



КонсультантПлюс
надежная правовая поддержка

"Международное частное право: Учебник"
(4-е издание, переработанное и дополненное)
(В.Н. Борисов, Н.В. Власова, Н.Г. Доронина и
др.)
(отв. ред. Н.И. Марышева)
("ИЗиСП", "КОНТРАКТ", 2018)

Документ предоставлен **КонсультантПлюс**

www.consultant.ru

Дата сохранения: 15.01.2019

ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Учебник

4-е издание, переработанное и дополненное

**Ответственный редактор,
заслуженный деятель науки Российской Федерации,
доктор юридических наук Н.И. МАРЫШЕВА**

Рецензенты

Дмитриева Г.К., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного частного права Московского государственного юридического университета (МГЮА).

Соловьева С.В., кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник отдела гражданского законодательства иностранных государств Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации.

Авторский коллектив

Борисов В.Н., научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (далее - Институт) - § 1, 2 гл. 14.

Власова Н.В., научный сотрудник Института - § 3, 4 гл. 14 (в соавторстве с В.П. Звековым).

Доронина Н.Г., главный научный сотрудник отдела экономико-правовых проблем государственного и муниципального управления Института, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ - § 1, 2 гл. 6, гл. 8, 15.

Звеков В.П., ведущий научный сотрудник Института, кандидат юридических наук, заслуженный юрист РФ - гл. 1 - 5; § 3, 4 гл. 14 (в соавторстве с Н.В. Власовой); § 1, 3 гл. 18; § 2 гл. 18 (в соавторстве с Н.И. Марышевой, Т.П. Лазаревой); п. 3 § 4 гл. 18; гл. 21.

Кумаритова А.А., кандидат юридических наук - § 3 гл. 6.

Лазарева Т.П., ведущий научный сотрудник Института, кандидат юридических наук - гл. 12, 13, 16, 17; § 2 гл. 18 (в соавторстве с В.П. Звековым, Н.И. Марышевой).

Маковский А.Л., главный научный сотрудник Института, первый заместитель председателя Совета Исследовательского центра частного права, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ - гл. 19.

Марышева Н.И., главный научный сотрудник Института, доктор юридических наук, заслуженный деятель науки РФ - § 2 гл. 18 (в соавторстве с В.П. Звековым, Т.П. Лазаревой); гл. 20, 22.

Муратова О.В., старший научный сотрудник Института - п. 2 § 4 гл. 18.

Трахтенгерц Л.А., главный научный сотрудник Института, кандидат юридических наук, заслуженный юрист РФ - гл. 9.

Хлестова И.О., главный научный сотрудник Института, доктор юридических наук, заслуженный юрист РФ - гл. 7, 23.

Шестакова М.П., ведущий научный сотрудник Института, кандидат юридических наук - гл. 10, 11; п. 1 § 4 гл. 18.

Щукин А.И., ведущий научный сотрудник Института, кандидат юридических наук - гл. 24.

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

1. Нормативные правовые акты

АПК РФ - Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. N 95-ФЗ

ГГУ - Германское гражданское уложение

ГК РСФСР 1964 г. - Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. (утратил силу)

ГК РФ - Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ; часть вторая от 26 января 1996 г. N 14-ФЗ; часть третья от 26 ноября 2001 г. N 146-ФЗ; часть четвертая от 18 декабря 2006 г. N 230-ФЗ

ГПК РСФСР 1964 г. - Гражданский процессуальный кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. (утратил силу)

ГПК РФ - Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. N 138-ФЗ

КВВТ РФ - Кодекс внутреннего водного транспорта Российской Федерации от 7 марта 2001 г. N 24-ФЗ

Киевское соглашение 1992 г. - Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 г.)

Кишиневская конвенция 2002 г. - Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Кишинев, 7 октября 2002 г.)

КТМ РФ - Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. N 81-ФЗ

Минская конвенция 1993 г. - Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.)

Модель ГК для стран СНГ - Гражданский кодекс. Часть третья. Рекомендательный законодательный акт для Содружества Независимых Государств. Принят на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ 17 февраля 1996 г.

Основы 1961 г. - Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 8 декабря 1961 г.

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

СК РФ - Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. N 223-ФЗ

ТК РФ - Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. N 197-ФЗ

Федеральный закон от 30 сентября 2013 г. - Федеральный закон от 30 сентября 2013 г. N 260-ФЗ "О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации"

2. Прочие сокращения

абз. - абзац(-ы)

гл. - глава(-ы)

ЕАЭС - Евразийский экономический союз (ранее ЕврАзЭС - Евразийское экономическое сообщество)

ЕС - Европейский союз

МАК - Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Российской Федерации

МКАС - Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации

ООН - Организация Объединенных Наций

п. - пункт(-ы)

подп. - подпункт(-ы)

РФ - Российская Федерация

СНГ - Содружество Независимых Государств

ст. - статья(-и)

СЭВ - Совет экономической взаимопомощи

ТПП РФ - Торгово-промышленная палата Российской Федерации

УНИДРУА - Международный институт по унификации частного права

ч. - часть(-и)

ЮНСИТРАЛ - Комиссия ООН по праву международной торговли

Глава 1. ПОНЯТИЕ И СИСТЕМА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

§ 1. Понятие международного частного права

В российской доктрине широким признанием пользуется концепция международного частного права как отрасли права и отрасли правоведения <1>. Суть концепции - рассмотрение в качестве предмета международного частного права **частноправовых (гражданско-правовых в широком смысле слова) отношений, возникающих в условиях международной жизни (имеющих в своем составе иностранный элемент)**, включая собственно гражданско-правовые отношения, а также регламентируемые с использованием категорий частного права семейные и трудовые отношения.

<1> См.: Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959; Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002; Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: Учебник. М., 1984; Международное частное право: современные проблемы: В 2 кн. / Отв. ред. М.М. Богуславский. М., 1993. Кн. 1; Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 5-е изд. М., 2004; Лебедев С.Н. О природе международного частного права // Советский ежегодник международного права. 1978. М., 1980; Маковский А.Л. Унификация морского права и понятие международного частного права // Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980; Он же. Новый этап в развитии международного частного права в России // Журнал российского права. 1997. N 1; Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2004; Звеков В.П. Международное частное право: Учебник. М., 2004.

Высказывается мнение об отнесении международного частного права к отрасли гражданского права как его части. Различаются также подходы к способам кодификации законодательства о международном частном праве: в составе гражданского (семейного, трудового) законодательства или в виде отдельного специального закона. Взгляд на международное частное право как на одну из отраслей международного права в широком смысле слова выражен, в частности, в работах И.П. Блищенко, Л.Н. Галенской, С.А. Малинина. Ранее эту позицию занимали, в частности, С.Б. Крылов, С.А. Голунский, М.С. Строгович, А.М. Ладыженский, Ф.И. Кожевников. Было высказано мнение и о полисистемной структуре международного частного права (см.: Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 1924; Мюллерсон Р.А. О соотношении международного публичного, международного частного и национального права // Советское государство и право. 1982. N 2). Обзор теорий по этой теме в отечественной литературе см.: Грабарь В.Э. Материалы к истории литературы международного права в России

(1647 - 1917). М., 1958; Усенко Е.Т. О научном вкладе Л.А. Лунца. Проблемы международного частного права: Сборник статей / Под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000.

Возникновение, изменение и прекращение таких отношений отличаются особенностями, объясняющими своеобразие их правового регулирования и разрешения возникающих из них споров. В самом общем виде об этом своеобразии сказано в ст. 1186 ГК РФ, посвященной определению права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом. Термин "**иностранный элемент**", опосредующий и обобщающий такого рода особенности, едва ли поддается исчерпывающему определению. Наиболее распространенными на практике проявлениями иностранного элемента являются:

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

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

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

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

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

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

Между бельгийской и американской фирмами был заключен договор, по которому первая

фирма передала второй право требования к российскому акционерному обществу о возврате средств, полученных этим обществом от бельгийской фирмы по договору о предоставлении ссуды. Американская фирма открыла в России свое представительство и обратилась в арбитражный суд Российской Федерации с иском к российскому акционерному обществу о взыскании долга по ссуде, выданной бельгийской фирмой.

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

Московским городским судом рассмотрено дело по иску гражданки США к автомобильному предприятию (г. Владимир) о возмещении ущерба в связи со смертью кормильца. Муж истицы проводил киносъемку Кремлевской стены, находясь на автостоянке. В это время он был сбит автобусом, принадлежащим ответчику <1>.

<1> См.: Богуславский М.М. Международное частное право. Практикум. М., 2002. С. 151.

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

Термин "**коллизия**" ("столкновение") законов, употребляемый при характеристике регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, условен: в действительности "столкновение" предупреждается и преодолевается с помощью правовых средств, известных международному частному праву. В отличие от налоговых, таможенных, валютных и иных публично-правовых отношений, регулирование которых, как правило, исключает обращение к иностранному праву, само существование частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, невозможно без признания и применения к ним - в определенных случаях и определенных границах - иностранного права. Вместе с тем надо иметь в виду, что практике известны случаи, когда при наличии оснований применялись и иностранные публично-правовые нормы (например, в случаях, предусмотренных рядом международных договоров); к тому же далеко не всегда границы, отделяющие частноправовые правила от публично-правовых, обозначены достаточно четко.

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

Решение коллизийного вопроса ведет к определению права, подлежащего применению к отношению, или, как часто говорят, применимого права. Правовые нормы, определяющие, право какой страны подлежит применению к данному отношению, называют коллизийными. История международного частного права начиналась с рождения коллизийных норм, а в некоторых

странах международное частное право и сегодня рассматривается как коллизионное.

§ 2. Состав норм международного частного права. Метод регулирования

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

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

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

Интертемпоральные коллизии, содержание которых является результатом действия законов во времени, рассматриваются в настоящем учебнике главным образом в аспекте применения на территории Российской Федерации законодательства бывшего СССР. В этом плане внимание доктрины привлекали вопросы о соотношении правил ГК РСФСР 1964 г. и Основ 1991 г., относящихся к совершению внешнеторговых (внешнеэкономических) сделок, о "судьбе" Постановления Совета Министров СССР от 14 февраля 1978 г. N 122 "О порядке подписания внешнеторговых сделок" <1>.

<1> СП СССР. 1978. N 6. Ст. 35.

Коллизионные нормы, разграничивающие действие законов во времени, предусматриваются Вводными законами к частям первой, второй, третьей и четвертой ГК РФ. Части первая, вторая и четвертая ГК РФ подлежат применению к правоотношениям, возникшим после введения их в действие. По правоотношениям, возникшим до введения их в действие, они применяются к тем правам и обязанностям, которые возникают после введения их в действие. Вопрос о применении к длящимся отношениям разд. VI "Международное частное право" решается Вводным законом к части третьей ГК РФ иным образом: по правоотношениям, возникшим до введения в действие этой части, данный раздел (в отличие от разд. V "Наследственное право") не применяется и к тем правам и обязанностям, которые возникнут после введения ее в действие, и, следовательно, в таких случаях подлежат действию соответствующие положения Основ 1991 г., ГК РСФСР 1964 г. и некоторых других актов. Тема "интертемпоральные коллизии в международном частном праве", разумеется, значительно шире и нуждается в отдельном исследовании.

Специального исследования заслуживают также проблемы, относящиеся к **интерперсональным коллизиям** в правовой сфере, основанным на принадлежности физических лиц к определенной национальности, религии и проч. <1>.

<1> См.: Международное частное право: современные проблемы: В 2 кн. М., 1993. Кн. 2. С. 171 - 179.

Основной предмет изучения в международном частном праве - **пространственные правовые коллизии** подразделяются (с позиций международного частного права) на коллизии законов разных государств ("международные", "интернациональные") и коллизии законов внутригосударственных образований (членов федерации) одного и того же государства ("внутренние", "межобластные"). Изучение вопроса о том, подчиняется ли решение пространственных правовых коллизий - "международных" и "внутренних" - одним и тем же общим началам, или каждому роду коллизий соответствуют особые правила их регулирования, позволяет сделать вывод о несовпадающих подходах государств к этой проблеме.

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

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

Конституция РФ (п. "о" ст. 71) отнесла гражданское законодательство к ведению Российской Федерации. Тем самым в принципе исключается правотворческая деятельность субъектов Российской Федерации в области гражданского законодательства, а следовательно, и возможность возникновения "внутренних" коллизий законов в этой области <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (3-е издание, стереотипное).

<1> М.И. Брагинский и В.В. Витрянский считают, что закрепление исключительной компетенции Российской Федерации в области гражданского законодательства "прежде всего не исключает ситуации, при которой федеральный орган поручает субъекту Федерации издать определенный акт. В конечном счете принятый таким образом акт опирается на компетенцию именно федерального, а не местного органа". Далее, соотнеся правила ст. ст. 71 и 72 Конституции

РФ, они приходят к выводу: "гражданское законодательство является исключительной компетенцией Российской Федерации, кроме случаев, которые охватываются ст. 72 Конституции РФ" (Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 89, 92).

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

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

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

В США практическое решение коллизионных проблем связано прежде всего с рассмотрением "межштатных" коллизий, что явилось основанием для выводов об однотипности подходов, применяемых в этой стране к "межштатным" и "международным" правовым коллизиям. В то же время в литературе по международному частному праву высказывались сомнения в справедливости утверждений о полной идентификации применяемых в США правил решения "межштатных" и "международных" коллизий. Отмечались различия в конституционных основах решения "межштатных" и "международных" коллизий <1>.

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

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

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

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

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

- унифицированные материально-правовые нормы международных договоров РФ, реализуемые в сфере частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом;
- нормы внутреннего законодательства о правовом положении в этой области субъектов иностранного права;
- обычаи, признаваемые в Российской Федерации.

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

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

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

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

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

непосредственного установления прав и обязанностей участников отношения.

Различия упомянутых способов не являются, строго говоря, основанием для их противопоставления. В целом они формируют свойственный международному частному праву **метод регулирования отношений гражданско-правового характера, осложненных иностранным элементом, состоящий в преодолении коллизионной проблемы** (материально-правовой способ регулирования также обеспечивает преодоление коллизионной проблемы, предупреждая, устраняя, "снимая" ее посредством "прямо" действующего правила) <1>.

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

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

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

В своей основе система российского международного частного права, предметом которого являются **отношения гражданско-правового характера, возникающие в условиях международной жизни**, близка пандектной системе отечественного гражданского права с ее общей и особенной частями. Нормы, регламентирующие семейные и трудовые отношения, осложненные иностранным элементом, формируют подсистемы международного частного права. Высокая степень обособления характеризует комплексы норм международного частного права, действующих в области торгового мореплавания, трудовых отношений (системы этих норм нередко обозначаются как "международное частное морское право", "международное частное трудовое право").

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

- 1) правовое положение иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных юридических лиц и иных организаций как участников международного гражданского оборота;
- 2) защиту прав и законных интересов российских субъектов права за рубежом;
- 3) участие государства, международных организаций, их представителей и должностных лиц в гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом;
- 4) основания возникновения и порядок осуществления вещных прав, включая права на

инвестиции;

- 5) договорные и иные обязательства;
- 6) исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности;
- 7) отношения по наследованию;
- 8) семейные отношения;
- 9) трудовые отношения.

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

Особенностью системы международного частного права является включение в ее общую часть правил об основаниях применения иностранного права, о взаимности, о квалификации юридических понятий коллизионной нормы, об обратной отсылке и отсылке к закону третьей страны, об оговорке о публичном порядке, о действии норм непосредственного применения ("сверхимперативных" норм) в международном частном праве и некоторых других правил, регламентирующих **общие начала применения коллизионного и материального права.**

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

Иностранный элемент в составе частноправового отношения, возникающего в условиях международного гражданского обмена, порождает вопросы не только о применимом праве, но и **о компетентном органе, призванном определить это право, а также о процессуальных формах и средствах рассмотрения соответствующих дел.** Нормы процессуального права, относящиеся к разрешению дел, содержащих иностранный элемент, в совокупности образуют международный гражданский процесс.

К области международного гражданского процесса относятся вопросы:

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

К этим вопросам примыкают и вопросы **международного коммерческого арбитража**. Объясняется это, несмотря на особенности третейского разбирательства споров с иностранным участием, близостью отдельных институтов, их взаимодействием <1> и отчасти - традицией.

<1> Например, вопросы отвода государственного суда по неподсудности, оспаривания арбитражного решения в государственном суде, признания и исполнения иностранного арбитражного решения и др. Вместе с тем по вопросам, регулируемым Законом РФ "О международном коммерческом арбитраже", никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в этом Законе.

Нормы, относящиеся к перечисленным вопросам, **принадлежат** к процессуальному праву, но **изучаются** - в силу их тесной связи с проблемами международного частного права - наукой международного частного права. Это определяет одно из наиболее существенных оснований для вывода о том, что **предмет науки международного частного права шире предмета одноименной отрасли права** <1>.

<1> См.: Современное международное частное право в России и Евросоюзе / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М., 2013. Кн. 1. С. 66.

Предметом науки международного частного права являются также вопросы **кодификации законодательства** в этой области, **унификации материальных и коллизионных норм на основе международных договоров, разработки и применения средств негосударственного регулирования** (таких, как Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА <1>, Правила толкования международных торговых терминов ИНКОТЕРМС 2010 <2>, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов в ред. 2007 г. (UCP 600) <3>, Унифицированные правила по инкассо 1995 г. <4>, Унифицированные правила по договорным гарантиям 1994 г. <5> и др.) <6>.

<1> См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. М.: Статут, 2013. С. 450 - 552.

<2> СПС "КонсультантПлюс".

<3> Там же.

<4> Там же.

<5> Там же.

<6> См.: Ануфриева Л.П. Закон о международном частном праве Украины: взгляд через призму современных тенденций в развитии международного частного права // Журнал международного частного права. 2007. N 4; Комаров А.С. Прогрессивное развитие унификации

правовых норм о международных коммерческих сделках (вступительная статья). Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА. М., 2004; Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Проблемы совершенствования международного частного права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2008. N 2.

Рассматриваются отечественной доктриной и процессы кодификации законодательства о международном частном праве в странах СНГ. В связи с обновлением гражданского законодательства Межпарламентской Ассамблеей государств - участников СНГ на пятом, шестом и седьмом пленарных заседаниях (29 октября 1994 г., 13 мая 1995 г. и 17 февраля 1996 г.) были приняты в виде рекомендательных законодательных актов части первая, вторая и третья Модели ГК для стран СНГ. Часть третья Модели включает разд. VII "Международное частное право" <1>. Соответствующие разделы предусмотрены в гражданских кодексах, принятых в Армении, Белоруссии, Казахстане, Киргизии, Молдавии, Узбекистане. В Азербайджане, Украине действуют законы о международном частном праве.

<1> См.: Богуславский М.М. Международное частное право в странах СНГ. Проблемы международного частного права: Сборник статей. М., 2000. С. 33; Вилкова Н.Г. Унификация коллизионных норм в рамках СНГ // Журнал российского права. 1997. N 10.

