правовой помощи. Так, в Договоре с Польшей предусмотрены следующие правила:

1) по вопросам наследования движимого имущества компетентны органы договаривающейся стороны, гражданином которой был наследодатель в момент смерти (ст. 42);

2) по вопросам наследования недвижимого имущества компетентны органы договаривающейся стороны, на территории которой это имущество находится (ст. 42);

3) если все движимое имущество, оставшееся после смерти гражданина одной договаривающейся стороны, находится на территории другой договаривающейся стороны, то по ходатайству наследника, если с этим согласны все известные наследники, производство по делу о наследовании ведет орган этой договаривающейся стороны (ст. 42);

4) завещание вскрывает (оглашает) орган договаривающейся стороны, на территории которой находится завещание. Копия завещания и протокола о вскрытии (оглашении) завещания пересылается органу, компетентному вести дело о наследовании (ст. 43).

Если консулу станет известно об открывшемся наследстве в пользу проживающих в России российских граждан, то он незамедлительно сообщает все известные ему сведения о наследстве и возможных наследниках в Министерство иностранных дел РФ. Согласно ряду консульских конвенций, заключенных с другими странами, компетентные власти государства пребывания должны извещать консула об открытии наследства в государстве его пребывания, когда наследником является гражданин представляемого государства. На практике в этих случаях часто возникает необходимость незамедлительно принять меры по охране наследственных прав. В этом отношении важную роль могут сыграть действия российского консула, который в соответствии с положениями ряда консульских конвенций, заключенных Россией, может представлять интересы российских граждан. Так, консульские конвенции, заключенные с Великобританией и Швецией, предусматривают, что в случае, если не находящийся в государстве пребывания консула гражданин представляемого государства имеет право или претендует на долю в имуществе, оставшемся в государстве пребывания после смерти лица любого государства, консул имеет право представлять интересы такого гражданина.

В Консульской конвенции, заключенной с КНР, указывается, что в подобных обстоятельствах консул без особой доверенности может представлять этого гражданина в судах и других органах государства пребывания. В общей форме такое представительство консула в отношении имущества своих граждан предусмотрено в консульской конвенции, заключенной с США. Представительство консула продолжается до тех пор, пока сам наследник не возьмет на себя защиту своих прав или не назначит своего представителя. Российские граждане обычно поручают ведение своих наследственных дел за границей адвокатским фирмам. Они могут обращаться и к любым другим адвокатам, в том числе в стране, где открылось наследство.

Консул имеет право представлять граждан своей страны без особой доверенности, в том числе и по наследственным делам, в стране пребывания, если граждане отсутствуют и не поручали ведения своего дела какому-либо лицу.

Консул выполняет и ряд других функций, касающихся наследования. Он принимает меры к охране наследственного имущества,

выдает свидетельства о праве наследования, принимает наследственное имущество для передачи находящимся в России наследникам.

В прошлом в области наследственных отношений неоднократно на практике возникали вопросы о том, могли ли вообще наши граждане получать наследственное имущество в случае, если наследование открывалось за рубежом. Следует в этой связи отметить, что российские граждане имеют право на получение наследственного имущества, если наследование открылось за рубежом. Права наследования, возникшие на основании соответствующих иностранных законов, полностью признаются в России. В практике было много случаев, когда наши граждане признавались наследниками по праву того государства, которое применялось к наследованию. Например, гражданка Попова была признана наследницей по закону после смерти вдовствующей принцессы княжества Капуртала (Индия), умершей в Америке, поскольку она оказалась сестрой наследницы - русской по национальности, в свое время эмигрировавшей из России. Право российского гражданина быть наследником определенной очереди (при наследовании по закону) и получить соответствующую долю в наследуемом имуществе по правилам иностранной правовой системы не зависит и не может зависеть от того, как этот вопрос решается в российском законе. В ряде случаев имущество завещалось нашим гражданам и организациям различными лицами, проживающими за рубежом. Например, гражданка США Г. Роджерс завещала свое имущество советским космонавтам Ю. Гагарину и Г. Титову.

Российское законодательство не устанавливает каких-либо ограничений в отношении получения российскими гражданами наследственных сумм из-за границы.

6. Производство по наследственным делам

Действующее российское законодательство (разд. V части третьей ГК РФ) устанавливает порядок принятия наследства, которое, как правило, осуществляется путем подачи заявления нотариусу по месту открытия наследства. Свидетельство о праве на наследство также, как правило, выдается по месту открытия наследства нотариусом. Им же принимаются меры по охране наследства и управлению им. Наследство может быть принято в течение шести месяцев со дня открытия наследства. По заявлению наследника, пропустившего срок, установленный для принятия наследства, суд может восстановить этот срок.

В судебной практике срок для принятия наследства иностранцами продлевался на тех же общих основаниях, что и для российских граждан, а

не в силу постоянного проживания наследника за границей или самого факта иностранного гражданства наследника.

Специальные постановления об исчислении срока для принятия наследства содержатся в договорах о правовой помощи с Болгарией и Венгрией. Как предусматривается в этих договорах, в тех случаях, когда наследодатели являлись гражданами соответствующих договаривающихся государств и умерли на территории другого государства, срок для принятия наследства будет исчисляться со дня уведомления дипломатического или консульского представителя о смерти наследодателя.

Большое практическое значение имеет определение того, к компетенции органов какой страны входит производство по делам о наследовании.

Обычно в договорах о правовой помощи предусматривается, что производство дел о наследовании движимого имущества ведут учреждения юстиции страны, на территории которой наследодатель имел последнее постоянное место жительства, а производство дел о наследовании недвижимого имущества - учреждения юстиции страны, на территории которой оно находится.

Постоянно проживающий в Иван-городе (Ленинградская область) гражданин России К. работал водителем на предприятии в Нарве (Эстония). Его жена, гражданка Эстонии, проживала вместе с ним. Она родилась в 1930 г. в эстонской деревне, в семье старообрядцев.

К. погиб при аварии в 1997 г., после его смерти остались сын (проживает в Нарве), дочь (проживает в Иван-городе) и брат (проживает в Таллине). Завещание составлено не было. После смерти К. возникли разногласия по поводу имущества умершего. В Иван-городе он имел жилой дом и автомашину, в Усть-Нарве (Эстония) - летний домик и каменный гараж, а также вклад в эстонском банке (в Нарве).

В соответствии со ст. 45 Договора между Россией и Эстонией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 5 августа 1994 г., вступившего в силу 19 марта 1995 г., производство по делам о наследовании движимого имущества ведут учреждения договаривающейся стороны, на территории которой наследодатель имел последнее постоянное место жительства, а производство по делам о наследовании недвижимого имущества - учреждения той стороны, на территории которой находится это имущество. В Договоре предусмотрено, что эти положения применяются соответственно и к спорам по делам о наследовании. В договоре с Эстонией, как и в некоторых других договорах, имеется и особое правило о распределении компетенции, согласно которому в случае, если все

движимое наследственное имущество находится на территории государства, где наследодатель не имел последнего постоянного местожительства, то по заявлению наследника, если с этим согласны все наследники, производство по делу о наследовании ведут учреждения этого государства.