2. Различия во взглядах на природу международного частного права не должны препятствовать объединению усилий представителей доктрины и практики с целью совершенствования этой области права. Отечественная наука традиционно исходит из идеи **единства исходных начал международного права и международного частного права**. К таким началам относятся **общепризнанные принципы и нормы международного права**, в том числе принципы суверенного равенства государств, мирного разрешения международных споров, невмешательства во внутренние дела, всеобщего уважения прав человека, сотрудничества, добросовестного выполнения международных обязательств.

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

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

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

§ 4. Из истории международного частного права

Термин "международное частное право" связан с именем основоположника американской доктрины международного частного права, члена Верховного Суда США Д. Стори, который впервые привел его в Комментариях к конфликтному праву (1834 г.). Начиная с 40-х гг. XIX в. к этому термину стали обращаться в европейских странах (Шеффнер, Феликс).

В России термин "международное частное право" был введен в научный оборот Николаем Павловичем Ивановым, автором написанной в 1865 г. в Казани работы "Основания частной международной юрисдикции", положившей начало развитию в нашей стране науки международного частного права <1>. В "Ученых записках Казанского университета" (1858 - 1859 гг.) о "действии закона относительно места" писал один из родоначальников российской цивилистики Д.И. Мейер. В.Э. Грабарь, касаясь замечания Ф.Ф. Мартенса о том, что во втором томе принадлежащего его перу "Современного международного права цивилизованных народов" в первый раз на русском языке излагается международное частное право, пишет: "Но уже более чем за тридцать лет до Мартенса международное частное, а также уголовное право были предметом исследования в русской литературе". При этом В.Э. Грабарь приводит имена двух молодых ученых - Бобровского и Благовещенского, защитивших в 1850 г. в Петербургском университете магистерские диссертации, в которых затрагивались вопросы международного частного права. К сожалению, диссертации остались в рукописи, "и о них, и об их авторах в литературе почти ничего не известно" <2>. Вместе с тем именно Мартенсу принадлежит наиболее полное и системное для своего времени исследование предмета международного частного права <3>.

<1> См.: Грабарь В.Э. Указ. соч. С. 468; Кудряшов С.М. Страницы истории: Николай Павлович Иванов (зарождение науки международного частного права в России) // Журнал международного частного права. 1994. N 4.

<2> Грабарь В.Э. Указ. соч. С. 468.

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

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

И таких причин более чем достаточно:

- экономическое переустройство в стране и вызванное им несопоставимое с недавним прошлым расширение международного общения российских субъектов частного права, будь то предпринимательская деятельность или обычные житейские отношения;

- обострение ситуации с правами и свободами многих граждан бывшего Союза ССР, ставших в результате разрушения единого государства изгоями в собственном доме;

- выход России в унифицированное международное правовое пространство, включая вступление в авторитетные международные структуры (Совет Европы, Всемирная торговая организация), заключение новых международных договоров, охватывающих самые разные области сотрудничества;

- обновление российского частного права, принятие Гражданского кодекса, Семейного кодекса, Кодекса торгового мореплавания, других федеральных законов, являющихся источниками норм международного частного права, расширение сферы саморегулирования;

- реализация целей и задач Содружества Независимых Государств, наращивание унифицированной правовой основы их интеграционной деятельности, включая Модель ГК для стран СНГ, формирование единого экономического пространства.

Это - увеличение в государственных и третейских судах количества дел с иностранным участием, обновление судебной практики по рассмотрению споров, осложненных иностранным элементом.

Контрольные вопросы

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

Рекомендуемая литература

1. Абдуллин А.И. Об истоках международного частного права в России // Журнал российского права. 2003. N 5.
2. Ануфриева Л.П. Соотношение международного публичного и международного частного

права: правовые категории. М., 2002.

3. Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

4. Грабарь В.Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647 - 1917). М., 1958.

5. Канашевский В.А. Международное частное право: Учебник. М., 2016.

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

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

7. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. 4-е изд., испр. и доп. М.: Контракт, 2014.

8. Корецкий В.М. Избранные труды: В 2 кн. Киев, 1989.

9. Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. М., 2001.

10. Лебедев С.Н. О природе международного частного права // Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980.

11. Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

12. Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: Учебник. М., 1984.

13. Маковский А.Л. Кодификация гражданского права и развитие отечественного международного частного права. Кодификация российского частного права / Под ред. Д.А. Медведева. М., 2008.

14. Марышева Н.И., Лазарева Т.П., Власова Н.В. Научная школа международного частного права // Страницы истории и очерки о научных школах Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации / Е.А. Прянишников, Т.Я. Хабриева, В.И. Лафитский и др. 4-е изд., доп. и перераб. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2015.

15. Марышева Н.И., Лазарева Т.П., Власова Н.В. Цивилистическая концепция международного частного права // Журнал российского права. 2015. N 9.

16. Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л.

Маковского; сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.

17. Международное частное право: современные проблемы: В 2 кн. / Под ред. М.М. Богуславского. М., 1993.

18. Международное частное право: современная практика: Сборник статей / Под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. М., 2000.

19. Перетерский И.С. Система международного частного права // Советское государство и право. 1946. N 8 - 9.

20. Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959.

21. Проблемы международного частного права: Сборник статей, посвященный памяти Лазаря Адольфовича Лунца / Под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000.

22. Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984.

23. Садиков О.Н. Развитие советской науки международного частного права. Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства. Ученые записки. М., 1971. Вып. 23.

24. Современное международное частное право в России и Евросоюзе: Монография / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М., 2013.

25. Хлестова И.О., Марышева Н.И., Лазарева Т.П., Шестакова М.П. Тенденции развития международного частного права // Научные концепции развития российского законодательства: Монография / С.Е. Нарышкин, Т.Я. Хабриева, А.И. Абрамова и др.; отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров. 7-е изд., доп. и перераб. М., 2015.

26. Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982.

27. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995. С. 43, 44.

Глава 2. ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

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

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

Содержание международного частного права определяется **системой его источников**, к

которым в Российской Федерации относятся:

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

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

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

В ст. 126 Конституции РФ за Верховным Судом РФ закреплено право давать разъяснения по вопросам судебной практики. Высказывается мнение о том, что "решения судов и арбитражей, формулируемые в общей форме в постановлениях их высших органов по разъяснению норм законодательства, представляют собой источник гражданского права" <1>. Эта позиция не является, на наш взгляд, бесспорной.

<1> Гражданское право России: Курс лекций. М., 1996. Часть первая. С. 21. См. также: Нешатаева Т.Н. К вопросу об источниках права - судебном прецеденте и доктрине // Вестник ВАС РФ. 2000. N 5.

Одна из наиболее важных судебных прерогатив предусмотрена в ст. 120 Конституции РФ. Суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа закону, принимает решение в соответствии с законом. Конституционная норма наделяет суд правомочием осуществлять контроль за содержанием подзаконного акта при разрешении конкретного дела, принятии конкретного решения. По разъяснению Пленума Верховного Суда РФ, оценке с точки зрения соответствия закону подлежат нормативные акты любого государственного или иного органа. В случае неопределенности в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ примененный или подлежащий применению по конкретному делу закон, суд, исходя из положений ч. 4 ст. 125 Конституции РФ, обращается в Конституционный Суд РФ с запросом о конституционности этого закона (см. п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" // БВС РФ. 1996. N 1).

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Гражданское, гражданско-процессуальное и арбитражно-процессуальное законодательство отнесено к ведению Российской Федерации; в ее ведении находится и федеральное коллизионное право (п. п. "о" и "п" ст. 71 Конституции РФ). По предметам совместного ведения издаются федеральные законы, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации. При этом законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации принимаются в соответствии с федеральными законами. В результате российское материальное, коллизионное и процессуальное право, применяемое к отношениям с иностранным элементом, формируется на федеральном уровне и является единым для страны, для всех

субъектов Российской Федерации. Тем самым создаются важные предпосылки для обеспечения единообразных условий функционирования гражданского оборота и участия в нем иностранных граждан и иностранных юридических лиц.

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

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

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

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

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

10. Конституция РФ признает право каждого в соответствии с международными договорами РФ обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты (ч. 3 ст. 46).

§ 2. Международные договоры

1. Основу правил Федерального закона от 15 июля 1995 г. N 101-ФЗ "О международных договорах Российской Федерации" <1>, раскрывающих понятие международного договора РФ, составляют нормы Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. <2> и Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями и между международными организациями 1986 г. <3>.

<1> СЗ РФ. 1995. N 29. Ст. 2757.

<2> Ведомости СССР. 1986. N 37. Ст. 772.

<3> Многие положения Венской конвенции 1986 г., не вступившей в силу, приобрели значение обычных норм.

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

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

Это, разумеется, не означает, что международные договоры РФ, в том числе международные договоры, являющиеся источником международного частного права, становятся обязательными и действуют для Российской Федерации помимо ее воли, "собственной силой", *proprio vigore* <1>. Характеристика международного договора как "непосредственно применяемого" отражает известное деление договорных положений на "самоисполнимые" и "несамоисполнимые". Так, согласно п. 2 ст. 7 ГК РФ международные договоры РФ применяются к отношениям, регулируемым гражданским законодательством, непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта.

<1> И.И. Лукашук заметил: "В законодательстве нередко речь идет о "непосредственном действии", "непосредственном применении" норм международного права. Нередко эти выражения понимаются буквально, как означающие прямое применение международных норм помимо национальной правовой системы. Но о каком прямом действии может идти речь, если нормы международного права включаются Конституцией в правовую систему страны? Они и действуют как часть этой системы" (Алексеева Л.Б., Жуйков В.М., Лукашук И.И. Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации. М., 1996. С. 11). См. также: Осминин Б.И. Принятие и реализация государствами международных договорных обязательств. М., 2006; Бахин С.В. Международная составляющая правовой системы России // Правоведение. 2007. N 6; 2008. N 1.

При изучении механизма действия международных договоров РФ, относимых к источникам международного частного права, нельзя не принимать во внимание особенности этих договоров. Порождая, как и любые другие международные договоры, обязательства для заключивших их субъектов международного права, они содержат нормы, реализация которых обеспечивается в конечном счете в сфере отношений граждан и юридических лиц. С включением таких международных договоров РФ в состав российской правовой системы правила этих договоров

приобретают функции внутренних правовых норм и могут применяться к частноправовым отношениям, не меняя своей изначальной природы, как международно-правовые нормы, а не как нормы внутригосударственного права.

В ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, а также в ст. 5 Федерального закона "О международных договорах Российской Федерации", ст. 7 ГК РФ говорится о **применении** правил международных договоров РФ. В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" разъяснялось: "...положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. В иных случаях наряду с международным договором Российской Федерации следует применять и соответствующий внутригосударственный правовой акт, принятый для осуществления положений указанного международного договора" (п. 5).

Разъяснения по вопросам применения международных договоров РФ были даны в Постановлении Пленума ВАС РФ от 11 июня 1999 г. N 8 "О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса" <1>. Арбитражный суд, сказано в Постановлении, применяет вступившие в силу и должным образом доведенные до всеобщего сведения международные договоры РФ. Суд, применяя правила, установленные нормами международных договоров, определяет действие этих правил во времени и пространстве в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров. При применении норм международных договоров суд руководствуется тем, что толкование международных правил производится в порядке, определенном разд. 3 ч. 3 указанной Венской конвенции. Суд толкует международно-правовую норму добросовестно, в контексте и в соответствии с объемом и целями международного договора РФ <2>.

<1> Вестник ВАС РФ. 1999. N 8.

<2> См. также разд. 1 и 3 Обзора судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц (информационное письмо от 16 февраля 1998 г. N 29 // Вестник ВАС РФ. 1998. N 4).

Целям обеспечения правильного и единообразного применения судами международного права при осуществлении правосудия посвящено Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" <1>.

<1> БВС РФ. 2003. N 12. С. 38.

Устав ООН объединил **международно-правовые принципы высшего порядка**, обладающие качествами **jus cogens**. Однако не все принципы современного международного права нашли отражение в Уставе. Как отмечал А.Н. Талалаев, "в силу особенностей международного права не существует обязательного нормативного акта, который содержал бы

перечень общепризнанных принципов и норм международного права. В отношении основных его принципов также нет единства... Все это создает и будет создавать в дальнейшем трудности при применении судами и другими государственными органами и лицами формулы "общепризнанные принципы и нормы международного права", употребленной в 15-й, 17-й и других статьях Конституции России" <1>.

<1> Талалаев А.Н. Соотношение международного и внутригосударственного права и Конституция Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1994. N 4. С. 7.

Развернутое **определение принципов** современного международного права содержится в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН, от 24 октября 1970 г. и Декларации принципов, которыми государства-участники будут руководствоваться во взаимных отношениях, помещенной в Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1 августа 1975 г.

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

Конституция РФ 1993 г. впервые придала упомянутому правилу общее для всей правовой системы Российской Федерации значение, подняв его на уровень положений, составляющих основы конституционного строя. Положения гл. 1 Конституции, к которой относится и ст. 15, не могут быть изменены иначе как в порядке, установленном Конституцией.

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

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

В упомянутом Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. N 5 внимание судов обращается на то, что согласие на обязательность международного договора для Российской Федерации должно быть выражено в форме федерального закона, если указанным договором установлены иные правила, чем федеральным законом.

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

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

Нота МИД России главам дипломатических представительств от 13 января 1992 г. содержала просьбу довести до сведения правительств аккредитуемых государств, что Российская Федерация **продолжает осуществлять права и выполнять обязательства, вытекающие из международных договоров, заключенных СССР**, и что соответственно Правительство РФ будет выполнять вместо Правительства СССР функции депозитария по соответствующим многосторонним договорам. В этой связи Министерство просило рассматривать Российскую Федерацию в качестве стороны всех действующих международных договоров вместо Союза ССР <1>.

<1> См.: Действующее международное право: В 3 т. / Сост. Ю.М. Колосов и Э.С. Кривчикова. М., 1996. Т. 1. С. 476.

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

Осуществление Россией прав и обязательств по международным договорам СССР в качестве государства - продолжателя СССР является особым проявлением правопреемства и не исключает правопреемства в отношении международных договоров бывшего СССР других независимых государств, возникших на территории Союза. В соответствии с Соглашением о создании Содружества Независимых Государств от 8 декабря 1991 г. Протоколом к этому Соглашению и Декларацией от 21 декабря 1991 г. государства Содружества обеспечивают выполнение международных обязательств, вытекающих для них из договоров и соглашений бывшего Союза ССР.

Федеральным законом от 4 января 1999 г. N 4-ФЗ "О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации" <1> (ст. 7) определен статус соглашений об осуществлении международных и внешнеэкономических связей, заключаемых органами государственной власти субъектов Российской Федерации: эти соглашения, независимо от формы, наименования и содержания, не являются международными договорами.

<1> СЗ РФ. 1999. N 2. Ст. 231.

2. Рассмотрение **круга международных договоров РФ**, выступающих источниками

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

Исходное начало договорных норм о статусе личности составляют положения Устава ООН. В ст. 1 Устава в качестве цели ООН называется осуществление международного сотрудничества в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам для всех, без различия расы, пола, языка и религии, а в ст. 55 Устава говорится об оказании Организацией Объединенных Наций содействия всеобщему уважению и соблюдению прав человека и основных свобод для всех.

Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 г. <1>, положения которой приобрели значение обычных норм международного права, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Международный пакт о гражданских и политических правах, первый и второй Факультативные протоколы к Международному пакту о гражданских и политических правах, образовавшие так называемый Международный билль о правах человека, а также некоторые другие международные договоры и договоренности развивают и конкретизируют сформулированные в Уставе ООН требования к соблюдению и уважению прав человека, формируют стандарты, из которых должно исходить национальное законодательство.

<1> Российская газета. 1995. 5 апр.

В современном международном праве сложилась развернутая система договоров, призванная присущими международному праву средствами защищать человека и гражданина от различных посягательств на его права и свободы. Эта система, помимо уже названных выше документов, включает и такие многосторонние международные договоры, как Конвенция о правах ребенка 1989 г., Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 г., Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 г., Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 г., Конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него 1973 г.

Событием большого политического и правового значения явилось присоединение Российской Федерации к Уставу Совета Европы <1>. Российский парламент ратифицировал Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и Протоколы к ней <2>.

<1> Первоочередные мероприятия, связанные с вступлением Российской Федерации в Совет Европы, определены распоряжением Президента РФ от 13 февраля 1996 г. N 66-рп (СЗ РФ. 1996. N 8. Ст. 743). О присоединении Российской Федерации к Уставу Совета Европы см. Федеральный закон от 23 февраля 1996 г. N 19-ФЗ (СЗ РФ. 1996. N 9. Ст. 774); о принятии России в Совет Европы см. также: Шестаков Л.Н. Россия - член Совета Европы: некоторые правовые вопросы //

Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1997. N 4; Энтин М.Л. Политико-правовые последствия вступления России в Совет Европы // Московский журнал международного права. 1996. N 3.

<2> См.: Конвенция о защите прав человека и основных свобод (с изменениями, внесенными Протоколами N 3, 5 и 8, и дополнениями, содержащимися в Протоколе N 2) и Протоколы N 1, 4, 7, 9, 10 и 11, ратифицированные Российской Федерацией с оговоркой и заявлениями 30 марта 1998 г. (СЗ РФ. 1998. N 14. Ст. 1514). Конвенция и Протоколы к ней N 1, 2 и 4 вступили в силу для Российской Федерации 5 мая 1998 г. (СЗ РФ. 1998. N 20. Ст. 2143), Протокол N 7 - 1 августа 1998 г. (СЗ РФ. 1998. N 31. Ст. 3835), Протокол N 9 - 1 сентября 1998 г. (СЗ РФ. 1998. N 36. Ст. 4467, отменен Протоколом N 11), Протокол N 11 - 1 ноября 1998 г. (СЗ РФ. 1998. N 44. Ст. 5400).

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

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

Главы государств СНГ в сентябре 1993 г. приняли Декларацию о международных обязательствах в области прав человека и основных свобод <1>. 26 мая 1995 г. в Минске подписана **Конвенция** СНГ о правах и основных свободах человека <2>. Договаривающиеся Стороны приняли на себя обязательство обеспечивать каждому человеку, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, изложенные в этой **Конвенции**. Наблюдать за ее выполнением согласно **ст. 34** Конвенции поручено Комиссии по правам человека Содружества Независимых Государств, **положение** о которой является неотъемлемой частью **Конвенции**.

<1> См.: БМД. 1993. N 9.

<2> Ратифицирована Российской Федерацией Федеральным законом от 4 ноября 1995 г. N 163-ФЗ // СЗ РФ. 1995. N 45. Ст. 4239.

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

К **двусторонним договорам** такого рода принадлежат:

- договоры о торговле, торгово-экономическом сотрудничестве, товарообороте и платежах, торговле и мореплавании, режиме свободной торговли, платежные соглашения;
- правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам;
- поощрении и взаимной защите капиталовложений;
- урегулировании взаимных финансовых и имущественных претензий;
- международном автомобильном сообщении, международном железнодорожном сообщении, международном воздушном сообщении;
- торговом судоходстве;
- взаимной охране авторских прав, сотрудничестве в области охраны промышленной собственности;
- трудовой деятельности и социальной защите трудящихся-мигрантов;
- сотрудничестве в области социального обеспечения;
- консульские соглашения;
- соглашения по вопросам гражданского процесса и др.

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

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

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

-
- Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств (г. Вашингтон, 1965 г. - Вашингтонская конвенция) подписана, но не ратифицирована Российской Федерацией;
 - Конвенция ООН по морскому праву (г. Монтего-Бей, 1982 г.);
 - Афинская конвенция о перевозке морем пассажиров и их багажа (г. Афины, 1974 г.) и Протокол 1976 г. к этой Конвенции;
 - Международная конвенция об унификации некоторых правил относительно столкновения судов (г. Брюссель, 1910 г.);
 - Конвенция о Кодексе поведения линейных конференций (г. Женева, 1974 г.);
 - Международная конвенция о спасании 1989 г. (г. Лондон);
 - Протокол 1979 г. (г. Брюссель) об изменении Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 г., измененной Протоколом от 23 февраля 1968 г.;
 - Международная конвенция об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов (г. Брюссель, 1952 г.);
 - Международная конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1992 г. (г. Лондон);
 - Международная конвенция о создании Международного фонда для компенсации ущерба от загрязнения нефтью 1992 г. (г. Лондон);
 - Международная конвенция о морских залогах и ипотеках 1993 г. (г. Женева);
 - Протокол 1996 г. (г. Лондон) об изменении Конвенции об ограничении ответственности по морским требованиям 1976 г.;
 - Конвенция для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок (г. Варшава, 1929 г.), и Протокол 1955 г. к этой Конвенции (Варшавская конвенция и Гаагский протокол);
 - Конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок (г. Монреаль, 1999 г.);
 - Конвенция об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности (г. Рим, 1952 г.);
 - Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ, г. Женева, 1956 г.);
 - Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП, г. Женева, 1975 г.);
-

-
- Конвенция о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ, г. Берн, 1980 г.) и Протокол 1999 г. к этой Конвенции;
 - Конвенция о Единообразном законе о переводном и простом векселе, 1930 г.;
 - Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях (г. Женева, 1930 г.);
 - Конвенция ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 9 декабря 1988 г. СССР ее подписал, но не ратифицировал. К настоящему времени Конвенция не набрала необходимого для вступления ее в силу количества ратификаций. Российской Федерацией Конвенция не ратифицирована;
 - Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности (г. Стокгольм, 1967 г.);
 - Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г., пересмотренная в 1979 г.;
 - Всемирная конвенция об авторском праве (СССР присоединился к Конвенции в редакции 1952 г.; Российская Федерация стала участницей Конвенции, пересмотренной в 1971 г.);
 - Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (г. Женева, 1971 г.);
 - Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (г. Рим, 1961 г.);
 - Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав (г. Москва, 1993 г.);
 - Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. (СССР присоединился к Конвенции во всех ее редакциях с 1 июля 1965 г., ратификация Советским Союзом Стокгольмского акта Парижской конвенции состоялась 19 сентября 1968 г.);
 - Договор о патентной кооперации (г. Вашингтон, 1970 г.); Мадридское соглашение о международной регистрации знаков 1891 г. и Протокол 1989 г. к этому Соглашению;
 - Международная конвенция по охране новых сортов растений 1961 г., вступила в силу для России 24 апреля 1998 г.;
 - Конвенция о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности (г. Париж, 1970 г.);
 - Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия (г. Париж, 1972 г.);
 - конвенции, разработанные и заключенные в рамках Международной организации труда;
 - Конвенция по вопросам гражданского процесса (г. Гаага, 1954 г.);
-

-
- Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (г. Нью-Йорк, 1958 г.);
 - Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (г. Женева, 1961 г.);
 - Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов (г. Гаага, 1961 г.);
 - Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (г. Гаага, 1965 г.). Российская Федерация к ней присоединилась;
 - Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам (Гаага, 1970 г.). Россия в ней участвует.

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

- Соглашение о распределении всей собственности бывшего Союза ССР за рубежом (г. Москва, 1992 г.);
- Соглашение о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности (г. Бишкек, 1992 г.);
- Договор стран СНГ о создании Экономического союза (г. Москва, 1993 г.);
- Договор об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях (г. Москва, 1996 г.);
- Соглашение о формировании Единого экономического пространства (г. Ялта, 2003 г.);
- Договор о Евразийском экономическом союзе (г. Астана, 2014 г.);
- Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств - участников Содружества Независимых Государств (г. Киев, 1992 г.);
- Евразийская патентная конвенция (г. Москва, 1994 г.);
- Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов (г. Москва, 1994 г.);
- Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (г. Киев, 1992 г.);
- Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (г. Минск, 1993 г.). 7 октября 2002 г. в г. Кишиневе государствами - участниками СНГ, за некоторыми исключениями, подписана одноименная многосторонняя Конвенция. Эта Конвенция Российской Федерацией не ратифицирована.

Целям содействия поэтапному сближению России с "более широкой зоной сотрудничества в

Европе и соседних регионах", поступательной интеграции России в "открытую международную торговую систему" <1> послужило **Соглашение о партнерстве и сотрудничестве 1994 г.** <2>, учредившее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны. Особый интерес в свете рассматриваемых проблем вызвали положения Соглашения, относящиеся к торговому сотрудничеству, предпринимательской деятельности и инвестициям, к обеспечению каждой Стороной свободного от дискриминации доступа физических и юридических лиц другой Стороны в свои компетентные суды и административные органы в целях защиты личных прав и прав собственности, к сотрудничеству в области законодательства.

<1> Действующее международное право: В 3 т. / Сост. Ю.М. Колосов и Э.С. Кривчикова. М., 1997. Т. 3. С. 226.

<2> О ратификации Соглашения см. Федеральный закон от 25 ноября 1996 г. N 135-ФЗ (СЗ РФ. 1996. N 49. Ст. 5494).

4. Российская Федерация **не участвует** в таких многосторонних договорах, оказывающих заметное влияние на развитие международного частного права, как, например, Конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 г. ("Гамбургские правила"), Женевские чековые конвенции 1931 г., Гагская конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г.

Между тем отношения с участием субъектов российского права, включая предпринимателей, могут оказаться при определенных обстоятельствах в сфере действия международных договоров, в которых не участвует Российская Федерация. Так, к отношениям по контракту с участием российского партнера могут при определенных условиях применяться правила Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. <1>.

<1> О применении Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. см.: Розенберг М.Г. Указ. соч. (Какая книга имеется в виду? Ранее не было) С. 191 - 194; Он же. Исковая давность в международном коммерческом обороте: практика применения. М., 1999. С. 9 - 14.

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

Международный договор, заключенный без участия Российской Федерации, нередко входит в иностранную правовую систему, к которой отсылает российская коллизионная норма. Положения такого договора могут найти отражение в условиях контракта, заключенного с российским партнером.

К числу наиболее значительных региональных кодификационных актов в области международного частного права принадлежит **Кодекс Бустаманте**, являющийся приложением к Конвенции о международном частном праве 1928 г. <1>. Принятый в Гаване на организованной

Панамериканским союзом шестой международной конференции американских государств Кодекс был ратифицирован Боливией, Бразилией, Венесуэлой, Гаити, Гватемалой, Гондурасом, Доминиканской Республикой, Коста-Рикой, Кубой, Никарагуа, Панамой, Перу, Сальвадором, Чили, Эквадором (с учетом сделанных этими странами заявлений и оговорок). В других американских государствах Кодекс применялся в силу "разумности и целесообразности".

<1> См.: Дурденевский В.Н. Избранные источники по международному частному праву. ВИЮН. М., 1941. Вып. 1; Журнал международного частного права. 1994. N 3, 4, 3 (5), 4 (6).

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

Принятие странами - членами ЕЭС в 1968 г. Брюссельской конвенции о юрисдикции и о признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам, Конвенции о взаимном признании торговых товариществ и юридических лиц, в 1975 г. Конвенции о патенте для стран Общего рынка, в 1980 г. Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, обозначило роль международного договора в унификации международного частного права и международного гражданского процесса этих стран. В отношениях между странами - членами Европейского союза и странами - членами ЕАСТ была заключена "параллельная" Конвенция о юрисдикции и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам 1988 г. (г. Лугано), замененная в 2007 г. Конвенцией о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам (г. Лугано).

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

Советом ЕС 22 декабря 2000 г. был принят Регламент 44/2001 о юрисдикции, признании и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам (вступил в силу с 1 марта 2002 г.); Регламент заменил в отношениях между государствами - участниками ЕС Брюссельскую конвенцию 1968 г. (его действие не распространяется на Данию, имеющую особый статус в ЕС, а также на некоторые территории государств - участников ЕС, сохраняющие обособленное положение на основании Договора о создании Европейского союза) <1>. Ныне он заменен Регламентом от 20 декабря 2012 г. N 1215/2012.

<1> См.: Базедов Ю. Унификация международного частного права в Европейском союзе // Московский журнал международного права. 2004. N 1; Современное международное частное право в России и Евросоюзе / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. Кн. 1. С. 287 и след.

Разработаны и приняты Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 г. N 864/2007 "О праве, применимом к внедоговорным обязательствам" (Рим-II), Регламент (ЕС) N 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. "О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам" (Рим-I), а также некоторые другие регламенты, устанавливающие единообразные правила, в частности, в таких сферах частноправовых отношений, как семейно-брачные и наследственные.

В декабре 2007 г. главы государств и правительств стран Европейского союза подписали базовый договор ЕС - Лиссабонский договор (или Договор о реформе), ознаменовавший новый этап в развитии европейского права, его гармонизации и унификации <1>.

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

5. Достижения в унификации норм международного частного права, осуществляемой на основе международных договоров, типовых (модельных) законов, рекомендаций, неразрывно связаны с деятельностью **ряда международных органов и организаций**. Наиболее значительные результаты в этой области достигнуты благодаря усилиям Гаагской конференции по международному частному праву, Международного института по унификации частного права (УНИДРУА), Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).

Большую работу по унификации норм международного частного права выполняют Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), Международная морская организация (ИМО), Международная организация гражданской авиации (ИКАО), Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС), ряд других международных организаций.

§ 3. Законодательство

1. Начало текущего столетия ознаменовано новой кодификацией российского законодательства в области международного частного права. Беспримерное в правовой жизни России (превосходящее по охвату регулируемых отношений и объему кодифицированного нормативного материала Основы 1961 г. и 1991 г., а также ГК РСФСР 1964 г.) обновление российского коллизионного права стало результатом введения в действие с 1 марта 2002 г. в составе разд. VI "Международное частное право" части третьей ГК РФ.

В том же году были приняты законодательные акты, имеющие ключевое значение для отношений, осложненных иностранным элементом, - Федеральные законы от 25 июля 2002 г. N 115-ФЗ "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" <1> и от 31 мая 2002 г. N 62-ФЗ "О гражданстве Российской Федерации" <2>. Еще ранее в новом Семейном кодексе РФ был кардинально обновлен разд. VII, содержащий коллизионные нормы семейного права. Значительные изменения в рамках общего реформирования Гражданского кодекса РФ были внесены в разд. VI ГК РФ Федеральным законом от 30 сентября 2013 г. N 260-ФЗ.

<1> СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3032.

<2> СЗ РФ. 2002. N 22. Ст. 2031.

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

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

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

2. Вынесение в заголовок разд. VI ГК РФ термина "международное частное право" <1> указывает на **принадлежность** к этой области права помещенных в разделе предписаний, высокую степень их обособления от иных, "внутренних" правил Кодекса, предопределяемую особенностями регулируемых отношений и соответствующих им правовых институтов. Обращение к термину "международное частное право" не может быть истолковано как выражение намерения исключить из сферы действия названной области права семейные и трудовые отношения. Несмотря на то что в разд. VI преобладают коллизионные нормы, в заголовке раздела не следует усматривать основание для ограничения международного частного права коллизионными нормами. В российской доктрине взгляд на международное частное право как на область, объединяющую материально-правовые и коллизионные нормы, материально-правовой и коллизионный способы регулирования, пользуется широким признанием.

<1> В представленном в Государственную Думу Федерального Собрания РФ проекте части третьей ГК РФ заголовок разд. VI был сформулирован более точно: "Отношения в области международного частного права".

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

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

уже известные отечественной доктрине и практике и являющиеся общепринятыми.

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

2.2. Необычным для отечественного коллизионного права является введение в его состав наряду с классическими, формализованными коллизионными нормами **гибких коллизионных правил**, иногда именуемых коллизионными предписаниями "нового поколения". Речь идет прежде всего о норме п. 2 ст. 1186, рассчитанной на случаи, когда в соответствии с п. 1 этой статьи (т.е. на основании названных в нем источников права) невозможно определить правопорядок, подлежащий применению к гражданско-правовому отношению, осложненному иностранным элементом. Возникающий при этом пробел в коллизионном регулировании предлагается восполнять посредством **обращения к коллизионной норме, отсылающей к праву страны, с которой соответствующее отношение наиболее тесно связано**. Это коллизионное начало, которому в разд. VI придается значение ведущего, "стержневого", выступает в данном случае как резервное, вспомогательное и применяется независимо от вида (природы) гражданско-правового отношения, осложненного иностранным элементом. Коллизионная норма с весьма сходной по значению привязкой ("право страны, с которой договор наиболее тесно связан") установлена, например, в п. 1 ст. 1213 ("Право, подлежащее применению к договору в отношении недвижимого имущества").

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

2.4. Фундаментальное начало международного частного права - **автономия воли участников гражданско-правового отношения** закреплена в разд. VI не в виде "одионой" коллизионной нормы *lex voluntatis*, как это имело место в Основах 1991 г., а **в качестве особого правового института, обращение к которому не ограничивается рамками гражданско-правового договора**. Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть прямо выражено или определенно вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела. Такой выбор, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным без ущерба для прав третьих лиц с момента заключения договора. Беспрецедентным для российского коллизионного права является указание на то, что стороны договора могут выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей (п. 4 ст. 1210).

Можно отметить расширение сферы действия автономии воли. Так, введенная Федеральным законом от 30 сентября 2013 г. новая ст. 1223.1 ГК РФ разрешает договориться (после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда или неосновательное обогащение) о подлежащем применению праве и сторонам обязательства, возникшего вследствие причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения.

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

2.6. Процесс преодоления коллизионной проблемы носит далеко не механический характер, сами же коллизионные нормы - и в этом одна из важнейших особенностей современного коллизионного права - **перестают быть "нейтральными", "безразличными"** по отношению к выбору на их основе применимого права, подчиняя его "запрограммированным" в коллизионных нормах приоритетам, основывающимся на интересах международного гражданского оборота. Особой "заряженностью" на реализацию таких приоритетов отличается **коллизионное право гражданско-правовых договоров**, осложненных иностранным элементом (ст. ст. 1210 - 1215). По общему правилу применяется право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. В последующем значение данной презумпции конкретизируется по отношению к почти двум десяткам разновидностей гражданско-правовых договоров (перечень содержится в п. 2 ст. 1211 ГК). Однако обращение к презумпции "исполнения, имеющего решающее значение", может быть оспорено, если из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела явно вытекает, что договор более тесно связан с правом иной страны, чем та, которая указана в данном перечне (п. 9 ст. 1211). Закрепляются и другие презумпции истолкования понятия "права страны, с которой договор наиболее тесно связан", отражающие своеобразие некоторых видов договорных отношений. Так, отдельное правило посвящено договору, содержащему элементы нескольких договоров: к такому ("смешанному") договору применяются, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, с которой "смешанный" договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан (п. 10 ст. 1211). Все эти предписания, взятые вместе, ведут к принятию коллизионных решений, учитывающих всю совокупность обстоятельств дела, его особенности, свободных от элементов случайности и субъективных оценок.

2.7. Некоторые нормы разд. VI придают **защите интересов "слабой стороны" в гражданско-правовом отношении** значение "эффекта", превалирующего над другими приоритетами коллизионного правоприменения. Так, на основании п. 3 ст. 1199 ГК РФ отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Однако когда лицо, находящееся под опекой (попечительством), имеет место жительства в Российской Федерации, применяется российское право, если оно более благоприятно для этого лица. Согласно п. 1 ст. 1212 выбор права, подлежащего применению к договору с участием потребителя, не может повлечь за собой лишение потребителя защиты его прав, предоставляемой императивными нормами права страны места его жительства, при наличии одного из указанных в упомянутой статье обстоятельств.

2.8. **Отношение к защите прав и интересов, охраняемых нормами непосредственного применения (сверхимперативными нормами)**, как к одному из главных приоритетов

коллизийного права разд. VI выражено в ст. 1192. Как следует из п. 1 данной статьи, правила этого раздела не затрагивают действия тех императивных норм законодательства РФ, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. Кроме того, ст. 1192 (п. 2) разрешает суду принимать во внимание императивные нормы права другой страны, имеющей тесную связь с отношением, если согласно праву этой страны такие нормы должны регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. При этом суд должен учитывать назначение и характер таких норм, а также последствия их применения или неприменения.

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

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

Сопоставление одноименных разд. VI ГК РФ и разд. VII Модели ГК для стран СНГ с несомненностью свидетельствует об "общих корнях", общих объединяющих их началах. Многие положения Модели восприняты российским ГК. В то же время разд. VI ГК РФ представляется более приближенным к современным зарубежным кодификациям международного частного права, вобравшим в себя новейшие достижения коллизийного права. Существенны и различия между некоторыми правилами разделов, они начинаются уже с первых статей. Так, в Модели отсутствуют включенные в ст. 1186 ГК РФ нормы об особенностях определения права, применяемого международным коммерческим арбитражем, о неприменении коллизийных норм в случаях, когда отношение урегулировано материально-правовыми предписаниями международного договора РФ, а в ГК РФ не воспринято правило Модели, не допускающее ограничения применения нормы иностранного права лишь на том основании, что она имеет публично-правовой характер (представляется, что эта позиция, не противоречащая подходам отечественной доктрины, могла бы найти отражение и в ГК РФ).

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

К числу наиболее важных относятся новеллы ГК РФ, связанные с конструкцией личного

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

В ГК РФ включены неизвестные Модели положения, в том числе о сфере действия личного закона юридического лица, личном законе иностранной организации, не являющейся юридическим лицом, о праве, подлежащем применению к договору с участием потребителя и договору в отношении недвижимого имущества, к уступке требования, отношениям по уплате процентов. Вместе с тем в составе норм данного раздела ГК РФ отсутствуют закрепленные в Модели правила, относящиеся к регистрации актов гражданского состояния и признанию документов, выданных органами иностранного государства в удостоверение таких актов, к национальному режиму деятельности иностранных юридических лиц <1>, правам на интеллектуальную собственность. Seriously разнятся правила ГК РФ и Модели, касающиеся определения статута договорных обязательств при отсутствии соглашения сторон о применимом праве, а также статута внедоговорных обязательств, и некоторые другие правила.