3. Практика по наследственным делам наглядно показывает, какие трудности могут быть на пути наследников, стремящихся получить наследственное имущество за пределами своей страны. Необходим сбор соответствующих документов, доказательств. Существенное значение играет фактор времени. Об этом свидетельствует дело о наследстве гетмана Полуботки.

Павел Полуботка был гетманом Украины при Петре I. После измены Мазепы новый гетман потерял доверие царя, был арестован и заточен в Петропавловскую крепость, где вскоре и умер. Однако еще в 1720 г. он отправил со своим сыном Яковом в Лондон почти все свое золото. Яков в сопровождении трех человек на английской шхуне, которая вышла из Архангельска и благополучно доплыла до берегов Англии, доставил туда бочонок с золотом. В Лондоне по поручению отца он поместил золото (200 тыс. руб.) в банк Ост-Индской компании. При этом были определены следующие условия: 4% годовых с нарастающими процентами; срок хранения - до истребования самим гетманом, лицами, им назначенными, или его наследниками. В XVIII в. никаких сведений о судьбе золота Полуботки не поступало, однако в 1827 г. петербургская газета "Сенатские новости" попыталась найти наследников гетмана, поместив специальное объявление. Известно, что перед началом Первой мировой войны в Чернигове состоялось собрание многочисленных наследников гетмана, среди которых был известный писатель В. Короленко. Война, а затем революция помешали дальнейшим поискам наследников и ведению дела о получении вклада. Шаги в этом направлении предпринимались в 30-х гг. Затем в 1958 г. Инюрколлегия пыталась разыскать активы Полуботки в английском банке и в казначействе Англии, однако безрезультатно. По сведениям Книги рекордов Гиннесса, полуботкинский вклад в английском банке, с учетом оговорки о реальности его существования, может составить 32 триллиона долларов. На получение вклада, как об этом свидетельствует один из пресс-релизов, распространенных представительством Украины при ООН, претендует и украинское государство.

Контрольные вопросы по теме:

1. Охарактеризуйте коллизионные вопросы наследования
2. Что такое выморочное имущество?

3.Что Вы можете рассказать о наследственных правах российских граждан за границей?

4.Что представляет собой производство по наследственным делам?

Лекция 13. Трудовые отношения в международном частном праве.

1. Общие положения.
2. Коллизионные вопросы в области трудовых отношений.
3. Трудовые права иностранцев в Российской Федерации.
4. Трудовые права российских граждан за рубежом.
5. Социальное обеспечение

1. Общие положения

Интернационализация производства, происходящая в XX в., резко усилила миграцию населения. Социально-экономические причины использования иностранной рабочей силы в каком-либо государстве и приложение труда рабочих и специалистов какой-либо страны за ее пределами; пребывание за рубежом с целью получения образования и обучения отличаются от причин миграции населения по национальному признаку, в целях воссоединения с семьей, в результате последствий военных действий, изменений в характере политического строя и т.д. Конечным результатом всех этих миграций является образование значительной прослойки иностранных граждан, постоянно или временно находящихся на территории соответствующей страны и вступающих в этой стране в трудовые отношения с местными работодателями.

Экономические реформы, переход от закрытого к открытому обществу в бывшем СССР, а затем в России и других суверенных государствах, ранее входивших в состав СССР, привели, с одной стороны, к расширению использования труда иностранных граждан на российских предприятиях и возникновению трудовых отношений российских граждан с предприятиями с иностранными инвестициями, а с другой - к трудовой миграции российских граждан за границу и заключению ими трудовых контрактов непосредственно с иностранными работодателями за рубежом.

Значение регулирования трудовых отношений с участием иностранных граждан в России резко возросло. По официальным данным, число легально работающих в России иностранцев составляло в 1995 г. более 200 тыс. человек. В 2001 - 2002 гг. их число составляло 283 тыс. человек. Иностранная рабочая сила привлекалась из 119 стран мира (в том числе из Украины - более 90 тыс., из Китая - 35,6 тыс., Турции - 20,6 тыс., Вьетнама - 20 тыс., КНДР - 20 тыс., причем большинство в сфере строительства или на лесозаготовках). По экспертным оценкам, число вынужденных переселенцев и беженцев из стран СНГ составляет около 5

млн., около 2 млн. иммигрантов-нелегалов и 500 - 700 тыс. беженцев из Афганистана, Вьетнама, Китая и других стран.

Возможность трудовой миграции российских граждан была предусмотрена в Основах законодательства Союза ССР и республик о занятости населения, принятых в 1991 г. В этом законе устанавливалось, что "граждане имеют право на профессиональную деятельность в период временного пребывания за границей". В Законе о занятости населения в РСФСР, принятом 19 апреля 1991 г., предусмотрено, что "граждане имеют право на самостоятельный поиск работы и трудоустройство за границей" (ст. 10).

На основании Федерального закона от 15 августа 1996 г. "О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию" (с посл. изм.) российский гражданин имеет право выезжать из РФ, в том числе и с целью осуществления за границей трудовой деятельности. Право на выезд может быть временно ограничено в случаях, прямо предусмотренных этим Законом.

Однако порядок въезда в иностранное государство регулируется законодательством этого государства. Многие государства ограничивают въезд; допуск иностранца в страну зависит от получения им разрешения на поступление на работу. Такие разрешения требуются по законодательству ФРГ, Франции, Великобритании, США, Австрии и других государств.

Так, в Кодексе труда Франции имеется специальный раздел, который называется "Иностранная рабочая сила и защита интересов национальной рабочей силы". Нормы этого раздела касаются доступа иностранцев к работе во Франции. Согласно ст. 341 для въезда в страну с целью поступления на работу по найму иностранец кроме документов и виз, требующихся в соответствии с действующими международными договорами и правилами, должен представить трудовой договор, завизированный административными властями, или разрешение на работу, медицинский сертификат. В разделе также предусмотрены: охрана прав иностранца, нанятого в нарушение установленных правил; порядок взимания штрафа с нанимателя, нарушившего установленный порядок приема иностранца; запрет осуществлять незаконные взимания с иностранных работников в пользу нанимателя.

В США, Австрии, Швеции и в ряде других стран определены ежегодные квоты на въезд иностранцев, в том числе и для лиц, специально приезжающих для работы в соответствующей стране. В этой связи определенное значение приобретает заключение Россией межправительственных соглашений о предоставлении российским

гражданам определенных квот. Такие соглашения были заключены с ФРГ, Францией.

В ряде государств есть специальное законодательство, регулирующее трудовые отношения на совместных предприятиях, а также в свободных экономических зонах. Соответствующие правила касаются не только иностранного персонала предприятий, но и местных граждан. В качестве примера можно привести Закон КНР о совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом 1979 г. и Положение 1983 г. о применении этого Закона, Закон КНР о предприятиях с иностранными инвестициями 1986 г., Положение о труде на совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом 1980 г., Положение об особых экономических зонах провинции Гуандун 1980 г.

Для практики судов и доктрины стран Запада характерны попытки разграничить применение права к трудовым отношениям по вопросам частного и публичного права. Одни авторы (А. Батиффоль и др.) в соответствии с традиционными концепциями пытаются применять к трудовым договорам общие коллизионные принципы обязательственного права (выбор права сторонами на основе принципа автономии воли сторон, применение закона места заключения договора и др.), другие же (Нибуайе и др.) выдвигают на первый план вопросы публично-правового характера, в отношении которых не может применяться иностранное публичное право, а всегда подлежат применению правила страны места работы.

Условия труда иностранных рабочих определяются во многом именно публично-правовыми предписаниями, которые носят обязательный характер и по своему содержанию менее гуманны, чем условия, установленные общим трудовым законодательством и коллективными договорами. На практике же в силу зависимости иммигрантов от предпринимателей, угрозы высылки, языковых трудностей, отсутствия профессионального обучения и других причин условия их труда еще хуже (большая продолжительность рабочей недели, чем у местных трудящихся, дополнительные работы, непредоставление отпусков и т.д.).

В отечественной доктрине (А.С. Довгерт) подчеркивалось, что трудовые и гражданские отношения при имеющихся различиях объединены общими принципами частноправового регулирования. Именно поэтому к трудовым отношениям с иностранным элементом применяются общие понятия и положения международного частного права.

Особое значение в этой области имеют различные международные соглашения, и прежде всего конвенции и иные акты, разработанные в

рамках Международной организации труда (МОТ). Этой международной организацией было подготовлено более 140 конвенций.

Кроме того, МОТ принимает также рекомендации. Так, согласно рекомендации МОТ N 86, государства в своих двусторонних договорах должны предусматривать положение о том, что индивидуальные трудовые контракты мигрантов будут основываться на типовых формах.

В типовой трудовой контракт предлагается включать следующие сведения и нормы: имя, фамилию, место и дату рождения, семейное положение, гражданство, страну пребывания мигранта; характер работы и место ее исполнения; профессиональную категорию, в которую зачисляется мигрант, и его трудовые функции; размер оплаты за работу в нормальные, сверхурочные и ночные часы, в праздничные и отпускные дни; порядок выплаты заработной платы, премий, надбавок, пособий; условия и размеры удержаний; срок действия контракта, условия его расторжения, продления; основания досрочного расторжения; условия въезда на территорию страны иммиграции и срок пребывания на ней; порядок покрытия проездных расходов мигранта и членов его семьи; порядок покрытия расходов, которые могут возникнуть по возвращении на родину; условия труда, жизнеобеспечения; процедуры урегулирования споров и рассмотрения жалоб. Рекомендуются переводить контракт на понятный иммигранту язык и вручать ему экземпляр контракта.

Положения о трудовых отношениях содержатся и в других многосторонних соглашениях, прежде всего регионального характера. Так, согласно Брюссельской конвенции о подсудности и исполнении судебных решений 1968 г. (см. гл. 18), стороны трудового контракта сами могут решить, суд какого государства будет рассматривать и разрешать их возможные споры. При отсутствии такой договоренности действует правило: юрисдикцию по гражданскому и трудовому делу осуществляет суд того государства, в котором непосредственно реализуется контракт (т.е. применяется "закон места работы" государства пребывания мигранта).

Страны СНГ заключили многостороннее соглашение о сотрудничестве в области охраны труда (1994 г.), соглашение о порядке расследования несчастных случаев на производстве, происшедших с работниками при нахождении их вне государства проживания (1994 г.), соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защите трудящихся-мигрантов (1992 г.), соглашение о гарантиях прав граждан в области выплаты социальных пособий, компенсационных выплат семьям с детьми и алиментов (1994 г.).

Россия заключила двусторонние соглашения о трудовой деятельности и социальной защите граждан, работающих на территории

другого договаривающегося государства: с Белоруссией (1993), Украиной (1993), Молдавией (1993), Арменией (1994) и др.

Между правительствами РФ и КНР 3 ноября 2000 г. было заключено соглашение о временной трудовой деятельности граждан РФ в КНР и граждан КНР в РФ, которое вступило в силу 5 февраля 2001 г.

В качестве примера приведем Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Литовской Республики о временной трудовой деятельности от 29 июня 1999 г. (вступило в силу с 5 января 2000 г.). Согласно ст. 1 этого Соглашения его действие распространяется на граждан РФ и граждан Литовской Республики, постоянно проживающих соответственно на территории РФ и Литовской Республики, которые на законном основании осуществляют временную трудовую деятельность на территории государства другой страны:

а) в рамках выполнения договоров подряда, заключенных между юридическими лицами государства постоянного проживания (работодателя) и юридическими или физическими лицами государства временной трудовой деятельности;

б) на основе трудовых договоров (контрактов), заключенных с работодателями государства временной трудовой деятельности.

Это Соглашение определяет порядок привлечения трудящихся-мигрантов к трудовой деятельности на территории государства временной трудовой деятельности (ст. 5), устанавливает, что условия труда работника регулируются законодательством государства временной трудовой деятельности и не могут быть менее благоприятными, чем условия, предусмотренные для граждан этого государства (ст. 6), регулирует вопросы медицинского страхования, оказания неотложной медицинской помощи, ввоза инструментов, использования заработанных средств и др.

Основными законодательными актами, регулирующими трудовые отношения с участием иностранцев в России, являются Трудовой кодекс РФ (вступивший в силу 1 февраля 2002 г.) и Федеральный закон от 25 июля 2002 г. "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации". В этом Законе предусмотрены основные условия участия иностранных граждан в трудовых отношениях, порядок выдачи им разрешений на работу в России и другие вопросы. Отдельные нормы имеются в КТМ РФ, в ряде федеральных законов.

2. Коллизионные вопросы в области трудовых отношений

В области трудовых отношений в законодательстве и практике разных стран, а также в международных соглашениях используются

различные коллизионные нормы. Наиболее часто к трудовым отношениям при отсутствии соглашения о выборе права применяется право страны, на территории которой (полностью или преимущественно) осуществляется трудовая деятельность (коллизионный принцип "закона места работы" - *lex loci laboris*). Из этого же принципа исходит Римская конвенция 1980 г. о праве, применяемом к договорным обязательствам.

Во Франции, Бельгии, ФРГ, Италии и в ряде других стран в сфере регулирования трудовых отношений применяются гражданско-правовые концепции. Однако специфика этой сферы предопределяет некоторые коррективы в применении традиционных институтов и норм международного частного права. Прежде всего это проявляется в ограничении применения автономии воли сторон.

Практика ряда стран показывает, что в этой области, как правило, применяется право страны места работы, а возможность выбора права сторонами в трудовых отношениях фактически исключается.