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

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

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

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

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

- на основании и во исполнение ГК РФ и иных федеральных законов, указов Президента РФ Правительство РФ вправе принимать постановления, содержащие материальные нормы международного частного права;

- министерства и иные федеральные органы исполнительной власти могут издавать акты, содержащие материальные нормы международного частного права, в случаях и пределах, которые предусмотрены ГК РФ, другими федеральными законами, а также указами Президента РФ и

постановлениями Правительства РФ.

5. В отличие от источников внутреннего материального права **источниками внутреннего коллизионного права могут быть лишь федеральные законы**, а не федеральные подзаконные акты и не акты субъектов Федерации.

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

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

6. **Общий объем коллизионных правил**, формулируемых на основе федеральных законов **за пределами ГК РФ**, невелик, а количество таких законов - незначительно. К ним принадлежат прежде всего СК РФ и КТМ РФ.

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

- ГК РФ;

- Федеральные законы от 25 июля 2002 г. N 115-ФЗ "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации"; от 31 мая 2002 г. N 62-ФЗ "О гражданстве Российской Федерации", от 15 ноября 1997 г. N 143-ФЗ "Об актах гражданского состояния" <1>; от 19 февраля 1993 г. N 4528-1 "О беженцах" <2>, Закон РФ от 19 февраля 1993 г. N 4530-1 "О вынужденных переселенцах" <3>;

<1> СЗ РФ. 1997. N 47. Ст. 5340.

<2> Российская газета. 1997. 3 июня.

<3> СЗ РФ. 1995. N 52. Ст. 5110.

- Федеральные законы от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью" <1>, от 8 мая 1996 г. N 41-ФЗ "О производственных кооперативах" <2>, от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях" <3>, от 19 мая 1995 г. N 82-ФЗ "Об

общественных объединениях" <4>, от 26 сентября 1997 г. N 125-ФЗ "О свободе совести и о религиозных объединениях" <5>, от 11 августа 1995 г. N 135-ФЗ "О благотворительной деятельности и благотворительных организациях" <6>, от 12 января 1996 г. N 10-ФЗ "О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности" <7>; от 15 апреля 1998 г. N 66-ФЗ "О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан" <8>; от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности" <9>; от 21 ноября 2011 г. N 325-ФЗ "Об организованных торгах" <10>; от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" <11>; Закон РФ от 7 июля 1993 г. N 5340-1 "О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации" <12>;

<1> СЗ РФ. 1998. N 7. Ст. 785.

<2> СЗ РФ. 1996. N 20. Ст. 2321.

<3> СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 145.

<4> СЗ РФ. 1995. N 21. Ст. 1930.

<5> СЗ РФ. 1997. N 39. Ст. 4465.

<6> СЗ РФ. 1995. N 33. Ст. 3340.

<7> СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 148.

<8> СЗ РФ. 1998. N 16. Ст. 1801.

<9> СЗ РФ. 1996. N 6. Ст. 492.

<10> СЗ РФ. 2011. N 48. Ст. 6726.

<11> СЗ РФ. 2002. N 43. Ст. 4190.

<12> Российская газета. 1993. 12 авг.

- Федеральный закон от 13 июля 2015 г. N 218-ФЗ "О государственной регистрации недвижимости" <1>;

<1> СЗ РФ. 2015. N 29 (ч. I). Ст. 4344.

- Федеральные законы от 8 декабря 2003 г. N 164-ФЗ "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности" <1>, от 10 декабря 2003 г. N 173-ФЗ "О валютном регулировании и валютном контроле" <2>, Таможенный кодекс Российской Федерации;

<1> СЗ РФ. 2003. N 50. Ст. 4850.

<2> СЗ РФ. 2003. N 50. Ст. 4859.

- Закон РФ от 1 апреля 1993 г. N 4730-1 "О Государственной границе Российской Федерации"
<1>;

<1> Российская газета. 1993. 4 мая.

- Федеральные законы от 9 июля 1999 г. N 160-ФЗ "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" <1>, от 30 декабря 1995 г. N 225-ФЗ "О соглашениях о разделе продукции" <2>; от 30 ноября 1995 г. N 187-ФЗ "О континентальном шельфе Российской Федерации" <3>, Земельный кодекс РФ, Лесной кодекс РФ, Закон РФ от 21 февраля 1992 г. N 2395-1 "О недрах" <4>;

<1> СЗ РФ. 1999. N 28. Ст. 3493.

<2> СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 18; СЗ РФ. 2003. N 23. Ст. 2174.

<3> СЗ РФ. 1995. N 49. Ст. 4694.

<4> СЗ РФ. 1995. N 10. Ст. 823.

- Воздушный кодекс РФ, КТМ РФ, от 7 июля 2003 г. N 126-ФЗ "О связи" <1>, от 30 декабря 2015 г. N 431-ФЗ "О геодезии, картографии и пространственных данных и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" <2>;

<1> СЗ РФ. 2003. N 28. Ст. 2895.

<2> СЗ РФ. 2016. N 1 (ч. I). Ст. 51.

- Закон РФ от 27 ноября 1992 г. N 4015-1 "Об организации страхового дела в Российской Федерации" <1>;

<1> Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. N 2. Ст. 56.

- от 29 июля 1998 г. N 136-ФЗ "Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг" <1>;

<1> СЗ РФ. 1998. N 31. Ст. 3814.

- Закон РФ от 19 апреля 1991 г. N 1032-1 "О занятости населения в Российской Федерации" <1>, Федеральные законы от 31 декабря 2002 г. N 198-ФЗ "О внесении дополнений и изменений в Федеральный закон "Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе государственного пенсионного страхования" <2>, от 28 декабря 2013 г. N 442-ФЗ "Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации" <3>;

<1> СЗ РФ. 1996. N 17. Ст. 1915.

<2> СЗ РФ. 2003. N 1. Ст. 13.

<3> СЗ РФ. 2013. N 52. Ст. 7007.

- Федеральный закон от 15 апреля 1998 г. N 64-ФЗ "О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации" <1>, Закон РФ от 15 апреля 1993 г. N 4804-1 "О вывозе и ввозе культурных ценностей" <2>;

<1> СЗ РФ. 1998. N 16. Ст. 1799.

<2> Ведомости РФ. 1993. N 20. Ст. 718.

- Градостроительный кодекс РФ, Федеральный закон от 17 ноября 1995 г. N 169-ФЗ "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации" <1>;

<1> СЗ РФ. 1995. N 47. Ст. 4473.

- Федеральные законы от 21 ноября 2011 г. N 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" <1>, от 29 декабря 2012 г. N 273-ФЗ "Об образовании в Российской Федерации" <2>, Основы законодательства Российской Федерации о культуре, утв. Верховным Советом РФ 9 октября 1992 г. N 3612-1 "О физической культуре и спорте в Российской Федерации" <3>;

<1> СЗ РФ. 2011. N 48. Ст. 6724.

<2> СЗ РФ. 2012. N 53. Ст. 7598.

<3> Российская газета. 1992. 17 нояб.

- Федеральный закон от 27 декабря 1991 г. N 2124-1 "О средствах массовой информации"

<1>.

<1> Ведомости РФ. 1992. N 7. Ст. 300.

Источниками норм международного гражданского процесса, изучаемых, как отмечалось, вместе с международным частным правом, являются:

- Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации" <1>;

<1> СЗ РФ. 1997. N 1. Ст. 1; 2001. N 51. Ст. 4825; 2003. N 27. Ст. 2698.

- ГПК РФ;

- АПК РФ;

- Федеральный закон от 2 октября 2007 г. N 229-ФЗ "Об исполнительном производстве" <1>;

<1> СЗ РФ. 2007. N 41. Ст. 4849.

- Основы законодательства Российской Федерации о нотариате, утв. Верховным Советом РФ 11 февраля 1993 г. N 4462-1 <1>;

<1> Ведомости РФ. 1993. N 10. Ст. 357.

- Закон РФ от 7 июля 1993 г. N 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже" <1>.

<1> Российская газета. 1993. 14 авг.

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

Межпарламентская Ассамблея государств - участников Содружества на заседании в

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

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

Гармонизация законодательства рассматривается в Договоре об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях 1996 г. как одна из основных целей интеграции. Стороны согласились создать единую модельную нормативную базу гражданского законодательства и государственного регулирования экономики.

Договор Российской Федерации и Республики Беларусь о создании Союзного государства от 8 декабря 1999 г. одной из целей Союза назвал сближение национальных правовых систем, формирование единой правовой системы Союза. Этим целям служит, в частности, Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Беларусь об обеспечении равных прав граждан Российской Федерации и Республики Беларусь на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства на территориях государств - участников Союзного государства.

Соглашение о правовом обеспечении формирования Таможенного союза и Единого экономического пространства 1999 г. <1> обязывало Стороны проводить гармонизацию (сближение, унификацию) в следующих сферах национальных законодательств: гражданское законодательство; законодательство о валютном регулировании и валютном контроле; о внешнеэкономической деятельности; о транспортной деятельности; налоговое законодательство; законодательство в сфере бюджетного регулирования; таможенное законодательство; законодательство об экспортном контроле; о предпринимательской деятельности; о рынке товаров, услуг, капитала и рабочей силы; об аграрной сфере; об образовании; о труде и охране труда; о научных технологиях; законодательство в сфере информационного обмена и использования средств массовой информации; законодательство об инвестициях и взаимодействии в этой сфере; в других сферах национальных законодательств.

<1> Действие документа приостановлено с 1 января 2015 г. и прекращается с даты вступления в силу Договора о прекращении деятельности Евразийского экономического сообщества от 10 октября 2014 г.

В настоящее время действует Договор о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г., направленный на обеспечение свободы движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы, проведение скоординированной, согласованной или единой политики в отдельных отраслях

экономики, предполагающей применение государствами-членами унифицированного правового регулирования, в том числе на основе решений органов Союза в рамках их полномочий.

8. В ряде иностранных государств нормы международного частного права объединены в законодательных актах о международном частном праве. Кодификация норм международного частного права путем принятия специальных законов осуществлена в Австрии (1978 г.), Азербайджане (2000 г.), Бельгии (2004 г.), Венесуэле (1998 г.), Грузии (1998 г.), Италии (1995 г.), Китае (2010 г.), Республике Корея (в ред. 2001 г.), Лихтенштейне (1996 г.), Македонии (2007 г.), Польше (2011 г.), Румынии (1992 г.), Словении (1999 г.), Тунисе (2007 г.), Турции (2007 г.), Украине (2005 г.), Чехии (2012 г.), Швейцарии (1987 г.), Эстонии (2002 г.). В сентябре 1995 г. вступил в силу Закон о реформе итальянской системы международного частного права.

В последние годы новые комплексные кодификационные акты вступили в силу в Албании, Доминиканской Республике, Хорватии, Черногории; соответствующие законопроекты разработаны в Сербии и в Боливии. С 1 января 2018 г. вступил в силу новый венгерский закон о международном частном праве от 11 апреля 2017 г.

Кодификация норм международного частного права в ряде стран идет по пути включения соответствующих норм в отраслевые акты. Так, в штате Луизиана (США) в 1991 г. принят Закон о международном частном праве, текст которого включен в Гражданский кодекс этого штата. Международному частному праву посвящена книга десятая Гражданского кодекса канадской провинции Квебек (1991 г.). С 2012 г. в Нидерландах введена в действие книга десятая ГК "Международное частное право". Коллизионные нормы содержатся в гражданских кодексах Алжира, Вьетнама, Греции, Египта, Ирана, Испании, Кубы, Латвии, Литвы, Монголии, Перу, Португалии, ряда других стран.

В Германии Вводный закон 1896 г. к Гражданскому уложению (в редакции последующих законов) включает главу "Международное частное право".

Об основанных на Модели гражданских кодексах ряда стран СНГ сказано выше.

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

В США и Великобритании отсутствует официальная кодификация международного частного права. К пользующимся широкой известностью частным кодификациям относятся в Великобритании курс Дайси, в США - Свод законов о конфликте законов (Restatement of the Law of Conflict of Laws), подготовленный Американским институтом права (первый Свод издан в 1934 г., второй - в 1971 г.).

Действию закона в пространстве и праву сторон избрать подлежащее применению право посвящены некоторые нормы Единообразного торгового кодекса США. Вопросы, относящиеся к иммунитетам иностранного суверена, решаются в Законе США об иммунитетах иностранных государств 1976 г.

В Великобритании расширение сферы действия статутного права, затрагивающего

коллизийные проблемы, в значительной мере было вызвано ее участием в Европейских сообществах, а также в Гаагских конвенциях. В частности, на основе заключенной в рамках Европейского сообщества Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. был принят акт о праве, применимом к договорам, 1990 г. - Contracts Applicable Law) Act 1990. В соответствии с официальным письмом Правительства Великобритании эта страна в июле 2008 г. присоединилась к Регламенту (ЕС) N 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам (Рим-I), заменившему Римскую конвенцию. Некоторые области международного частного права в этой стране были реформированы на основе Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995.

§ 4. Обычаи

Различают обычаи: 1) являющиеся источниками как международного публичного, так и международного частного права; 2) рассматриваемые в качестве источников лишь международного частного права. Последние именуются в дальнейшем **"обычаями международного торгового оборота"** или, более кратко (с известной условностью), **"торговыми обычаями"**.

Международные обычаи возникают в условиях межгосударственного общения, а происхождение торговых обычаев, включая обычаи торгового мореплавания, связано с интернационализацией хозяйственной жизни, частноправовой, предпринимательской деятельностью в рамках международного торгового оборота. Понятие "международный", относимое к такому обычаю, имеет в сущности то же значение, что и соответствующее понятие в названии отрасли "международное частное право".

Наряду с международными договорами РФ формирующиеся в межгосударственной жизни **международные обычаи**, которым следует Российская Федерация, определяют общность исходных начал международного публичного и международного частного права в российской доктрине и практике. Природа международного обычая раскрывается в ст. 38 Статута Международного суда ООН (п. 1 "b"). В этом документе, являющемся неотъемлемой частью Устава ООН, **международный обычай характеризуется как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы**. В результате однородных, повторяющихся действий государств выкристаллизовываются правила, приобретающие значение мерила поведения субъектов международного права, обычные международно-правовые нормы. В соответствии со ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью российской правовой системы. Какое количество государств необходимо для того, чтобы считать соблюдаемое ими правило общепризнанным? Согласно ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. императивная норма общего международного права принимается и признается международным сообществом государств в целом. По мнению И.И. Лукашука, последнее явно не означает "все государства": "...формулировка Конвенции имеет в виду принятие нормы большинством государств. Кроме того, это большинство должно быть достаточно представительным. Думается, что оно должно удовлетворять требованию, которое Статут Международного суда ООН предъявляет к составу судей, а именно обеспечивать представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира" <1>.

<1> Лукашук И.И. Международное право в судах государств. СПб., 1993. С. 135.

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

<1> Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 103.

При формировании **торговых обычаев** первичными являются **поведение самих участников гражданского оборота, их намерение и воля следовать рождаемым деловой жизнью неписаным правилам**. Активную роль в становлении обычных норм играют **судебно-арбитражная практика**, признаваемая и санкционируемая государствами, а также **деятельность международных неправительственных организаций по неофициальной кодификации таких норм**. Подготавливаемые ими своды правил, будучи факультативными, применяются при наличии ссылки на них в контракте.

К числу наиболее авторитетных кодификаций такого рода принадлежат **Международные правила толкования торговых терминов ИНКОТЕРМС** - документ Международной торговой палаты, находящейся в Париже. С 1 января 2011 г. действует ИНКОТЕРМС 2010. Постановлением Правления Торгово-промышленной палаты Российской Федерации от 28 июня 2012 г. ИНКОТЕРМС 2010 признан в России торговым обычаем <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Международной торговой палатой подготовлены также **Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов и Унифицированные правила по инкассо** - публикации МТП N 600 и N 522 (действуют в редакции соответственно 2007 г. и 1995 г.), **Унифицированные правила для межбанковского рамбурсирования по документарным аккредитивам** (публикация МТП N 725, редакция 2008 г.).

В отличие от ИНКОТЕРМС и Унифицированных правил по документарным аккредитивам и по инкассо **Унифицированные правила МТП по договорным гарантиям 1978 г.**, сфера действия которых не охватывала банковские гарантии по требованию, не нашли широкого распространения. Это обусловило принятие Международной торговой палатой в 1992 г. **Унифицированных правил для гарантий по требованию** (публикация МТП N 458). В настоящее время Унифицированные правила МТП по договорным гарантиям действуют в редакции 1994 г., а Унифицированные правила для гарантий по требованию - в редакции 2010 г.

Отмечено, что особенностью актов неконвенционной унификации в области регулирования банковских обязательств стало включение в предмет рассмотрения так называемой "коллизийной темы" (коллизийные нормы предусмотрены, например, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах 1992 г.) <1>.

<1> См.: Отдельные виды обязательств в международном частном праве / Отв. ред. В.П. Звеков. М., 2008. Глава 2 "Регулирование банковских обязательств в международном обороте" (глава 2 написана Т.П. Лазаревой). С. 97.

Согласно ст. 414 КТМ РФ право, подлежащее применению к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иным иностранным элементом, в том числе если объект гражданских прав находится за пределами Российской Федерации, определяется в соответствии с международными договорами РФ, указанным Кодексом, другими законами и признаваемыми в Российской Федерации обычаями торгового мореплавания. Статья 285 гл. XVI "Общая авария" Кодекса включает следующие положения: в случаях, если это предусмотрено соглашением сторон, а также в случаях неполноты подлежащего применению закона при определении рода аварии, размеров общеварийных убытков и их распределении применяются **Йорк-Антверпенские правила об общей аварии** и другие международные обычаи торгового мореплавания. Йорк-Антверпенские правила действуют в редакции 2016 г.; работа по совершенствованию правил осуществляется в рамках Международного морского комитета.

В связи с рассмотрением правового значения ИНКОТЕРМС, Унифицированных правил по документарным аккредитивам и по инкассо, Йорк-Антверпенских правил по общей аварии отмечалось, что названные документы в своей основе представляют кодификации обычаев и обыкновений международной торговли, осуществленные на негосударственном уровне <1>. Было высказано мнение: "...значительная известность этих сборников в целом как документов, содержащих обычные правила, в той или иной мере, видимо, помогает созданию впечатления, что все их частичные изменения также изначально носят характер обычаев и обыкновений. Авторитет сводов правил как таковых и активность стоящих за ними организаций во многом способствуют скорейшему восприятию на практике, а также учету судами и арбитражами включаемых в них нововведений еще до их становления в качестве обычаев и обыкновений и при отсутствии ссылок на них в договорах. Тем самым есть основания полагать, что рассматриваемые документы не сводимы полностью ни к обычаям и обыкновениям, ни к общим условиям договоров, а также констатировать существование особенностей механизма действия упомянутых правил" <2>.