Не ограничивается свобода выбора права в судебной практике Великобритании, Италии, Канады, ФРГ.

Под законом места работы (*lex loci laboris*) понимается закон страны места нахождения предприятия, где работает трудящийся.

В отдельных специальных случаях под *lex loci laboris* понимается закон страны места нахождения правления предприятия, закон флага судна и др. Иногда в случае командирования работника в другую страну для выполнения тех или иных трудовых заданий применяется и принцип закона страны учреждения, командировавшего работника (*lex loci delegationis*).

В отношении специальных ситуаций, когда работа выполняется в нескольких странах, например, в случае с работником международного транспорта (воздушного, речного, автомобильного, железнодорожного), применяются дополнительные коллизионные привязки. Так, австрийский Закон о международном частном праве предусматривает, что в случае, когда работник обычно выполняет свою работу более чем в одной стране или когда он не имеет обычного места работы, применяется закон страны, в которой наниматель имеет обычное место нахождения или в которой преимущественно осуществляется его деятельность.

В статье 35 "Трудовые договоры" Закона о международном частном праве Эстонии 2002 г. предусмотрены следующие положения.

В отношении трудовых договоров выбор права не должен приводить к тому, что работник будет лишен защиты, гарантированной ему императивными нормами государства, которые подлежали бы применению при отсутствии выбора права.

При отсутствии выбора права к трудовому договору применяется право государства, в котором:

1) работник обычно выполняет свою работу по трудовому договору, даже если он временно работает в каком-либо другом государстве;

2) находится место деятельности, через которое работник был принят на работу, если работник обычно не работает в одном и том же государстве.

Приведенные положения не применяются, если из совокупности обстоятельств следует, что трудовой договор связан теснее с каким-либо другим государством. В таком случае применяется право другого государства.

В советском законодательстве коллизионные нормы в этой области отсутствовали. Для восполнения этого пробела в подготовленный еще в 1989 - 1990 гг. проект Закона о международном частном праве была включена статья о трудовых отношениях. В ней делалась попытка отразить практику решения этих вопросов следующим образом:

- к трудовым отношениям применять право страны, в которой (полностью или преимущественно) осуществляется работа, если в трудовом договоре не установлено иное. Таким образом, возможность действия принципа автономии воли не исключалась;

- трудовые отношения на водном и воздушном транспорте предлагалось подчинить праву страны, под флагом которой используется транспортное средство;

- если работа выполняется лицом, командированным за границу соответствующей организацией, к трудовым отношениям этого лица с такой организацией предлагалось применять советское право.

Однако такой закон принят не был.

В действующем российском законодательстве, за редким исключением, коллизионных норм в рассматриваемой области не имеется. В ст. 416 КТМ РФ предусмотрено, что правовое положение членов экипажа судна и связанные с эксплуатацией судна отношения между членами экипажа судна определяются законом государства флага судна. Этот закон применяется к отношениям между судовладельцем и членами экипажа, если иное не предусмотрено договором, регулирующим отношения между судовладельцем и членами экипажа судна, являющимися иностранными гражданами.

Поскольку в Трудовом кодексе РФ коллизионные нормы отсутствуют, в учебной литературе был поставлен вопрос о том, могут ли применяться к трудовым отношениям, осложненным иностранным элементом, коллизионные нормы разд. VI ГК РФ. По мнению В.П.

Звекова, возможность применения общего подхода в соответствующих случаях не исключена.

В качестве примера решения вопроса о применимом праве к трудовым отношениям приведем положения договора о правовой помощи между Россией и Польшей 1996 г. Согласно положениям этого международного договора стороны трудового договора могут сами выбрать законодательство, регулирующее их трудовые отношения. Если законодательство не выбрано, то возникновение, изменение, прекращение (расторжение) трудового договора и вытекающие из него претензии регулируются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой выполняется, выполнялась или должна была выполняться работа.

Если работник выполняет работу на территории договаривающейся стороны на основании трудового договора с предприятием, находящимся на территории другой договаривающейся стороны, возникновение, изменение, прекращение (расторжение) трудового договора и вытекающие из него претензии регулируются законодательством этой договаривающейся стороны. В отношении споров компетентны суды договаривающейся стороны, на территории которой выполняется, выполнялась или должна была выполняться работа. Компетентны также суды договаривающейся стороны, на территории которой имеет местожительство или местонахождение истец, если на этой территории находится предмет спора или имущество ответчика. Эту компетенцию стороны трудового договора могут изменить путем соглашения.

3.Трудовые права иностранцев в Российской Федерации

Иностранные граждане пользуются правами и несут обязанности в трудовых отношениях наравне с российскими гражданами, т.е. законодательство исходит из применения в области трудовых отношений принципа национального режима. Следовательно, на них распространяются общие положения трудового законодательства. В отношении условий и оплаты труда не допускается дискриминация иностранцев в зависимости от пола, расы, национальности, языка, вероисповедания и проч. В России не признаются ограничения на трудовую деятельность, установленные национальным законодательством страны иностранца. На иностранцев распространяются положения об охране труда, специальные положения, касающиеся условий труда женщин и подростков, они имеют право на социальные пособия, право на отдых.

В Трудовом кодексе РФ говорится о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ в соответствии с Конституцией РФ являются составной частью правовой системы России.

Если международным договором РФ установлены другие правила, чем предусмотренные законами и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, применяются правила международного договора (ст. 10 Кодекса).

Согласно ч. 4 ст. 11 на территории РФ правила, установленные Кодексом, законами, иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, распространяются на трудовые отношения иностранных граждан, лиц без гражданства, организаций, созданных или учрежденных ими либо с их участием, работников международных организаций и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором РФ.

Из приведенного текста следует, что регулирование отношений с так называемым иностранным элементом ограничилось в Кодексе лишь положениями общего характера.

Российским законодательством установлены ограничения для иностранцев в отношении возможности заниматься определенными профессиями (занимать определенные должности). В частности, иностранные граждане не могут быть государственными служащими, занимать должности судьи, прокурора, следователя, нотариуса, должностного лица таможенных органов, патентного поверенного; входить в состав летного экипажа гражданского воздушного судна или экспериментальной авиации, морских судовых экипажей; заниматься промысловой добычей рыбы и других водных животных и растений в водоемах РФ. Эти ограничения установлены Федеральным законом от 25 июля 2002 г. "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации", КТМ РФ, Воздушным кодексом РФ.

В частности, Закон о правовом положении иностранных граждан в РФ 2002 г. устанавливает, что иностранные граждане пользуются правом свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, а также правом на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности с учетом ограничений, предусмотренных федеральным законом (п. 1 ст. 13).

Действие Закона о правовом положении иностранных граждан в РФ распространяется как на иностранцев, осуществляющих свою трудовую деятельность в России на основании трудового договора, так и на

иностранцев, заключающих гражданско-правовой договор на выполнение работ (оказание услуг). И в том и в другом случае для осуществления трудовой деятельности требуется получение разрешения на работу. В п. 4 ст. 13 Закона установлено, что работодатель и заказчик работ (услуг) имеют право привлекать и использовать иностранных работников только при наличии разрешения на привлечение и использование иностранных работников.

Разрешения не требуется для постоянно или временно проживающих в России иностранных граждан, а также для некоторых категорий иностранцев, в частности журналистов, аккредитованных в нашей стране, преподавателей, приглашенных для проведения занятий в образовательных учреждениях, за исключением преподавателей духовных образовательных учреждений; обучающихся в России в общеобразовательных учреждениях профессионального образования иностранных студентов, работающих в период каникул.

Разрешения не требуется и работникам иностранных юридических лиц (производителей или поставщиков), выполняющих монтажные (шеф-монтажные) работы, сервисное и гарантийное обслуживание, а также послегарантийный ремонт поставленного в Российскую Федерацию технического оборудования.

В отношении заключения трудового договора с иностранцами и его содержания, как уже отмечалось, применяются положения Трудового кодекса РФ, а также правила, установленные Законом о правовом положении иностранных граждан 2002 г. и другими актами. Работодатель должен иметь разрешение на привлечение и использование иностранных работников, оформить приглашение, которое является основанием для выдачи иностранцу визы либо для безвизового въезда (ст. 2, ч. 2 ст. 18 Закона о правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации).

Следует иметь в виду, что в соответствии с п. 5 ст. 13 Закона временно проживающий в Российской Федерации иностранный гражданин не вправе осуществлять трудовую деятельность вне пределов субъекта РФ, на территории которого ему разрешено временное проживание.

В то же время это ограничение не распространяется на временно проживающих в России иностранцев, для которых, как уже отмечалось, установлен разрешительный порядок поступления на работу.

Иностранцы, постоянно проживающие в России, могут заниматься трудовой деятельностью на основаниях и в порядке, установленных для российских граждан. Единственным исключением из национального режима в отношении таких иностранцев являются случаи, когда в

соответствии с российским законодательством определенными профессиями могут заниматься или определенные должности занимать только граждане России.

Иностранцы, которые временно пребывают на территории России с целью осуществления трудовой деятельности и наем которых на работу производится в общем разрешительном порядке, находятся в ином положении. Общим для всех временно пребывающих в России иностранцев является то, что они могут заниматься трудовой деятельностью в РФ, если это совместимо с целями их пребывания. Помимо соблюдения этого общего требования для найма на работу иностранцев, относящихся к этой группе, работодатель обязан получить разрешение соответствующего федерального органа исполнительной власти, ведающего миграционной службой (ФМС МВД России), на привлечение иностранной рабочей силы, а сам иностранец - подтверждение на право работы в России.

Постановлением Правительства РФ от 30 декабря 2002 г. утверждено Положение о порядке выдачи иностранным гражданам и лицам без гражданства разрешения на работу. Иностранный гражданин, достигший 18 лет, может получить разрешение на работу, если он:

- зарегистрирован в России как индивидуальный предприниматель;
- привлекается в качестве иностранного работника заказчиком работ (услуг) или работодателем. Разрешение выдается, но при одном условии: если работодатель или заказчик работ (услуг) внесет в установленном порядке средства, необходимые для обеспечения выезда иностранного работника после окончания его договора из России.

Установленный порядок выдачи разрешений и подтверждений не применяется к иностранным гражданам, постоянно проживающим на территории России, получившим убежище на территории РФ, признанным беженцами и ожидающим предоставления статуса беженца, однако получившим разрешение на временное проживание.

Не применяется этот порядок также к иностранным гражданам, работающим в России в соответствии с межгосударственными соглашениями, к работникам дипломатических и консульских учреждений, к религиозным деятелям официальных религиозных организаций и обществ, к членам экипажей российских морских и речных судов, к студентам-практикантам, приезжающим в рамках программ российских учебных заведений, к аккредитованным корреспондентам и журналистам, к приглашенным лекторам и инструкторам для работы в академиях и образовательных учреждениях высшего профессионального образования, к лицам, для которых установлен иной порядок

трудоустройства межгосударственными и межправительственными соглашениями.

Отличительной чертой трудовых договоров с любыми временно пребывающими в России иностранцами является их срочный характер. Договоры с иностранцами, на которых распространяется разрешительный порядок, заключаются на срок, не превышающий срока действия упомянутого выше разрешения.

Трудовые права иностранцев, признанных в установленном порядке беженцами, и иностранных лиц, которым в России предоставлено политическое убежище, аналогичны правам постоянно проживающих в России иностранцев. Они пользуются правами, предоставленными гражданам РФ, если иное специально не предусмотрено законодательством РФ (в частности, указанные выше ограничения для иностранцев относительно определенных профессий и должностей). Для приема их на работу работодателю не требуется специальное разрешение. Более того, соответствующие государственные органы обязаны оказывать беженцам помощь в устройстве на работу и, если необходимо, в профессиональной подготовке и переподготовке. Работодателям, принявшим на работу беженцев, предоставляются дополнительные налоговые льготы и компенсации с целью возмещения расходов, связанных с трудоустройством этих лиц. Заключаемые с беженцами и лицами, получившими убежище в России, трудовые договоры подчиняются нормам российского законодательства.

Общий разрешительный порядок и, следовательно, требование о соответствии условий трудового договора российскому законодательству (включая оплату труда, социальное обеспечение и страхование иностранных работников) распространяются также на договоры между работниками-иностранцами и иностранными фирмами, привлекающими их для выполнения контрактов на территории России. Это означает, что хотя в законодательстве РФ применительно к трудовым отношениям не сформулирован общий коллизионный принцип, оно исходит из принципа применения права страны места выполнения работы (*lex loci laboris*), даже если договор заключается между иностранными субъектами за рубежом. Каких-либо исключений из этого принципа не делается.

Таким образом, при заключении трудового договора между иностранным работодателем и иностранцем о выполнении работы на территории РФ могут возникать проблемы, связанные с коллизией норм законодательства РФ и законодательства иностранного государства, в котором находятся работодатель и работник и где фактически заключается трудовой договор.

В отношении найма иностранцев предприятиями с иностранными инвестициями применяются специальные положения. Для найма иностранцев из числа высококвалифицированных специалистов на должности руководителей находящихся в России предприятий с иностранными инвестициями, а также руководителей подразделений этих предприятий работодателю не требуется получения разрешения соответствующего органа, однако иностранцу необходимо подтверждение права трудовой деятельности. Условия коллективных и индивидуальных трудовых договоров не могут ухудшать положения работников предприятия по сравнению с условиями, предусмотренными действующим на территории РФ законодательством. Условия найма, труда и отдыха, а также пенсионного обеспечения иностранных работников согласовываются обычно в индивидуальном трудовом договоре с каждым из них.