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

<2> Зыкин И.С. Указ. соч.

В области международной купли-продажи товаров обращение к обычным правилам опирается на конвенционную норму. Статья 9 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. предусматривает, что стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих

взаимоотношениях. При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли <1>. **Обычай рассматривается, таким образом, как подразумеваемое условие договора, и обращение к нему в этом качестве предшествует применению диспозитивной нормы.**

<1> См.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. М., 1994. С. 33 - 37.

О применении торговых обычаев говорится в положениях **Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ, Арбитражном регламенте ЕЭК ООН.**

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

О связанности сторон международного коммерческого договора обычаем, который широко известен и постоянно соблюдается сторонами в международной торговле (в ее соответствующей области), говорится в разработанных Международным институтом унификации частного права **Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА** (исключение допускается для случаев, когда применение такого обычая было бы неразумным) <1>. Вместе с тем Принципами предусматривается, что стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях. В ст. 1-105 **Принципов европейского контрактного права** <2> указывается, что стороны связаны любым обычаем, в отношении которого они договорились, и любой практикой, установившейся между ними. Стороны связаны обычаем, который будет рассматриваться общеприменимым лицами в той же самой ситуации как сторонами, за исключением случаев, когда применение такого обычая будет необоснованным.

<1> В настоящее время действует четвертая редакция Принципов 2016 г.

<2> Разработаны Комиссией по Европейскому контрактному праву Европарламента // Журнал международного частного права. 1999. N 1 (23). С. 40 - 98.

В 2015 г. в рамках Гаагской конференции по международному частному праву были приняты Гаагские принципы о выборе права, применимого к международным контрактам (см. [гл. 10](#) учебника).

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

широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Это определение не содержит требования о том, чтобы обычай (подобно обычаю согласно характеристике, приводимой в ст. 9 Венской конвенции 1980 г.), был известен сторонам и постоянно соблюдался ими в соответствующей области. Место обычая в иерархии правовых норм обозначено в ст. 421 ГК РФ (п. 5) общим образом: если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями, применимыми к отношениям сторон.

Статья 1211 (п. 11) ГК РФ включает ранее отсутствовавшее в отечественном законодательстве правило: если в договоре использованы принятые в международном обороте торговые термины, при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев, обозначаемых соответствующими торговыми терминами.

Обычай не следует отождествлять с обыкновением. Последнее не является источником права. Входя в состав волеизъявления участников сделки, обыкновение определяет ее детали. Впрочем, разграничение обычного правила, образующего норму права, и обычного правила, не являющегося таковой, на практике нередко оказывается затруднительным <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (3-е издание, стереотипное).

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

Контрольные вопросы

1. Как соотносятся общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ с правовой системой Российской Федерации?
2. Каково значение международных договоров для формирования норм международного частного права?
3. Как проявляется принцип верховенства закона в области международного частного права?
4. Каковы возможные способы кодификации законодательства о международном частном праве? В каких странах были приняты законы о международном частном праве?

5. В чем выражаются главные особенности кодификации международного частного права в разд. VI ГК РФ?

6. Как формируются обычаи, являющиеся источниками норм международного частного права?

7. Чем отличаются обычаи от обыкновений?

Рекомендуемая литература

1. Асосков А.В. Реформа раздела VI "Международное частное право" Гражданского кодекса РФ // Хозяйство и право. 2014. N 2.

2. Бахин С.В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб.: Юридический центр Пресс, 2002.

3. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004.

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

5. Гетьман-Павлова И.В., Ерпылева Н.Ю. Российское законодательство по международному частному праву: проблемы совершенствования // Международное публичное и частное право. 2009. N 1.

6. Ерпылева Н.Ю. Источники международного коммерческого права // Внешнеторговое право. 2011. N 1.

7. Действующее международное право: В 3 т. / Сост. Ю.М. Колосов и Э.С. Кривчикова. М., 1997.

8. Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983.

9. Зыкин И.С. Развитие международного частного права в свете принятия части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 2002. N 12.

10. Канашевский В.А. Международные (межгосударственные) обычаи как регуляторы частноправовых отношений // Государство и право. 2008. N 7.

11. Комментарий к Федеральному закону "О международных договорах Российской Федерации" / Отв. ред. В.П. Звеков, Б.И. Осминин. М., 1996.

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

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно

публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

13. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. 4-е изд., испр. и доп. М.: Контракт, 2014.
14. Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. М., 2000.
15. Марышева Н.И., Звеков В.П. Новая кодификация норм международного частного права // Хозяйство и право. 2002. N 4, 5, 6.
16. Международное частное право: Сборник документов. М., 1997.
17. Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000.
18. Международные правила для использования торговых терминов Инкотермс-2010. Публикация ICC N 715 / Пер. с англ. Н.Г. Вилковой. М.: Инфотропик Медиа, 2010.
19. Проблемы унификации международного частного права: Монография / Отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИД "Юриспруденция", 2012.
20. Рамберг Ян. Комментарий ICC к Инкотермс 2010: понимание и практическое применение. Публикация ICC N 720 = ICC Guide to Incoterms 2010 by Jan Ramberg. ICC Publication N 720 E. Ян Рамберг / Пер. с англ. Н.Г. Вилковой. М.: Инфотропик Медиа, 2011.
21. Рафалюк Е.Е. Унификация международного частного права в странах Латинской Америки: история и современность // Журнал российского права. 2010. N 5. С. 88 - 98.
22. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2013.
23. Усенко Е.Т. Соотношение и взаимодействие международного и национального права и Российская Конституция // Московский журнал международного права. 1993. N 2.
24. Энтин Л.М. Право и институты Европейского союза. Современный этап эволюции. М.: Норма, 2016.

Глава 3. КОЛЛИЗИОННАЯ НОРМА, ЕЕ СТРОЕНИЕ И ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ. ВИДЫ КОЛЛИЗИОННЫХ НОРМ

1. В отличие от материально-правовых норм, определяющих содержание прав и обязанностей субъектов международного частного права и, следовательно, непосредственно регулирующих их поведение, коллизийная норма указывает, право какого государства применимо к данному отношению. Главное отличие коллизийной нормы от других юридических предписаний - **преодоление коллизийной проблемы путем определения применимого права,**

т.е. права, подлежащего применению в силу указания коллизионной нормы.

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

Назначение коллизионной нормы обуславливает отличия ее структуры от структуры других нормативных правовых предписаний <1>. Коллизионная норма **состоит из двух элементов**:

<1> Эти отличия, впрочем, не следует абсолютизировать. См.: Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2004. С. 117 - 120.

- объема (обозначение круга отношений гражданско-правового характера, к которым эта норма применяется);

- привязки (основание, критерий определения применимого права) <1>.

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

Коллизионные нормы могут быть **двусторонними** и **односторонними** <1>. Привязка двусторонней коллизионной нормы допускает применение как права страны суда, так и иностранного права, привязка же односторонней коллизионной нормы ограничивается лишь одним "направлением", чаще всего указывая на применение судом "своего" права.

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

Различают коллизионные нормы с альтернативными <1> и множественными <2>, а также кумулятивными привязками <3>, диспозитивные и императивные коллизионные нормы <4>.

<1> См. ст. 163 Основ 1991 г.

<2> См. п. 1 ст. 1221 ГК РФ.

<3> См. п. 1 ст. 1209, п. 2 ст. 1224 ГК РФ.

<4> К диспозитивным относятся нормы ст. 1211 ГК РФ, императивными являются, к примеру, коллизионные правила п. 2 ст. 1213, ст. 1214 ГК РФ (о применении российского права к договорам в отношении находящихся на территории РФ земельных участков, участков недр, обособленных водных объектов и иного недвижимого имущества, о праве, подлежащем применению к договору о создании юридического лица с иностранным участием). См.: Мищенко В. Понятие и виды коллизий в международном частном праве. Приложение к журналу "Хозяйство и право" // Актуальные вопросы международного и международного частного права. 2008. N 6.

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

Рассмотрим наиболее известные формулы прикрепления.

2.1. Личный закон физического лица (lex personalis). С вступлением в силу части третьей ГК РФ в российское законодательство впервые введено понятие "личный закон физического лица". Разновидностями привязок личного закона физического лица являются **закон гражданства (lex patriae, lex nationalis)** и **закон места жительства (lex domicilii)**.

В соответствии с личным законом решаются вопросы право- и дееспособности физического лица, его личных прав, включая права на имя, его использование и защиту, некоторые вопросы опеки и попечительства, а также семейных отношений (в первую очередь вопросы условий заключения брака и развода). В случае, когда в качестве личного закона выступает **lex patriae**, эти вопросы рассматриваются по праву страны, гражданином которой является данное лицо; применение же **lex domicilii** влечет подчинение указанных вопросов праву страны, где соответствующее лицо постоянно или преимущественно проживает.

Становление принципа гражданства как коллизионного начала связано с революционными преобразованиями в праве, вызванными Великой французской революцией, с принятием Гражданского кодекса Франции 1804 г. "География" этого принципа включает многие европейские страны, ряд стран Латинской Америки, других континентов. Личный закон в форме закона домицилия наиболее широко распространен в странах общего права, где его понимание и применение отличаются существенными особенностями. Нельзя не заметить нарастающего влияния **lex domicilii** и за пределами этих стран.

Для некоторых стран характерна "смешанная" система привязок личного закона. С введением в действие части третьей ГК РФ возникли основания считать, что такая система утвердилась и в российском коллизионном законодательстве.

Согласно ст. 1195 личным законом физического лица является право страны, гражданство которой это лицо имеет, но если место жительства иностранного гражданина находится в Российской Федерации, его личным законом признается российское право. Если лицо наряду с российским гражданством имеет и иностранное гражданство, его личным законом считается российское право, а при наличии у лица нескольких иностранных гражданств (при отсутствии российского гражданства) под личным законом понимается право страны, в которой это лицо имеет место жительства. Личным законом лица без гражданства является право страны, где это лицо имеет место жительства, а личным законом беженца - право страны, предоставившей убежище.

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

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

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

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

Критерий "инкорпорации" характерен для стран англо-американского права, но известен и праву других стран. Критерий места нахождения административного (управляющего) центра получил распространение в странах континентальной Европы. Менее широкой поддержкой (в основном в развивающихся странах) пользуется критерий "центра эксплуатации". В доктрине обращается внимание на то, что личный статус юридического лица иногда как бы отделяется от его действительной государственной принадлежности, и с этим связано распространение теории контроля. Суть теории - в определении принадлежности капиталов юридического лица и на этой основе его статуса.

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

2.3. Закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*). Сфера применения этого коллизионного начала - вопросы права собственности и других вещных прав.

Согласно ст. 1205 ГК РФ право собственности и иные вещные права на недвижимое и движимое имущество определяются по праву страны, где это имущество находится.

По закону места нахождения вещи в ГК РФ определяются содержание вещных прав, их осуществление и защита, виды объектов вещных прав, в том числе принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам, оборотоспособность объектов вещных прав, виды вещных прав, возникновение и прекращение вещных прав, в том числе переход права собственности (ст. 1205.1 ГК). С помощью привязок, близких по значению к **lex rei sitae**, по существу относящихся к разновидностям этого закона (законы места возникновения и прекращения соответствующих прав, в том числе возникновения и прекращения вещных прав по сделке, заключаемой в отношении находящегося в пути движимого имущества, возникновения вещных прав на имущество в силу приобретательной давности), решаются отдельно вопросы определения права, подлежащего применению к возникновению и прекращению вещных прав (ст. 1206 ГК).

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

2.4. Закон, избранный лицом, совершившим сделку (lex voluntatis). Отношение к этой формуле прикрепления, определяющей право, применимое к сделке, и прежде всего права и обязанности сторон, в последние годы характеризуют: расширение пределов автономии воли; придание этому началу большей гибкости; закрепление правила о выборе сторонами договора применимого права в универсальных и региональных международных соглашениях; применение этой формулы как основной, ведущей в "связке" с коллизионными нормами, имеющими субсидиарное значение; ограничение автономии воли посредством "сверхимперативных норм".

Гражданский кодекс РФ (ст. 1210) исходит из свободы выбора права сторонами договора, не ограничивая выбор требованием "локализации" договора и иными подобными требованиями. Соглашение сторон о выборе права должно быть прямо выражено или определенно вытекать из условий договора или совокупности обстоятельств дела. Допускается избрание сторонами применимого права как для договора в целом, так и для отдельных его частей. Выбор применимого права может быть сделан сторонами договора как при его заключении, так и в последующем. Сделанный после заключения договора выбор применимого права имеет согласно п. 3 ст. 1210 ГК РФ обратную силу и считается действительным с момента заключения договора, без ущерба для прав третьих лиц и действительности сделки.

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

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

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

формы гражданско-правового акта. ГК РФ (ст. 1215) к сфере действия права, применимого к договору (статуту договора), относит: толкование договора; права и обязанности сторон; исполнение договора; последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора; прекращение договора; последствия недействительности договора.

2.6. Закон страны продавца (lex venditoris). Основы 1991 г. (п. 1 ст. 166) при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве предписывали применять для определения статута внешнеторгового договора купли-продажи право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона-продавец. Конструкция правил ст. 1211 ГК РФ имеет более сложный и вместе с тем гибкий характер: при отсутствии выбора права сторонами применяется, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

ОУП СЭВ 1968/1988 г., ОУП СССР - КНДР 1981 г., ОУП СЭВ - Финляндия 1978 г. подчиняют решение коллизионных вопросов, которые не урегулированы или не полностью урегулированы контрактами либо соответствующими общими условиями, материальному праву страны продавца.

Конвенция о праве, применимом к договорам купли-продажи товаров, 1986 г. (в силу не вступила) при отсутствии выбора сторонами права, применимого к договору купли-продажи, распространяет на договор право страны, где продавец на момент заключения договора имеет коммерческое предприятие. При определенных обстоятельствах к договору применяется право страны, в которой на момент заключения договора покупатель имеет коммерческое предприятие, или иное право, с которым договор имеет явно более тесную связь.

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

2.7. Закон места совершения деликта (lex loci delicti commissi). С помощью этой формулы, применяемой к обязательствам вследствие причинения вреда, определяются, в частности, способность лица нести ответственность за причиненный вред, возложение ответственности за вред на лицо, не являющееся причинителем вреда, основания ответственности, а также ее ограничения и освобождения от нее, способы возмещения вреда, объем и размер его возмещения.

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

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

В ГК РФ (п. 1 ст. 1219) предусматривается применение к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, права страны, где имело место действие или иное обстоятельство,

послужившие основанием для требования о возмещении вреда. В случае, когда в результате такого действия или иного обстоятельства вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны при условии, что причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране.

Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 г. N 864/2007 "О праве, применимом к внедоговорным обязательствам" (Рим-II) при определении подлежащего применению права исходил из того, что принцип **lex loci delicti commissi** выступает в качестве основного регулятора внедоговорных обязательств практически во всех странах - членах ЕС, но практика применения этого начала в тех случаях, когда отдельные компоненты обязательства рассредоточены по разным странам, существенно различается, что порождает неопределенность в выборе применимого права. Это обусловило выбор применимого права на основе принципа **lex loci damni**, т.е. принципа связи с правом страны, где наступил прямой ущерб, позволяющего устанавливать справедливый баланс между интересами причинителя вреда и потерпевшего, а также отражающего современный подход к гражданско-правовой ответственности и развитию системы ограничений ответственности (strict liability).

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

2.9. Закон, регулирующий "существо" отношения (lex causae). Сфера применения закона: определение в соответствии с коллизионной нормой статута отношения, регулирование на его основе (поскольку не определено иное) вопросов, связанных с существом отношения.

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

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

- закон места заключения брака (lex loci celebrationis);
- закон, применяемый в области международных трудовых отношений (lex loci laboris);
- закон флага (lex banderae), посредством которого решаются коллизионные вопросы в морском и воздушном праве, и некоторые другие.

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

Осуществление коллизионной нормой регулятивной функции таким образом охватывает:

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

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

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

Согласно этой статье к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для требования о возмещении вреда. В случае, когда в результате такого действия или иного обстоятельства вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны, если причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране.

Далее следует норма, предусматривающая изъятие из общего правила: если стороны обязательства, возникающего вследствие причинения вреда, имеют место жительства или основное место деятельности в одной и той же стране, применяется право этой страны. Если стороны данного обязательства имеют место жительства или основное место деятельности в разных странах, но являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны, применяется право этой страны. В случае если из совокупности обстоятельств дела вытекает, что обязательство, возникающее вследствие причинения вреда, тесно связано с договором между потерпевшим и причинителем вреда, заключенным при осуществлении этими сторонами предпринимательской деятельности, к данному обязательству применяется право, подлежащее применению к такому договору.

И в заключение - ограничение действия общих правил: после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда, стороны могут договориться о подлежащем применению к обязательству праве.

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

Важный этап в совершенствовании коллизионного способа регулирования связан с переходом в отдельных сферах гражданско-правовых отношений от обособленных коллизионных норм к их **системным образованиям (объединениям, ассоциациям)**, действующим как единый механизм, элементы которого взаимосвязаны и взаимообусловлены. Для таких образований характерны: общее (генеральное) правило и исключения из него, в свою очередь разветвляющиеся по направлениям; обращение к дополнительным (субсидиарным) привязкам, их дифференциация; определение общих принципов, которым должны соответствовать привязки-исключения и

субсидиарные привязки (начала "характерного исполнения", "решающего исполнения" и др.).

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

Критика в доктрине "жесткости" классических коллизионных начал "подвигла" практику в США, европейских и иных странах на создание нового поколения коллизионных правил - **"гибких" коллизионных норм** (право, свойственное данному контракту, право страны, с которой отношение наиболее тесно связано, и др.). О широкой географии обращения к норме, отсылающей к праву страны, с которой отношение наиболее тесно связано, свидетельствует уже одно перечисление (далеко не исчерпывающее) предусмотревших ее правовых актов: Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., т.е. Римская конвенция, взамен которой принят Регламент (ЕС) N 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. "О праве, применимом к договорным обязательствам" (Рим-I), Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г., законы о международном частном праве Австрии, Швейцарии, Гражданский кодекс канадской провинции Квебек. В США второй Свод законов о конфликте законов не только воспринял эту норму, но и придал ей статус одного из основных коллизионных начал.

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

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

- если в соответствии с правилами раздела невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано;
- если в соответствии с правом страны, в которой действуют несколько правовых систем, невозможно определить, какая из них подлежит применению, применяется правовая система, с которой отношение наиболее тесно связано;
- при применении права какой-либо страны суд может принять во внимание императивные нормы права другой страны, имеющей тесную связь с отношением;
- если из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела явно вытекает, что договор более тесно связан с правом иной страны, чем та, которая указана в законе, подлежит применению право страны, с которой договор более тесно связан;
- к договору, содержащему элементы различных договоров, применяется, если иное не

вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан;

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

При этом в отдельных случаях формулируются презумпции, "подсказывающие", какое право следует понимать под "правом страны, с которой отношение наиболее тесно связано".

Контрольные вопросы

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

Рекомендуемая литература

1. Асосков А.В. Основы коллизионного права. Москва - Берлин, 2012.
2. Богуславский М.М. Международное частное право: Практикум. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2013.
3. Гуреев С.А. Коллизионные проблемы морского права. М., 1972.
4. Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007.
5. Канашевский В.А., Толстых В.Л. Практикум по международному частному праву. М., 2006.
6. Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

7. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей

(постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. 4-е изд., испр. и доп. М.: Контракт, 2014.

8. Марышева Н.И., Звеков В.П. Новая кодификация норм международного частного права // Хозяйство и право. 2002. N 4.

9. Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М., 2007.

10. Международное частное право: современная практика: Сборник статей / Под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. М., 2000.

11. Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984.

12. Садиков О.Н. Коллизионные нормы в современном международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1982. М., 1983.

13. Тилле А.А. Время, пространство, закон. Действие советских законов во времени и пространстве. М., 1965.

14. Тихомиров Ю.А. Юридическая коллизия. М., 1994.

Глава 4. ВЗАИМНОСТЬ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ. ДЕЙСТВИЕ КОЛЛИЗИОННОЙ НОРМЫ

§ 1. Взаимность

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

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

Одно из этих правил, сформулированных в российском ГК, заключается в следующем: иностранное право подлежит применению независимо от того, применяется ли в соответствующем иностранном государстве к отношениям такого рода российское право, за исключением случаев, когда применение иностранного права на началах взаимности предусмотрено законом. Другое правило уточняет понимание такого исключения: если применение иностранного права зависит от взаимности, предполагается, что она существует, поскольку не доказано иное.

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

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

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

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

Обращение к институту взаимности может иметь место в сфере отношений международного гражданского процесса <1>.

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

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

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

имущественных и личных неимущественных прав российских граждан и юридических лиц.

Сходные нормы предусматриваются в ст. 1203 Модели ГК для стран СНГ, соответствующих статьях гражданских кодексов Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Молдавии, Узбекистана. Об основаниях и порядке введения ответных мер (ответных ограничений) говорится в Федеральном законе от 8 декабря 2003 г. N 164-ФЗ "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности" (ст. 40), АПК РФ (ч. 4 ст. 254), ГПК РФ (ч. 4 ст. 398), некоторых других федеральных законах.

Несоблюдение иностранным государством общепризнанных принципов и норм международного права в области основных прав и свобод человека и гражданина в отношении соотечественников является, как об этом сказано в Федеральном законе от 24 мая 1999 г. N 99-ФЗ "О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом" <1>, достаточным основанием для принятия органами государственной власти Российской Федерации предусмотренных нормами международного права мер по защите интересов соотечественников.

<1> СЗ РФ. 1999. N 22. Ст. 2670.

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

§ 2. Квалификация юридических понятий коллизионной нормы

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

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

Квалификация понятий коллизионной нормы иногда осложняется "конфликтом квалификаций" ("скрытыми коллизиями"), возникающим вследствие различий в определении этих понятий разнонациональными правовыми системами. Преодоление "конфликта квалификаций" - предпосылка определения надлежащей коллизионной нормы, установления применимого права.

Проблема квалификации подлежит рассмотрению в двух основных ракурсах:

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

Иллюстрацией к проблеме может служить рассмотрение в судах вопросов исковой давности. В странах романо-германской правовой системы исковая давность определяется как институт материального права. Аналогична квалификация этого института и по российскому гражданскому праву (гл. 12 ГК РФ). Право этих стран признает возможность возникновения коллизии законов, содержащих материальные предписания по вопросам исковой давности, и допускает применение в силу коллизионных норм как отечественных, так и иностранных законов, относящихся к этому институту. Квалификация исковой давности как процессуального института характерна для англо-американского права; следствием такого подхода является подчинение вопросов исковой давности юрисдикции страны суда, "вынесение" проблемы за рамки коллизионного права. Но в Законе Великобритании 1984 г. об иностранных сроках исковой давности решаются вопросы, связанные с применением судами Англии и Уэльса иностранного права об исковой давности <1>.

<1> См.: Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. С. 211 - 213.

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

Означают ли упомянутые различия, что, например, в российском суде не должны применяться сроки исковой давности, квалифицируемой как институт процессуального права? Согласно ст. 1208 ГК РФ исковая давность определяется по праву страны, подлежащему применению к соответствующему отношению, и таким правом может быть право, придерживающееся процессуальной квалификации исковой давности. Вопрос о применении английских сроков исковой давности обсуждался во Внешнеторговой арбитражной комиссии при рассмотрении дела по иску британской фирмы "Хьюсон, Чэпмен энд Ко Лтд" к В/О "Экспортлес" (1966 г.). Контракт был заключен в Лондоне, и арбитражная комиссия применила английский шестилетний срок исковой давности, отклонив возражения ответчика, основанные на доводе об истечении трехлетнего срока исковой давности, предусмотренного советским законом <1>. Решение ВТАК опиралось на обобщенное понимание исковой давности как срока, истечение которого препятствует принудительному осуществлению права, на использование категорий сравнительного правоведения.

<1> См.: Арбитражная практика ВТАК. Ч. V. Решения Внешнеторговой арбитражной комиссии 1966 - 1968 гг. / Сост. А.И. Шпекторов. М., 1975. С. 90 - 94.

Трудности бывают и при толковании понятий, образующих привязки коллизионных норм, отсылающие к законам места жительства, места заключения договора, места совершения правонарушения и т.д. Эти и иные привязки, казалось бы простые для понимания, могут повлечь, в зависимости от их толкования, принятие неоднозначных решений. Так, место заключения

контракта во многих странах континентальной Европы понимается как место получения акцепта offerentом. В английском праве применяется доктрина "почтового ящика": местом заключения контракта считается место, откуда был отправлен акцепт. Таким образом, обращение к одной и той же коллизионной норме, подчиняющей права и обязанности сторон контракта праву места его заключения, приведет в зависимости от квалификации понятия места заключения контракта к различным результатам.

Еще один пример, связанный с квалификацией понятий привязки коллизионной нормы, отсылает нас к старейшему коллизионному правилу, действующему в области деликтных обязательств, - закону места совершения деликта. На территории штата Оклахома (США) от искры паровоза, следовавшего из штата Канзас, загорелся жилой дом на ферме истца. По мнению М. Вольфа, французская доктрина (в отличие от американского суда, решившего, что правонарушение было совершено в Оклахоме) объявила бы местом деликта Канзас, а германский суд решил бы, что деликт был совершен в обоих штатах и что истец может ссылаться на любую из двух правовых систем <1>.

<1> См.: Вольф М. Международное частное право. М., 1948. С. 526.

Метод **автономной квалификации** понятий коллизионной нормы (квалификации, осуществляемой независимо от материальных норм внутреннего права, на основе обобщения понятий разнонациональных правовых систем) был предложен известным немецким правоведом Э. Рабелем и нашел поддержку в отечественной доктрине <1>. Иное, критическое отношение встретила позиция М. Вольфа, предпочитавшего решать проблему квалификации на основе **lex causae**, т.е. в соответствии с понятием того права, к которому отсылает коллизионная норма: ведь такое право еще предстоит определить.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 256 - 259. Позднее в своей статье "К вопросу о "квалификации" в международном частном праве" Л.А. Лунц отмечал: "Большинство авторов на Западе считают, что учение Рабеля практически неосуществимо, так как нельзя требовать от суда знания и применения методов сравнительного правоведения". И далее: "Сказанное до сих пор относится к определению тех понятий, с помощью которых устанавливается объем коллизионной нормы, т.е. круг отношений, для которых привязка коллизионной нормы указывает подлежащее применению право. Именно для определения этого круга отношений применяются соответствующие общие понятия" (Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980. С. 214, 217).

Квалификацию понятий, образующих привязку коллизионной нормы, в отечественной литературе предлагалось осуществлять (в отличие от квалификации понятий объема коллизионной нормы), руководствуясь **законом суда**, т.е. путем использования тех же понятий, которые содержатся во внутреннем гражданском (семейном, трудовом) праве данной страны, поскольку здесь требуется "полная точность указаний о применении права" <1>.

<1> О квалификации по закону суда юридических понятий, составляющих привязку коллизионной нормы, и о необходимости устанавливать в таких случаях точные признаки для выбора закона см. упоминавшуюся статью Л.А. Лунца "К вопросу о "квалификации" в международном частном праве" // Там же. С. 217.

Стремлением избежать "конфликта квалификаций", обеспечить большую предсказуемость, определенность при решении коллизионной проблемы объясняется наметившаяся в зарубежном законодательстве тенденция подчинять закону суда толкование понятий не только привязки, но и объема коллизионной нормы. Следуя этому подходу, Модель ГК для стран СНГ предложила основывать правовую квалификацию юридических понятий на их толковании в соответствии с правом страны суда, если иное не предусмотрено законом. Если юридические понятия неизвестны праву страны суда или известны под другим названием либо с другим содержанием и не могут быть определены путем толкования по праву страны суда, то при их правовой квалификации может также применяться право иностранного государства.

Редакция ст. 1187 ГК РФ, воспроизводя в основном правила Модели ГК для стран СНГ, более тесно увязывает их с решением коллизионной проблемы, определением применимого права. Согласно п. 1 этой статьи при определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий осуществляется **в соответствии с российским правом**, если иное не предусмотрено законом. Иное предусмотрено, в частности, в ст. ст. 1205, 1205.1 и 1208 ГК РФ, исходящих из квалификации понятий "недвижимое" и "движимое" имущество по праву страны, где это имущество находится, а понятия "исковая давность" - по праву страны, применимому к соответствующему отношению (квалификации **lege causae**).

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

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

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

§ 3. Обратная отсылка и отсылка к закону третьей страны

Обратная отсылка (**renvoi** первой степени) и отсылка к закону третьей страны (**renvoi** второй степени) - одно из наиболее сложных явлений в международном частном праве. Впрочем, вопрос, который должен быть предпослан изучению этого явления, звучит довольно просто и ясно: **является ли отсылка коллизионной нормы к иностранному праву отсылкой не только к его материальным, но и к его коллизионным правилам?** В последнем случае поиск применимого правила должен быть продолжен, но уже в направлении, указываемом иностранным коллизионным правилом, т.е. либо к материальному праву страны, которой принадлежит это

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

Представим себе, что обратная отсылка (или отсылка к закону третьей страны) понимается как отсылка к праву страны суда или праву третьей страны опять-таки в целом, включая его коллизионные нормы. Но тогда... тогда поиск применимого права начинается сначала, и ассоциации его с игрой в пинг-понг не кажутся смелыми. Разумеется, эта игра может быть приостановлена уже на первом этапе, если определить первичную отсылку к иностранному праву как отсылку исключительно к его материальным нормам. Естественно, что при такой направленности отсылки проблема, обозначенная в названии параграфа, автоматически снимается <1>.

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

См.: Ли Мин Ян. Сравнение обратной отсылки в законодательстве Китая и России // Вестник Московского университета. Серия 11 "Право". 2008. N 2.

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

Например, в Болгарии допускается принятие и обратной отсылки, и отсылки к праву третьего государства, однако в законе перечисляются случаи, когда такая отсылка все же может иметь место. В Бельгии, наоборот, обе отсылки не допускаются, если только не установлены особые положения. Во многих странах допускается принятие только обратной отсылки (Польша, Эстония, Чехия и др.). В Китае не принимается ни обратная отсылка, ни отсылка к праву третьего государства.

Тенденция к ограничению объема отношений, в сфере которых принимаются обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства, выражена в Законе о международном частном праве Швейцарии. Закон допускает принятие отсылок лишь в случаях, им предусмотренных. К таким случаям отнесено принятие обратной отсылки к швейцарскому закону, регулирующему вопросы гражданского состояния. Об этой тенденции свидетельствует и новый закон Польши "Международное частное право" 2011 г., сузивший сферу применения отсылки по сравнению с ранее действовавшим Законом 1965 г.

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

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

Например, Конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г. предусматривает регулирование купли-продажи внутренним правом страны, указанной договаривающимися сторонами. В Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. термин "право" означает действующее в государстве право, за исключением коллизионных норм. Согласно Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. (заменена Регламентом (ЕС) N 593/2008 Европейского регламента и Совета от 17 июня 2008 г. "О праве, применимом к договорным обязательствам (Рим-I)) применение права любой страны означает применение действующих в этой стране норм - иных, чем нормы международного частного права (т.е. коллизионные нормы). Для целей Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. термин "право" понимается как относящийся к действующему в государстве праву, исключая его коллизионные нормы.

Коллизионная норма, отсылающая к материальному праву страны продавца, в ОУП СЭВ 1968/1988 гг., ОУП СЭВ - Финляндия (1978 г.), ОУП СССР - КНДР (1981 г.) исключает обращение к **renvoi** по вопросам, которые не урегулированы или не полностью урегулированы контрактами либо этими Общими условиями.

Правило о принятии обратной отсылки содержит Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях, 1930 г. (Российская Федерация участвует в этой Конвенции). Способность лица обязываться по переводному или простому векселю подчинена в Конвенции его национальному закону, а в случае отсылки национального закона к закону другой страны - этому последнему.

В российском законодательстве о международном частном праве до введения в действие разд. VI части третьей ГК РФ отсутствовала общая норма, определяющая отношение к обратной отсылке и отсылке к закону третьей страны, - подобная тем, что включены в законы о международном частном праве ряда стран. Не восполнял пробела и действующий Закон РФ "О международном коммерческом арбитраже", сфера применения которого ограничена рамками деятельности этого арбитража. Исходя из того что третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора, Закон

(ст. 28) уточняет: "Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам". Сфера применения этого правила, как и других норм Закона, обозначена в его ст. 1, предусматривающей, в частности, какие споры могут по соглашению сторон передаваться в международный коммерческий арбитраж.

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

Примечательно в связи с этим дело по иску английской фирмы "Ромулус Филмс Лтд" к В/О "Совэкспортфильм", рассмотренное в 1967 г. Внешнеторговой арбитражной комиссией. Обсудив довод истца о принятии обратной отсылки английского права как права места совершения сделки к советскому праву, ВТАК заключила: "Как бы ни решался этот вопрос по английскому коллизионному праву, принятие обратной отсылки во всяком случае зависит только от советского коллизионного права, а советское коллизионное право, в согласии с господствующей доктриной и практикой, не применяет категории обратной отсылки при разрешении споров по внешнеторговым сделкам, за исключением случаев, предусмотренных в заключенных СССР международных договорах". Далее ВТАК в своем решении сослалась на книгу Л.А. Лунца "Международное частное право", а также на работы Хелла, Фальконбриджа и Батиффоля <1>.

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

Отношение отечественной доктрины к проблеме обратной отсылки раскрыто в выводах, сделанных в разное время ее известными представителями. Их общая доминанта сводилась к следующему: если отечественная коллизионная норма отсылает к иностранному праву, а последнее отказывается регулировать соответствующее отношение, нет основания не применять отечественное право <1>.

<1> См.: Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959. С. 50; Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 304, 306 - 308.

Высказывались также соображения о возможности дифференцированного (применительно к видам коллизионных норм) подхода к проблеме. Соглашаясь с тем, что привязка к иностранному праву охватывает и законы о действии норм гражданского права во времени и пространстве (поскольку иное не указано в соответствующей коллизионной норме), Л.А. Лунц писал: "Но логически допустимо и иное решение: можно сказать, что так как для суда, рассматривающего дело, вопрос о пределах применения иностранных законов уже решен отечественной коллизионной нормой, то не должна применяться иностранная коллизионная норма. Логически возможно любое из двух решений вопроса. Можно даже сказать, что для одного вида

отечественных коллизионных норм будет допущено **renvoi**, а для другого - нет". И далее: "Выбор той или иной позиции в данном вопросе диктуется не соображениями логики (повторяем, с точки зрения формальной логики любая из точек зрения допустима), а только соображениями целесообразности" <1>.

<1> Там же. С. 307.

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

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

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

Во-первых, разрешая как исключение обращение в ограниченных пределах к обратной отсылке, закон не обязывает к ее принятию: обратная отсылка всего лишь "может приниматься".

Во-вторых, обстоятельства, обуславливающие допустимость принятия в таких случаях обратной отсылки, не называются, но к их числу представляется обоснованным отнести наличие тесной связи отношения с российским правопорядком, а также возможность обеспечения на его основе правового режима, более благоприятного для физического лица (в этом плане заслуживает внимания решение коллизионной проблемы в п. 3 ст. 1199 ГК РФ, позволяющей применять к отношениям между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), имеющим место жительства в Российской Федерации, российское право, если оно для этого лица более благоприятно).

В-третьих, обращение к обратной отсылке может иметь место лишь при соблюдении условия, отсутствие которого препятствует ее применению: необходимо, чтобы иностранное право отсылало к российскому праву, определяющему правовое положение физического лица (в значении, которое понятию "правовое положение" придается в гл. 67 "Право, подлежащее применению при определении правового положения лиц").

В-четвертых, принятие отсылки к праву третьей страны - в отличие от Модели - полностью исключается.

Модель ГК для стран СНГ, а также гражданские кодексы Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Узбекистана разрешают принятие не только обратной отсылки, но и отсылки к праву третьей страны. Гражданский кодекс Армении не содержит каких-либо исключений из запрета на принятие отсылок.

§ 4. Нормы непосредственного применения

Механизмы, определяющие **пределы и условия применения коллизионных норм**, действуют разными способами и в разных направлениях. В одних случаях они служат целям уяснения содержания коллизионных правил, в других - ориентированы на полное и точное их применение, в третьих - ограничивают или исключают их действие. Последние проявляют себя: при квалификации применимого права как материального и непринятии в связи с этим обратной отсылки; в ограничении автономии воли сторон пределами обязательственного статута, при обращении к оговорке о публичном порядке, ответным ограничениям (реторсиям) и др. Каждый из названных способов ограничения действия коллизионной нормы имеет свою сферу применения.

За рамками этих способов остаются **нормы непосредственного применения**, или "сверхимперативные" нормы права страны суда, поскольку они не подпадают под понятие "публичный порядок", определяемое в российском законодательстве как "основы правопорядка". Между тем такие нормы (и более того, "сверхимперативные" нормы права третьей страны) способны в ряде случаев **ограничивать начало автономии воли сторон и действие иных коллизионных правил** <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография Н.Г. Вилковой "Договорное право в международном обороте" включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2004.