Российская гражданка М. поступила на работу в гостиницу международного класса, принадлежащую предприятию с иностранными инвестициями. Через некоторое время она имела неосторожность в беседе с приехавшим иностранцем неодобрительно отозваться об одном из сотрудников администрации. Иностранец оказался журналистом и сослался на беседу с М. в своем репортаже о поездке в Россию. Когда об этом стало известно администрации гостиницы, М. была уволена со ссылкой на то, что своими действиями она подрывала репутацию отеля. Контракт с ней был расторгнут.

В подписанном М. формуляре контракта содержались следующие положения: "Работник, заключивший контракт с гостиницей, соглашается с тем, что кроме оснований расторжения контракта, предусмотренных в трудовом законодательстве, администрация вправе в одностороннем порядке расторгнуть контракт по нижеследующим основаниям: кража имущества компании, собственности гостей и коллег по работе, соучастие в краже, способствование ей; обман администрации и гостей в корыстных целях; применение физической силы, устные оскорбления; отказ от исполнения заданий, на законном основании требуемых непосредственным руководством; намеренные действия, в результате которых подвергается опасности собственное здоровье и здоровье других; сон во время работы; азартные игры в помещении гостиницы; всякие действия, подрывающие репутацию гостиницы".

В литературе (И.Я. Киселев) отмечалось, что этот формуляр противоречит российскому законодательству, а также Постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 1992 г. N 16 "О некоторых вопросах применения судами Российской Федерации законодательства при разрешении трудовых споров". Согласно п. 44 этого

Постановления "...в трудовых договорах не могут устанавливаться дополнительные условия для прекращения трудового договора (контракта) по сравнению с законом".

К этому следует добавить, что формулировка увольнения работника "за всякие действия, подрывающие репутацию гостиницы" носит столь неопределенный характер, что делает усмотрение руководства гостиницы практически неограниченным.

Отдельно следует сказать о трудовых отношениях российских граждан с иностранным работодателем в тех случаях, когда в качестве такового выступает в России иностранное государство.

Выше уже отмечалось, что по законодательству ряда стран (и в частности, США) государство не пользуется иммунитетом в случаях предъявления к нему исков, касающихся трудовых отношений. Согласно ст. 5 Европейской конвенции 1972 г. и ст. 11 Конвенции ООН 2004 г. государство не пользуется иммунитетом от юрисдикции в области трудовых отношений. В случае, когда работа будет исполняться на территории страны суда, работник (если он не является гражданином государства нанимателя) может предъявить иск к иностранному государству-нанимателю.

В практике российских судов известен случай, когда предметом судебного рассмотрения стал иск к иностранному государству-нанимателю.

В марте 2000 г. российская гражданка М.С. Калашникова, работавшая ведущим специалистом информационной службы посольства США в России, была уволена согласно п. 3 ст. 33 действовавшего тогда КЗоТ РСФСР (обнаружившееся несоответствие работника занимаемой должности), о чем была сделана запись в трудовой книжке. М.С. Калашникова обратилась за защитой своих прав в суд, требуя восстановления на работе, оплаты вынужденного прогула и возмещения морального вреда. Суд первой инстанции своим определением отказал в приеме искового заявления, которое было оставлено в силе судебной коллегией по гражданским делам Московского городского суда. При этом суд сослался на ст. 435 действовавшего в то время ГПК РСФСР, которая предусматривала возможность предъявления исков к иностранному государству только с согласия его компетентных органов. Подтвердить наличие такого согласия она не могла. Впоследствии М.С. Калашникова обратилась в Конституционный Суд РФ с жалобой, в которой утверждала, что норма ст. 435 ГПК РСФСР ущемляет ее конституционное право на судебную защиту и не соответствует ч. 1 ст. 46 Конституции РФ. Конституционный Суд в своем Определении от 2 ноября 2000 г. отметил, что "права М.С. Калашниковой были нарушены не самой по себе ч. 1 ст.

435 ГПК РСФСР, а вынесенными на ее основе правоприменительными решениями".

В литературе (И.О. Хлестовой) отмечалось, что в этом конкретном случае посольство США выступало в качестве работодателя и не осуществляло каких-либо суверенных функций. В аналогичных условиях в США американской гражданке было бы предоставлено право на судебную защиту в соответствии с Законом США 1976 г. в случае предъявления иска к посольству иностранного государства.

4.Трудовые права российских граждан за рубежом

Труд российских граждан на территории иностранных государств может применяться вследствие возникновения трудовых правоотношений либо на основании положений нашего трудового права, либо на основе трудового контракта, заключаемого с иностранным нанимателем.

В первом случае труд российских граждан используется за границей вследствие трудовых отношений, возникающих не за рубежом, а в РФ. Российские граждане направляются на работу в учреждения и организации России за границей, посылаются в служебные командировки (для участия в строительстве предприятий, монтаже, для оказания технической помощи и т.д.).

Во всех подобных случаях условия труда граждан РФ за границей определяются российским правом. К ним применяются общие нормы трудового законодательства и всякого рода специальные правила, издание которых вызвано спецификой условий труда данной категории трудящихся.

Например, труд граждан, направляемых для работы в посольства РФ в качестве представителей различных государственных и общественных организаций, а также членов семей этих граждан, принятых за границей на работу в учреждения РФ, регулируется как общими положениями российского трудового права, так и специальными нормами, применение которых вызывается фактом нахождения учреждений вне РФ. В частности, продолжительность рабочего времени и времени отдыха в таких учреждениях определяется в соответствии с общими положениями российского законодательства, а дни еженедельного отдыха могут быть установлены применительно к местным условиям.

Как и всем служащим, работникам российских учреждений за границей предоставляются ежегодные оплачиваемые отпуска. В отличие от служащих, работающих в РФ, работникам учреждений за границей разрешается суммирование отпусков, т.е. они могут взять двойной или тройной отпуск за два или три проработанных года.

От работы российских граждан в учреждениях РФ за границей следует отличать командирование работников за границу вне зависимости от сроков зарубежной командировки.

За командированным работником сохраняется на все время командировки занимаемая должность, а также заработная плата по месту его основной работы в России. За время пребывания в командировке работнику должны выплачиваться суточные.

Некоторыми особенностями отличаются условия труда специалистов, направляемых в развивающиеся страны Азии, Африки, Латинской Америки для оказания технического содействия. Это - геологи и изыскатели, проектировщики, помогающие выбрать строительную площадку и собирающие данные, необходимые для проектирования предприятий. Это - инженеры-строители, оказывающие содействие в строительстве предприятий, специалисты-дорожники, монтажники и т.д. Особенности регулирования их труда за границей объясняются тем, что они, будучи командированными российскими организациями, трудятся, как правило, на стройках и предприятиях, управляемых местными властями.