<1> О проблемах, связанных с применением императивных норм, см.: Садиков О.Н. Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного права. 1992. N 2. С. 71 - 84; Жильцов А.Н. Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве // Законодательство и экономика. 1997. N 23 - 24. С. 37 - 48; Он же. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998; Он же. Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 2; Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002. С. 135, 136, 149; Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике международного коммерческого арбитражного суда. М., 1998. С. 20 - 27, 131, 132.

В последние десятилетия вопрос о взаимодействии коллизионных и императивных норм материального права перешел из области теоретических изысканий в область практики. Обладают ли коллизионные нормы приоритетом по отношению к императивным материально-правовым предписаниям, или последние в силу своих особых свойств способны в некоторых случаях вытеснять первые? И доктрина, и практика многих стран сходятся во мнении о существовании "сверхимперативных" норм, которые, не являясь частью "публичного порядка" и функционируя

помимо "публичного порядка", действуют в сфере международного частного права (принадлежа к ней) независимо от коллизионных правил, практически устрояя их.

Идея приоритета "сверхимперативных" норм в той или иной форме и в различных пределах нашла выражение в Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским договорам, 1978 г.; Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., предусматривавшей применение императивных норм не только страны суда, но и третьей страны; Гаагской конвенции о праве, применимом к отношениям по доверительной собственности, и их признании 1985 г.; Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г.; Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г.; во Вводном законе к ГГУ (в рамках договорного права); Законе о международном частном праве Швейцарии; Гражданском кодексе канадской провинции Квебек.

Регламент (ЕС) N 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. "О праве, применимом к договорным обязательствам" (Рим-I), заменивший Римскую конвенцию, определил "преобладающие императивные положения".

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

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

1) правила раздела "Международное частное право" не затрагивают действие тех императивных норм законодательства Российской Федерации, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права (нормы непосредственного применения);

2) при применении права какой-либо страны согласно правилам указанного раздела суд может принять во внимание императивные нормы права другой страны, имеющей тесную связь с отношением, если согласно праву этой страны такие нормы являются нормами непосредственного применения. При этом суд должен учитывать назначение и характер таких норм, а также последствия их применения или неприменения.

Как видно, в п. 1 ст. 1192 выделяются **два критерия для определения круга "сверхимперативных" норм**: один основывается на указании об этом в самих нормах, другой обозначается с помощью пояснения: "ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота". Термин "особое значение" позволяет, на наш взгляд, отнести к правилам такого рода гражданско-правовые установления, которые, оставаясь частью гражданского права, выражают публично-правовые интересы, выступают как бы продолжением публично-правовых начал в частном праве. В качестве таких правил могут рассматриваться, например, положения п. 3 ст. 1 (о свободном перемещении товаров, услуг и финансовых средств на всей территории РФ), ст. 208 (о требованиях, на которые исковая давность не распространяется) ГК РФ <1>.

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

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

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

Главы VIII "Договор морской перевозки груза" (ст. 116), IX "Договор морской перевозки пассажира" (ст. 178), XV "Договор морского страхования" (ст. 247) КТМ РФ содержат правила, применяемые, если соглашением сторон не установлено иное. Но в случаях, прямо указанных в этих главах, соглашение сторон, не соответствующее предусмотренным в них правилам, является ничтожным. Согласно ст. 414 (п. 2) стороны договора, предусмотренного Кодексом, могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по данному договору. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяются правила Кодекса; наличие такого соглашения не может повлечь за собой устранение или уменьшение ответственности, которую в соответствии с Кодексом перевозчик должен нести за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа либо просрочку их доставки. Статья 416 Кодекса разрешает сторонам трудового договора выбирать право, подлежащее применению к отношениям между судовладельцем и членами экипажа судна. Однако такой выбор не должен приводить к ухудшению условий труда членов экипажа судна по сравнению с нормами права того государства, которыми должны регулироваться данные отношения при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве.

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

Краткую характеристику **"сверхимперативных" норм** могли бы составить следующие данные:

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

§ 5. Оговорка о публичном порядке

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

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

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

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

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

В ст. 1193 ГК РФ чрезвычайность обращения к оговорке о публичном порядке выражена подчеркнута сильнее, чем в Основых 1991 г. и Модели ГК для стран СНГ. Норма иностранного

права, подлежащая применению в соответствии с правилами этого раздела, **в исключительных случаях** не применяется, когда последствия ее применения **явно** противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации.

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

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

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

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

Позитивная концепция (именуемая по ее происхождению "франко-итальянской" <1>) строится на понимании публичного порядка как совокупности материально-правовых норм и принципов страны суда, исключающих применение коллидирующей нормы иностранного права независимо от ее свойств.

<1> Практика истолкования правила ст. 6 Французского гражданского кодекса ("Нельзя нарушать частными соглашениями законы, затрагивающие общественный порядок и добрые нравы") послужила основой для определения "внутреннего публичного порядка" (**ordre public interne**) и отправным началом для конструирования института "международного публичного порядка" (**ordre public international**).

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

Почти повсеместно оговорка о публичном порядке закрепляется в негативном варианте, что предопределено самим механизмом обращения к иностранному праву на основе коллизионных норм. "Если исходить из логической посылки о том, что оговорка о публичном порядке вступает в

силу исключительно при наличии коллизионной отсылки к иностранному праву, то следует прийти к заключению о том, что оговорка может существовать и фиксироваться в законодательстве лишь в негативном варианте" <1>.

<1> Международное частное право: современные проблемы: В 2 кн. М., 1993. Кн. 2. С. 196.

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

Термины "явно несовместимо", "несовместимо" позволяют ограничить сферу обращения к оговорке, исключить ее широкое применение. То же относится и к редакции статей об оговорке в законах ФРГ и Австрии, которые не допускают применение нормы иностранного права, если это ведет к результату, явно несовместимому (несовместимому) с основными принципами германского права (основными началами австрийского правопорядка).

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

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

Переломным в этом отношении явилось решение Высшего суда Англии по делу "Акционерное общество А.М. Лютер против Джеймса Сегора и К⁰" от 12 мая 1921 г., вынесенное, и это важно отметить, после заключения соглашения между РСФСР и Великобританией, по которому британская сторона признала **de facto** советское правительство <1>.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 280, 281; Сборник решений буржуазных судов по советским имущественным спорам. М., 1932; Сборник решений

иностранных судов по спорам, касающимся имущественных интересов СССР. М., 1934.

Высший суд Англии отказал бывшему собственнику в признании его прав на национализированные товары, вывезенные в Англию (речь шла о партии фанеры, которая ранее принадлежала акционерному обществу "А.М. Лютер", в момент национализации находилась на предприятии общества в г. Новгороде, а позднее была продана британской фирме "Джеймс Сегор и К⁰" и доставлена в Англию).

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

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 289.

Иным образом складывалась судебная практика в отношении имущества, находившегося в момент национализации вне пределов советского государства: за немногими исключениями, она отвергала действие советских законов о национализации, используя для обоснования их непризнания, в частности, оговорку о публичном порядке. Исключения составили решения американских судов по искам правительства США к банковской конторе Бельмонт (1937 г.) и к Пинку - ликвидатору американских отделений российских национализированных обществ (1942 г.). В соответствии с этими решениями суммы, депонированные у ответчиков на имя российских предприятий, которые после революции были национализированы, подлежали выдаче правительству США; последнее ссылалось на приобретение права на них в порядке переуступки от советского правительства <1>.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 282, 284.

Представляют интерес решения французских судов по делам, связанным с картинами, принадлежавшими в прошлом известному меценату С.И. Щукину. В 1918 г. Художественная галерея Щукина была национализирована и стала собственностью РСФСР. В 1954 г., когда входившие в состав национализированной коллекции картины Пикассо были привезены в Париж и экспонированы в одном из французских музеев, дочь мецената Е. Щукина-Келлер обратилась в суд с требованием наложить секвестр на эти картины. Суд департамента Сены отклонил требование, отметив, в частности, что "французский публичный порядок в данном деле не был задет в такой мере, чтобы требовалось принятие срочных мер, ибо картины были приобретены уже долгое время тому назад иностранным сувереном от его собственных граждан, на его собственной территории и в соответствии с законами страны" <1>.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 273.

История с обсуждением во французских судах последствий национализации коллекции Щукина на этом не завершилась. В 1993 г. в Центре имени Ж. Помпиду в Париже были выставлены картины А. Матисса, также входившие в коллекцию известного мецената. Другая его дочь - И. Щукина - в иске к Государственному музею изобразительных искусств им. А.С. Пушкина, Государственному Эрмитажу и Центру имени Ж. Помпиду настаивала на наложении предварительного ареста на картины и каталоги выставки. В иске, предъявленном позднее Российской Федерации, содержалось требование о виндикации картин и передаче их И. Щукиной как наследнице.

Суд большой инстанции отказал И. Щукиной в удовлетворении ее требований. Отказ мотивировался тем, что иски к государству не могут рассматриваться в суде без согласия на это государства и что российские музеи, осуществляющие хранение картин, выполняют публичные функции и пользуются судебным иммунитетом и иммунитетом от принудительного взыскания на тех же основаниях, что и государство - Российская Федерация. Судом были отвергнуты и доводы истицы о непризнании действия акта о национализации по мотивам противоречия его публичному порядку Франции <1>.

<1> См.: Богуславский М.М. Иск Ирины Щукиной (о решении французского суда) // Московский журнал международного права. 1994. N 2. С. 41 - 60.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ 25 сентября 1998 г. удовлетворила частную жалобу ООО "Омегатех Электроникс ГибХ", в которой был поставлен вопрос об отмене определения Московского городского суда от 19 августа 1998 г. (этим определением было отменено решение, принятое Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате РФ по иску указанного общества к государственному заводу "Измеритель"), отметив, в частности, следующее: "При рассмотрении дела городской суд признал, что решение МКАС при ТПП РФ противоречит публичному порядку Российской Федерации, поскольку не соответствует ее законодательству. Однако этот вывод основан на неверном толковании понятия "публичный порядок Российской Федерации", а также противоречит содержанию решения, в котором отсутствуют ссылки на нормы международного или иностранного права. Решение арбитражного суда основано на нормах российского гражданского законодательства, что вообще исключает возможность ссылки на нарушение публичного порядка, поскольку применение норм национального российского права не может трактоваться как нарушение публичного порядка Российской Федерации. Содержание понятия "публичный порядок Российской Федерации" не совпадает с содержанием национального законодательства Российской Федерации. Поскольку законодательство Российской Федерации допускает применение норм иностранного государства (ст. 28 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже"), наличие принципиального различия между российским законом и законом другого государства само по себе не может быть основанием для применения оговорки о публичном порядке. Такое применение этой оговорки означает отрицание применения в Российской Федерации права иностранного государства вообще.

Под публичным порядком Российской Федерации понимаются основы общественного строя

Российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания" <1>.

<1> БВС РФ. 1999. N 3. С. 12 - 14.

Президиум Верховного Суда РФ в своем Постановлении от 2 июня 1999 г., не согласившись с доводом прокурора о том, что исполнение решения Хозяйственного суда Латвии от 14 декабря 1995 г. противоречит публичному порядку Российской Федерации, указал: "Понимая под публичным порядком основные принципы, закрепленные в Конституции Российской Федерации и законах Российской Федерации, следует учитывать, что в соответствии с российским законодательством иностранные и российские лица уравниваются в гражданских правах и обязанностях. Права иностранцев защищены законом" <1>.

<1> БВС РФ. 1999. N 11. С. 7 - 8.

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

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

Об использовании категории "публичный порядок" в таких сферах, как международный гражданский процесс и международный коммерческий арбитраж, см. [гл. 22](#) и [23](#) учебника.

§ 6. Установление содержания иностранного права

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

Суд не обязан изначально знать содержание иностранного права, к которому отсылает отечественная коллизионная норма. Но если коллизионный вопрос решен и применению подлежит иностранное право, то суд должен определить содержание его норм. Именно суду, а не сторонам,

ссылающимся на нормы иностранного права в обоснование своих требований или возражений, вменяется в обязанность установить их содержание. Следовательно, **суд устанавливает содержание норм иностранного права по своей инициативе и в силу обязанности, возложенной на него законом (ex officio)** - ГК РФ (ст. 1191), СК РФ (ст. 166), АПК РФ (ст. 14).

Установление содержания иностранного права имеет своей целью не выявление фактического обстоятельства, имеющего значение для рассмотрения дела, а определение нормативно-правовой основы принимаемого решения, как этого требует федеральный закон или международный договор РФ. Иными словами, в российском суде иностранное право рассматривается **как правовая категория**, а не как обстоятельство, подлежащее доказыванию наряду с другими обстоятельствами, имеющими значение для рассмотрения дела. Включенная в п. 2 ст. 1191 норма, разрешающая суду по требованию, связанному с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, возлагать обязанность по представлению сведений о содержании норм иностранного права на стороны, не может рассматриваться как отступление от этого принципиального подхода. Разумеется, непредставление или представление не в полном объеме соответствующей стороной данных, обосновывающих содержание норм иностранного права, может повлечь для этой стороны неблагоприятные последствия, но в любом случае оценка судом представленных материалов не должна входить в противоречие с требованием п. 1 указанной статьи применять иностранное право так, как оно применяется "у себя на родине".

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

Основные требования, предъявляемые законодателем **к процедуре установления содержания иностранного права**, изложены в п. п. 1 и 2 ст. 1191 ГК РФ, п. 1 ст. 14 АПК РФ и п. 1 ст. 166 СК РФ. Эти правила в основном тождественны, но имеются и некоторые различия.

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

В целях установления содержания норм иностранного права суды и иные применяющие его органы вправе обращаться за содействием и разъяснениями в Министерство юстиции РФ <1> и другие компетентные органы и учреждения в Российской Федерации и за границей либо привлекать экспертов.

<1> Министерство юстиции РФ в соответствии с Положением о нем, утвержденным Указом Президента РФ от 13 октября 2004 г. N 1313 (СЗ РФ. 2004. N 42. Ст. 4108), осуществляет обмен правовой информацией с иностранными государствами.

Законодатель разрешает лицам, участвующим в деле, представлять документы,

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

В тех случаях, когда содержание норм иностранного права, несмотря на предпринятые меры, в разумные сроки не установлено, применяется российское право. В отличие от п. 3 ст. 1191 ГК и п. 3 ст. 14 АПК в п. 2 ст. 166 СК РФ говорится о применении в таких случаях законодательства Российской Федерации, причем указание на "разумные сроки" не приводится <1>.

<1> О понятии "разумные сроки" см.: Розенберг М.Г. Некоторые актуальные вопросы применения иностранного гражданского права российскими судами // Хозяйство и право. 2003. N 2. С. 122, 123. См. также: п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации".

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

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

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

Заклучив **Европейскую конвенцию об информации относительно иностранного законодательства** <1>, государства - члены Совета Европы, участвующие в Конвенции, приняли на себя обязательства предоставлять друг другу информацию относительно своего законодательства и процедур в гражданской и коммерческой сферах, а также относительно их судебной системы. Каждая Договаривающаяся Сторона должна создать или назначить единый орган для получения запросов о такой информации от другой Договаривающейся Стороны ("получающее учреждение") и принятия мер по этим запросам, а также орган для получения запросов об информации от своих судебных властей и препровождения их компетентному иностранному получающему учреждению ("препровождающее учреждение"). В Российской Федерации функции "получающего учреждения" и "препровождающего учреждения"

осуществляет Министерство юстиции РФ.

<1> БМД. 2000. N 1. Конвенция вступила в силу для Российской Федерации 13 мая 1991 г.

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

В доктрине сформировалось мнение, что федеральные правила США о гражданском процессе, учитываемые судами штатов при определении своих правил, ориентируют суды на отношение к иностранному праву как к правовой категории, а не как к фактическому обстоятельству <1>.

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

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

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

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

Контрольные вопросы

1. Чем отличается "формальная" взаимность от "материальной" взаимности?
2. Какому государственному органу принадлежит право принятия решения об "ответном ограничении" (реторсии)?
3. Что означает понятие "конфликт квалификаций"?
4. Возможно ли принятие обратной отсылки в области договорных отношений? Как решается эта проблема в российском законодательстве о международном коммерческом арбитраже?

5. В чем состоят особенности норм непосредственного применения?

6. Может ли отличие правовой, политической или экономической системы иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации служить основанием для отказа в применении права этого государства с использованием оговорки о публичном порядке?

7. Как устанавливается содержание нормы иностранного права в российском суде?

Рекомендуемая литература

1. Агарков М.М. Применение советским судом иностранного закона // Проблемы социалистического права. 1938. N 3.

2. Богатина Ю.Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве. Теоретические проблемы и современная практика. М.: Статут, 2010.

3. Богуславский М.М. Международное частное право: Практикум. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2013.

4. Ерпылева Н.Ю., Батлер У.Е. Коллизионные нормы в международном частном праве России и Украины // Государство и право. 2007. N 7.

5. Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Установление содержания норм иностранного законодательства в международном частном праве // Адвокат. 2008. N 7.

6. Жильцов А.Н. Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве // Законодательство и экономика. 1997. N 23 - 24.

7. Жильцов А.Н. Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 2.

8. Засемкова О.Ф. К вопросу о понятии и условиях применения сверхимперативных норм третьих стран // Международное публичное и частное право. 2014. N 3.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

9. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. 4-е изд., испр. и доп. М.: Контракт, 2014.

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

11. Корецкий В.М. Избранные труды: В 2-х кн. Киев, 1989.
12. Лунц Л.А. К вопросу о квалификации в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980.
13. Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 1924.
14. Марышева Н.И., Звеков В.П. Новая кодификация норм международного частного права // Хозяйство и право. 2002. N 4.
15. Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.
16. Муранов А.И. К вопросу об "обходе закона" в проекте раздела VII "Международное частное право" части третьей ГК РФ // Юрист. 1997. N 5, 6.
17. Подшивалов Т.П. Обход закона в международном частном праве // Журнал российского права. 2016. N 8.
18. Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984.
19. Садиков О.Н. Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного права. 1992. N 2.
20. Тимохов Ю.А. Иностранное право в судебной практике. М., 2004.
21. Хоцанов Д.А. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. Москва - Берлин: Инфотропик Медиа, 2012.

Глава 5. ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ

§ 1. Общие вопросы

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

Проблемы, характерные для каждого из этих аспектов, не перечеркивают общего исходного начала их решения. Суть его состоит в том, что признание человека высшей ценностью предполагает осуществление государственной защиты принадлежащих ему прав и свобод, создание системы гарантий в этой области на основе общепринятых принципов и норм международного права, конституционных предписаний, составляющих основы правового статуса личности. Это основополагающее начало возвращает к таким важнейшим

международно-правовым документам, как Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. и Факультативные протоколы к этому пакту, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., Конвенция стран СНГ о правах и основных свободах человека 1995 г. (см. [гл. 2](#)).

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

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

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

1. В Федеральном законе "О гражданстве Российской Федерации" под **иностранным гражданином** понимается лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и имеющее гражданство (подданство) иностранного государства, а под **лицом без гражданства** (апатридом) - лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и не имеющее доказательства наличия гражданства иностранного государства.