Находясь за границей, российские специалисты подчиняются режиму рабочего времени и времени отдыха, установленному на предприятиях и в учреждениях, где фактически работают. Они обязаны соблюдать все правила внутреннего распорядка и инструкции по технике безопасности, действующие на этих предприятиях. Однако эти специалисты не вступают в трудовые отношения с местными организациями и фирмами, и те не становятся их нанимателями. Специалисты продолжают оставаться в трудовых отношениях с пославшей их организацией, которая выплачивает им подъемное пособие, заработную плату, оплачивает ежегодный отпуск и т.д.

Специалисты направляются за границу для оказания технического содействия в соответствии с контрактами, заключаемыми внешнеэкономическими объединениями и другими организациями с организациями и фирмами других стран. Контракты заключаются во исполнение межправительственных соглашений об экономическом и техническом сотрудничестве. В контрактах обычно предусматривается, что организация развивающейся страны, именуемая заказчиком, возмещает российской организации за работу ее специалистов месячные ставки в размере, определяемом в контракте. Выплата этих ставок производится со дня выезда специалистов из РФ и до дня их возвращения. Датой выезда и возвращения специалистов считается день пересечения ими Государственной границы РФ.

Заказчик несет также расходы по переезду специалистов в страну заказчика и обратно в Россию, а в случае направления специалистов с семьей - также расходы по переезду семьи специалиста. При командировании специалиста на год и более длительный срок заказчик возмещает расходы по выплате подъемного пособия.

В соответствии с условиями контрактов специалистам, командированным для оказания технического содействия, предоставляется жилая площадь с обстановкой, отоплением и освещением и коммунально-бытовыми услугами, а в необходимых случаях - транспортные средства для служебных целей. Специалисты обеспечиваются также медицинской помощью. Им предоставляются квалифицированные переводчики.

Во втором случае трудовые правоотношения возникают в силу заключения трудовых контрактов.

Предоставление права заключения трудовых контрактов российским гражданам, временно выезжающим на работу за границу, сделало необходимым, с одной стороны, оказание им помощи и содействия со стороны государственных органов в заключении таких контрактов, а с другой - принятие мер, направленных на недопущение заключения всякого рода неравноправных и кабальных договоров при посредничестве коммерческих фирм (как отечественных, так и иностранных). Федеральная миграционная служба (ФМС) России в соответствии с Положением о ней, утвержденным Постановлением Совета Министров от 1 марта 1993 г., была призвана разрабатывать совместные с иностранными фирмами и компаниями проекты и программы по вопросам трудовой миграции российских граждан за границу. Эта служба призвана содействовать гражданам РФ в поиске работы и трудоустройстве за границей, организует регистрацию этих граждан и, что следует особо подчеркнуть, наблюдает за соблюдением условий их трудовых контрактов. Как уже отмечалось выше, она входит в состав Министерства внутренних дел РФ.

Негосударственные организации могут осуществлять свою деятельность, связанную с трудовой миграцией граждан России, на основе лицензий (разрешений).

На территории РФ действует единый порядок лицензирования деятельности, связанной с трудоустройством российских граждан за границей. Такая деятельность может осуществляться только российскими юридическими лицами. Взимание платы с граждан РФ за трудоустройство за границей не допускается (Постановление Правительства - Совета Министров РФ от 8 июня 1993 г. об упорядочении деятельности,

связанной с трудоустройством граждан Российской Федерации за границей).

В случаях трудовой деятельности российских граждан за рубежом во всякого рода смешанных обществах, компаниях, совместных предприятиях трудовой договор заключается с иностранным нанимателем - юридическим лицом иностранного права, и такой договор подчиняется правилам трудового законодательства той страны, в которой находится соответствующее совместное предприятие или смешанное общество. То обстоятельство, что работник является российским гражданином, не может вести к применению в данном случае норм российского трудового права. Однако трудовая деятельность в такой зарубежной компании будет учитываться по трудовому законодательству России, например при определении общего стажа работы и назначении пенсии.

К российским гражданам, так же как и к другим иностранцам, применяются существующие в том или ином государстве общие ограничения в отношении занятия отдельными профессиями, особые условия приема на работу и т.д. Однако условия труда российских граждан не могут быть хуже условий труда иностранцев - граждан других государств.

В соглашениях, заключенных СССР (Россия) с Болгарией, Венгрией, Монголией, Румынией, Словакией, предусматривается, что граждане одной договаривающейся стороны, постоянно проживающие на территории другой стороны, во всех вопросах трудовых отношений полностью приравниваются к гражданам другой договаривающейся стороны.

Соглашение между правительствами России и Украины от 14 января 1993 г. о трудовой деятельности и социальной защите граждан России и Украины, работающих за пределами своих государств, исходит из принципа национального режима, предусматривает взаимное применение трудового законодательства к гражданам обоих государств, порядок возмещения ущерба работнику вследствие увечья либо иного повреждения здоровья, полученного в связи с исполнением им трудовых обязанностей, признание дипломов, свидетельств и других документов об образовании и квалификации без легализации.

Аналогичные соглашения были заключены с Белоруссией, Молдавией, Арменией, Киргизией.

5. Социальное обеспечение

Социальное обеспечение иностранцев тесно связано с их трудовыми правами. В странах ЕС и других странах Запада отношения по

социальному обеспечению трудящихся-мигрантов регулируются прежде всего международными соглашениями (как многосторонними, так и двусторонними). К ним относятся Европейская конвенция о социальном обеспечении мигрантов 1972 г., Конвенция северных стран о социальном обеспечении 1955 г. и др. Однако несмотря на заключение этих соглашений, в этих странах продолжает сохраняться прямая или косвенная дискриминация иностранных рабочих в этой области.

Согласно российскому законодательству иностранные граждане, постоянно проживающие в России, имеют право на пособия, пенсии и другие формы социального обеспечения на общих основаниях с гражданами РФ (ст. 4 Закона о государственных пенсиях в РСФСР от 20 ноября 1990 г.).

Иностранным гражданам и их семьям в тех случаях, когда для назначения пенсии требуется определенный стаж работы, пенсии назначаются при условии, что не менее двух третей необходимого стажа приходится на работу в СССР (РФ), если иное не предусмотрено международным договором (ст. 98 Закона о государственных пенсиях в РСФСР). Две трети стажа могут приходиться и на другую определенную законом деятельность (например, на деятельность за рубежом политэмигранта в защиту интересов трудящихся и т.п.).

Если для назначения пенсии не требуется определенного трудового стажа (при инвалидности, вследствие трудового увечья или профессионального заболевания), то пенсии иностранным гражданам в РФ назначаются независимо от времени работы в РФ и за границей на равных с российскими гражданами условиях.

Работающие в РФ на российских предприятиях и в организациях иностранцы получают такие же пособия по временной нетрудоспособности, как и российские граждане.

2 июля 1993 г. был принят Закон о выплате пенсий гражданам, выехавшим на постоянное место жительства за пределы России, которым установлено, что перед отъездом им выплачиваются суммы назначенных пенсий (независимо от вида) в российских рублях за шесть месяцев вперед. На основании письменного заявления гражданина, выезжающего на постоянное жительство за пределы России, сумма назначенной пенсии может переводиться за границу в иностранной валюте по курсу рубля, устанавливаемому Центральным банком РФ на день совершения операции.

При возвращении граждан на постоянное жительство в Россию суммы назначенных пенсий, не полученные ими за время их проживания за пределами России, выплачиваются в порядке, установленном российским законодательством.

Действие закона не распространяется на граждан, выехавших на постоянное жительство за пределы России, если в отношении этих граждан республиканским законодательством или международным договором с участием России установлен иной порядок пенсионного обеспечения.

По общему правилу временно находящиеся на территории РФ иностранцы не имеют права на получение пенсии, поскольку право на назначение пенсии (включая вышеупомянутые правила по исчислению трудового стажа для назначения пенсии по старости), порядок назначения и выплаты пенсий в России предполагают проживание в России, а не временное пребывание в стране, сроки которого ограничены. Пенсионное обеспечение этих иностранцев осуществляется обычно государством, в котором они проживают, в соответствии с действующим там законодательством.

При социальном обеспечении граждан применяется законодательство страны, на территории которой они проживают. Соглашения предусматривают, что социальное обеспечение осуществляется компетентными органами той страны, на территории которой проживает гражданин, возбудивший ходатайство о назначении пенсии (пособия). Эти органы назначают и выплачивают пенсии и пособия за свой счет. При назначении пенсий и пособий гражданам полностью засчитывается трудовой стаж, приобретенный на территории обеих стран. Если гражданин, получающий пенсию (пособие), переселился с территории одной страны на территорию другой страны, то выплата ему пенсии (пособия) прекращается, и компетентные органы этой другой страны назначают ему пенсию (пособие) в соответствии со своим законодательством, причем право на пенсию не пересматривается. Расчеты между государствами не производятся. Между Россией и Испанией в 1994 г. был заключен Договор о социальном обеспечении (вступил в силу 23 февраля 1996 г., опубликован в РФ в конце 2004 г.). Им было, в частности, предусмотрено, что пенсии испанцам-репатриантам из числа так называемых испанских детей, нашедших убежище в СССР во время гражданской войны 1936 - 1939 гг., будут переводиться из России в Испанию, а испанские власти будут добавлять к ним недостающее до минимальной местной пенсии.

Вопросы пенсионного обеспечения в отношении граждан СНГ регулируются Соглашением о гарантиях прав граждан государств - участников СНГ в области пенсионного обеспечения от 13 марта 1992 г. и двусторонними соглашениями по этим вопросам. Между правительствами РФ и Грузии было заключено соглашение о гарантиях прав граждан в области пенсионного обеспечения.

Возмещение работнику-мигранту вреда, причиненного трудовым увечьем или профессиональным заболеванием, осуществляется в соответствии с международными договорами. Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов 1994 г., заключенное правительствами государств - участников СНГ, установило, что порядок возмещения работнику вреда, причиненного увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением им трудовых обязанностей, регулируется законодательством стороны трудоустройства, если иное не предусмотрено отдельным соглашением. "Стороной трудоустройства" в Соглашении именуется государство, на территории которого трудящиеся-мигранты, прибывшие из другого государства, осуществляют свою трудовую деятельность на условиях трудового договора (контракта). Иначе сформулированы правила о возмещении вреда работнику в ряде двусторонних соглашений Российской Федерации с государствами - участниками СНГ о трудовой миграции. К возмещению вреда вследствие трудового увечья, иного повреждения здоровья, смерти потерпевшего, профессионального заболевания обязывается сторона, законодательство которой распространялось на работника в момент увечья (иного повреждения здоровья, смерти), во время его трудовой деятельности, вызвавшей профессиональное заболевание.

В качестве примера двустороннего договора сошлемся на Соглашение между правительствами РФ и КНР о временной трудовой деятельности граждан РФ в КНР и граждан КНР в РФ от 3 ноября 2000 г. По этому Соглашению возмещение вреда, причиненного работнику в результате трудового увечья, профессионального заболевания или иного повреждения здоровья, возникшего при исполнении им своих трудовых обязанностей или в прямой связи с ними, регулируются законодательством государства постоянного проживания работника.

Вопрос выплаты пенсий гражданам, выехавшим в другие страны, но не с территории РФ, стал предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ. В частности, в Постановлении этого суда от 15 июня 1998 г. была признана не соответствующей Конституции РФ практика прекращения выплаты российских пенсий проживавшим в Литве, Латвии и Эстонии гражданам, выехавшим из этих государств на постоянное жительство в другие страны.

Контрольные вопросы по теме:

1. Охарактеризуйте некоторые коллизионные вопросы в области трудовых отношений.

2. Дайте правовую оценку трудовых прав иностранцев в Российской Федерации.

3. Расскажите каковы трудовые права российских граждан за рубежом?

4. При социальном обеспечении граждан законодательство какой страны применяется?

Список рекомендуемой литературы

Обеспеченность основной учебной литературой в библиотеке ДГУНХ

№ п/п	автор	Название основной и дополнительной учебной литературы, необходимой для освоения дисциплины	Выходные данные по стандарту	Количество экземпляров в библиотеке ДГУНХ
Основная учебная литература				
1	Дмитриева Г.К.	Международное частное право: учебник для бакалавров	М.:Проспект,2013	130
2	Далгатова А.О.	Учебно-методический комплекс по дисциплине «Международное частное право» для направления «Юриспруденция» профили подготовки «Гражданское право», «Уголовное право»	Махачкала: ДГУНХ,2013	47
3	Гарунов З.А.	Учебно-методический комплекс по дисциплине «Международное частное право» для специальности «Юриспруденция»	Махачкала: ДГУНХ,2012	46
Дополнительная учебная литература				
1		Журнал российского права	2012-2014гг.	24
2		Журнал «Закон и право»	2009-2014гг.	60
3		Журнал «Экологическое право»	2012-2014гг.	24

ОГЛАВЛЕНИЕ:

Введение.....	3
Лекция 1. Понятие, предмет и система международного частного права.....	5
Лекция 2. Источники международного частного права.....	15
Лекция 3. Нормы международного частного права и методы регулирования.....	33
Лекция 4. Физические лица в международном частном праве и их правовое положение.....	70
Лекция 5. Юридические лица в международном частном праве и их правовое положение.....	93
Лекция 6. Государство как субъект международного частного права.....	122
Лекция 7. Правовое положение иностранной собственности. Иностранные инвестиции.....	139
Лекция 8. Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. Внешнеэкономические сделки.....	162
Лекция 9. Международные перевозки грузов и пассажиров....	187
Лекция 10. Интеллектуальная собственность в международном частном праве.....	204
Лекция 11. Семейно-брачные отношения в МЧП.....	256
Лекция 12. Международное наследственное право.....	296
Лекция 13. Трудовые отношения в международном частном прав.....	318
Список рекомендуемой литературы.....	339