Следует иметь в виду, что гражданин Российской Федерации в силу ч. 1 ст. 62 Конституции РФ может иметь гражданство иностранного государства (**двойное гражданство**) в соответствии с федеральным законом или международным договором. Как уже было отмечено, наличие у гражданина России гражданства и иностранного государства не умаляет его прав и свобод и не освобождает от обязанностей, вытекающих из российского гражданства, если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором РФ.

Гражданин Российской Федерации, если он в указанных случаях приобрел гражданство иностранного государства, рассматривается в России только как российский гражданин, за исключением случаев, предусмотренных международным договором РФ или федеральным законом <1>.

<1> См. ст. 6 Федерального закона "О гражданстве Российской Федерации".

Российская Федерация поощряет приобретение гражданства лицами без гражданства, проживающими на ее территории. Эта линия, отвечающая ст. 15 Всеобщей декларации прав

человека, которая провозгласила право каждого на гражданство, закреплена в Федеральном законе "О гражданстве Российской Федерации" (ч. 6 ст. 4). Принцип приравнивания лиц без гражданства в правах и обязанностях к российским гражданам проводится в Конституции РФ (ч. 3 ст. 62), ГК РФ (п. 1 ст. 2), Федеральном законе "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" (ст. 4) и иных действующих в Российской Федерации законодательных актах.

Лицам без гражданства посвящены Конвенция о статусе апатридов 1954 г. и Конвенция о сокращении безгражданства 1961 г. <1>.

<1> См.: Сборник международных договоров. Нью-Йорк, ООН. 1989. С. 320 - 335, 310 - 320. Российская Федерация в этих Конвенциях не участвует.

В преамбуле к Конвенции 1954 г. ее принятие объясняется желанием урегулировать и улучшить на основе международного договора положение апатридов с учетом того, что статус многих из них не охватывается Конвенцией о статусе беженцев 1951 г. Под термином "апатрид" в Конвенции 1954 г. подразумевается лицо, которое не рассматривается в качестве гражданина каким-либо государством в силу его закона. В общем, апатридам предоставляется статус, уравнивающий их с иностранцами. Положениями Конвенции 1954 г. регулируются различные стороны статуса апатридов, включая вопросы брака, вещных и исключительных прав, права на создание ассоциаций, права в области образования, вопросы трудового законодательства, социального обеспечения и др.

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

- каждое Договаривающееся государство предоставляет свое гражданство лицу, рожденному на его территории, которое иначе не имело бы гражданства;

- если закон Договаривающегося государства предусматривает утрату гражданства вследствие какого-либо изменения в личном статусе (заключения брака, прекращения брака, узаконения, признания или усыновления), такая утрата гражданства ставится под условие приобретения другого гражданства;

- договаривающееся государство не лишает лицо его гражданства, если это делает его апатридом;

- рождение на судне или на воздушном корабле считается имевшим место на территории того государства, под флагом которого плавает это судно или в котором зарегистрирован этот воздушный корабль.

2. Правовое положение (правовой статус) <1> иностранных граждан и лиц без гражданства формируется в целом на основе: общепризнанных принципов и норм международного права, международных договоров, права страны гражданства (страны места жительства) лица, права страны его пребывания.

<1> О понятиях "правовое положение", "правовой статус" иностранцев см.: Правовое положение иностранных граждан в России: Сборник нормативных актов / Вступит. статья А.Л. Маковского. М., 1996; Романов С.В. О теоретических основах правового регулирования статуса иностранцев в Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1996. N 2. Также см.: Трудова О.В., Титов А.А. Реализация конституционно-правового статуса иностранных граждан и лиц без гражданства на территории Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2008. N 4; Шерстобоев О.Н. Законодательство о правовом положении иностранных граждан // Российский юридический журнал. 2008. N 5.

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

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

Под **индивидуальным статусом иностранца**, лица без гражданства в стране пребывания понимается статус отдельного гражданина, отдельного лица, совокупность предоставленных ему прав и возложенных на него обязанностей. Индивидуальный статус, объем составляющих его прав и обязанностей имеют подвижный характер, изменяются под влиянием многих обстоятельств.

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

Отношения **в сфере публичного права** составляют предмет самостоятельных исследований. Будучи тесно связанными с отношениями международного гражданского обмена, на которые воздействует международное частное право, они по общему правилу формируются вне "правового поля", открытого для коллизионных вопросов, и регулируются прежде всего:

- законодательством о въезде в Российскую Федерацию и выезде из нее и международными договорами РФ в этой области;

- таможенным законодательством, включая Таможенный кодекс РФ, Закон РФ "О таможенном тарифе", другие нормативные правовые акты, принятые на основе упомянутых законов, и международными договорами РФ по вопросам таможенного сотрудничества;

- валютным законодательством (Федеральный закон "О валютном регулировании и валютном контроле", соответствующие Закону указы Президента РФ и постановления Правительства РФ, акты ЦБ России и иные нормативные правовые акты), а также международными договорами РФ по валютно-финансовым вопросам;

- налоговым законодательством (Налоговый кодекс РФ, иные федеральные законы и другие нормативные правовые акты по вопросам налогообложения) и международными договорами РФ, в том числе об устранении двойного налогообложения доходов и имущества.

Статья 12 Международного пакта о гражданских и политических правах исходит из

следующего:

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

Положения Пакта образуют основу для решения соответствующих вопросов в национальном законодательстве, включая ст. 27 и ч. 3 ст. 55 Конституции РФ и Федеральный закон от 15 августа 1996 г. N 114-ФЗ "О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию" <1>.

<1> СЗ РФ. 1996. N 34. Ст. 4029. См. также: ст. 2 "Свобода передвижения", ст. 3 "Запрещение высылки граждан" и ст. 4 "Запрещение коллективной высылки иностранцев" Протокола N 4 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, ст. 1 "Процедурные гарантии в случае высылки иностранцев" Протокола N 7 к этой Конвенции // СЗ РФ. 1998. N 14. ст. 1514; N 20. Ст. 2143; N 31. Ст. 3835.

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

3. Практика международного общения выдвигает на первый план задачу совершенствования правовых начал, на которых строится **статус иностранцев и лиц без гражданства**. Применительно к российскому законодательству речь идет прежде всего **о национальном режиме** - основном для этой категории лиц <1>.

<1> О национальном режиме как об общем принципе российского законодательства см.: Постановление Конституционного Суда РФ от 23 апреля 2004 г. N 8-П "По делу о проверке конституционности Земельного кодекса РФ в связи с запросом Мурманской областной Думы" // Российская газета. 2004. N 89.

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

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

случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ.

Из конституционного правила следует, что **любое отклонение** от национального режима - будь то умаление прав иностранцев или их расширение по сравнению с правами российских граждан - **возможно лишь на основе федерального закона или международного договора РФ**. Введение особых правил для иностранных граждан в каких-либо других актах неправомерно <1>. Вряд ли можно согласиться с мнением о том, что "положения, которые расширяют права иностранцев, предоставляют им особые льготы и преимущества, могут быть приняты органом власти и управления любого уровня, если, разумеется, решение соответствующего вопроса не выходит за рамки установленной для органа компетенции" <2>. Ни норма ч. 3 ст. 62 Конституции РФ, ни правила ст. 2 ГК РФ не содержат оснований для подобного вывода.

<1> См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации. М., 1996. С. 266 (автор комментария к ст. 62 - Н.И. Марышева).

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

Представляется, что такие льготы и преимущества должны быть предусмотрены или, по крайней мере, санкционированы федеральным законом. В связи с этим следует упомянуть правила ст. 4 Федерального закона "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации", определяющие для иностранных инвесторов (в том числе иностранных физических лиц и лиц без гражданства) порядок установления изъятий из правового режима не только ограничительного характера (эти изъятия могут быть установлены федеральными законами лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства), но и стимулирующего характера (льготы для иностранных инвесторов в интересах социально-экономического развития Российской Федерации). Виды льгот и порядок их предоставления устанавливаются законодательством РФ.

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

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

Конституцией РФ право участвовать в управлении делами государства (ч. 1 ст. 32), право избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также участвовать в референдуме (ч. 2 ст. 32) закреплены за гражданами России. Граждане Российской Федерации имеют равный доступ к государственной службе, имеют

право участвовать в отправлении правосудия (ч. ч. 4 и 5 ст. 32). На гражданина возлагается обязанность военной службы, защита Отечества является его долгом и обязанностью (ч. ч. 1 и 2 ст. 59).

Соответственно только граждане Российской Федерации могут быть государственными служащими, сотрудниками органов внутренних дел, могут поступить на службу в милицию. С принадлежностью к гражданству связана работа судьей, прокурором, следователем, государственным нотариусом. Не являются государственными служащими частные нотариусы, но и они, занимаясь деятельностью, непосредственным образом связанной с отправлением государственных функций, должны быть российскими гражданами <1>.

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

Как предусмотрено в Федеральном законе "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" (ст. 14), иностранный гражданин не имеет права:

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

2) замещать должности в составе экипажа судна, плавающего под Государственным флагом Российской Федерации, в соответствии с ограничениями, предусмотренными Кодексом торгового мореплавания РФ <1>;

<1> Статья 56 КТМ РФ содержит следующие правила:

"1. В состав экипажа судна, плавающего под Государственным флагом Российской Федерации, кроме граждан Российской Федерации могут входить иностранные граждане и лица без гражданства, которые не могут занимать должности капитана судна, старшего помощника капитана судна, старшего механика и радиоспециалиста.

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

3) быть членом экипажа военного корабля Российской Федерации или другого эксплуатируемого в некоммерческих целях судна, а также летательного аппарата государственной или экспериментальной авиации;

4) быть командиром гражданского воздушного судна, если иное не установлено федеральным законом <1>;

<1> Пункт 5 ст. 56 Воздушного кодекса РФ устанавливает: "В состав летного экипажа гражданского воздушного судна российских юридических лица или индивидуального предпринимателя, которые осуществляют коммерческие воздушные перевозки, выполняют авиационные работы, могут входить иностранные граждане в случаях: 1) подготовки иностранного гражданина в целях получения им допуска к профессиональной деятельности в качестве члена летного экипажа гражданского воздушного судна при условии, что другие члены летного экипажа гражданского воздушного судна являются гражданами Российской Федерации; 2) заключения с иностранным гражданином трудового договора для замещения должности командира гражданского воздушного судна".

5) быть принятым на работу на объекты и в организации, деятельность которых связана с обеспечением безопасности Российской Федерации. Перечень таких объектов и организаций утверждается Правительством РФ;

6) заниматься иной деятельностью и замещать иные должности, допуск иностранных граждан к которым ограничен федеральным законом.

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

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

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

Иностранные граждане могут иметь имущество на праве собственности; наследовать и завещать имущество; заниматься предпринимательской и иной деятельностью, если занятие такой деятельностью не исключается законом; создавать в установленном порядке юридические лица самостоятельно или совместно с другими гражданами и юридическими лицами; совершать не

противоречащие закону сделки и участвовать в обязательствах; избирать место жительства; иметь иные имущественные и личные неимущественные права. "Если иное не предусмотрено федеральным законом", - говорится в п. 1 ст. 2 ГК о применении правил гражданского законодательства к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц. Следуя конституционной норме, п. 1 ст. 2 ГК РФ исключает, таким образом, возможность ограничения национального режима на основе федеральных подзаконных актов (актов Президента РФ, Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти), а также актов субъектов Российской Федерации.

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

По общему правилу предоставление иностранному гражданину прав в сфере гражданско-правовых отношений не ставится в зависимость от места его постоянного проживания. Еще в 1955 г. Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда по иску Гриневой к французскому гражданину Реве, проживавшему во Франции, признала, что право иностранца владеть и распоряжаться принадлежащим ему в Москве домом не обусловлено его проживанием в СССР. Было признано также, что этим правом иностранный гражданин пользуется на равных основаниях с советскими гражданами <1>.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 211.

Объем правомочий иностранных граждан и иностранных юридических лиц фиксируется законодателем различными способами. Зачастую он прямо указывается в законе. Но возможно и иное: наделение иностранцев правомочиями или, напротив, непредоставление им правомочий осуществляется посредством формул, относящихся к любым гражданам и (или) юридическим лицам или только к российским гражданам и (или) российским юридическим лицам. В первом случае под гражданами и (или) юридическими лицами понимаются также иностранные граждане и (или) иностранные юридические лица, во втором случае на иностранных граждан и (или) иностранных юридических лиц решение не распространяется.

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

В ст. 2 названного Закона в числе лиц, которые могут выступать в качестве иностранных инвесторов в России, называются иностранные физические лица и лица без гражданства. Иностранному инвестору на территории РФ предоставляется полная и безусловная защита прав и интересов, которая обеспечивается упомянутым Законом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также международными договорами РФ. Правовой режим деятельности иностранных инвесторов и использования полученной от инвестиции прибыли не может быть менее благоприятным, чем правовой режим российских инвесторов, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами.

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

Членами производственного кооператива могут быть не только российские граждане, но и иностранные граждане и лица без гражданства <1>. Однако членами сельскохозяйственного производственного кооператива могут быть лишь граждане Российской Федерации <2>. К членству же в сельскохозяйственном потребительском кооперативе допускаются иностранные граждане.

<1> См.: Федеральный закон от 8 мая 1996 г. N 41-ФЗ "О производственных кооперативах".

<2> См.: Федеральный закон от 8 декабря 1995 г. N 193-ФЗ "О сельскохозяйственной кооперации" // СЗ РФ. 1995. N 50. Ст. 4870.

Иностранные граждане имеют равные права с гражданами Российской Федерации (кроме случаев, установленных федеральными законами или международными договорами РФ) в сфере отношений, регулируемых законодательством об общественных объединениях <1>. За изъятиями, которые установлены федеральными законами и международными договорами РФ, иностранные граждане и лица без гражданства, проживающие на территории Российской Федерации, могут состоять в российских профсоюзах <2>. Иностранцы вправе участвовать в благотворительной деятельности <3> на территории Российской Федерации в соответствии с Законом о такой деятельности.

<1> См.: Федеральный закон от 19 мая 1995 г. N 82-ФЗ "Об общественных объединениях".

<2> См.: Федеральный закон от 12 января 1996 г. N 10-ФЗ "О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности".

<3> См.: Федеральный закон от 11 августа 1995 г. N 135-ФЗ "О благотворительной деятельности и благотворительных организациях".

В сфере социального обслуживания граждан иностранные граждане, лица без гражданства, в том числе беженцы, пользуются теми же правами, что и российские граждане, если иное не установлено законодательством РФ <1>.

<1> См.: ст. 6 Федерального закона от 28 декабря 2013 г. N 442-ФЗ "Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации".

Предоставление национального режима носит по российскому законодательству **безусловный** характер. Это означает, что суд или иной правоприменительный орган не может обуславливать распространение на иностранных граждан национального режима наличием взаимности в государстве, к которому принадлежит иностранный гражданин, **за исключением**

тех случаев, когда условие о взаимности предусмотрено в федеральном законе или международном договоре РФ.

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

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

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

Ряд законодательных актов формулирует условия наделения иностранцев правами в **определенных сферах деятельности**.

Так, граждане других государств, являющиеся субъектами предпринимательской деятельности, могут быть пользователями недр, если в соответствии с законодательством РФ и ее субъектов они вправе заниматься соответствующим видом деятельности при пользовании недрами <1>.

<1> См. статью 9 Закона РФ "О недрах".

Иностранные граждане и лица без гражданства осуществляют архитектурную деятельность наравне с российскими гражданами, если это предусмотрено международным договором РФ. При отсутствии такого договора иностранные граждане и лица без гражданства могут принимать участие в архитектурной деятельности на территории Российской Федерации только совместно с архитектором - российским гражданином или юридическим лицом <1>.

<1> См.: ст. 3.1 Федерального закона "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации".

Иностранным гражданам в порядке, установленном федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере образования, предоставляется право поступления в имеющие государственную аккредитацию образовательные учреждения среднего профессионального и высшего профессионального образования по результатам вступительных

испытаний, проводимых образовательным учреждением <1>.

<1> См.: Федеральный закон "Об образовании в Российской Федерации".

Иностранные граждане и лица без гражданства имеют равные права с российскими гражданами в сфере культурной деятельности. Особые условия этой деятельности иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации могут быть установлены только федеральными законами <1>.

<1> См.: ст. 19 Основ законодательства Российской Федерации о культуре.

В соответствии с Федеральным законом "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации" (ст. 19) иностранным гражданам, находящимся на территории РФ, гарантируется право на охрану здоровья в соответствии с международными договорами РФ; лица без гражданства, постоянно проживающие в России, и беженцы пользуются правом на охрану здоровья наравне с российскими гражданами, если иное не предусмотрено международными договорами РФ; порядок оказания медицинской помощи иностранным гражданам определяется Правительством РФ. Порядок оказания медицинской помощи лицам без гражданства и беженцам устанавливается в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Отдельным Положением, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 7 февраля 1995 г. N 119 <1>, регламентируется порядок допуска к медицинской и фармацевтической деятельности в России лиц, получивших медицинскую и фармацевтическую подготовку в иностранных государствах.

<1> СЗ РФ. 1995. N 7. Ст. 548.

Иностранные граждане и лица без гражданства, проживающие на территории РФ, пользуются правами на занятия физической культурой и спортом в соответствии с Федеральным законом от 4 декабря 2007 г. N 329-ФЗ "О физической культуре и спорте в Российской Федерации" <1>.

<1> СЗ РФ. 2007. N 50. Ст. 6242.

Вопросы правового положения иностранных граждан, находящихся на территории РФ, затрагиваются в актах законодательства, посвященных средствам массовой информации. Согласно Закону РФ "О средствах массовой информации" на корреспондентов, аккредитованных в России, независимо от их гражданства распространяется профессиональный статус журналиста, установленный Законом. Правительством РФ могут быть установлены ответные ограничения в отношении корреспондентов средств массовой информации тех государств, в которых имеются

специальные ограничения профессиональной деятельности журналистов средств массовой информации, зарегистрированных в Российской Федерации. Зарубежные корреспонденты средств массовой информации, зарегистрированных в России, независимо от их гражданства обладают предусмотренными Законом правами и обязанностями журналиста, если это не противоречит законодательству страны пребывания. Постановлением Правительства РФ от 13 сентября 1994 г. N 1055 утверждены Правила аккредитации и пребывания корреспондентов иностранных средств массовой информации на территории Российской Федерации <1>.

<1> СЗ РФ. 1994. N 21. Ст. 2339.

Принцип национального режима распространяется **и на область процессуальных отношений** с участием иностранных граждан и лиц без гражданства (см. [гл. 22](#)).

4. Международные договоры РФ, такие как договоры о правовой помощи, о поощрении и защите капиталовложений, о торгово-экономическом сотрудничестве, **являются источниками норм о национальном режиме в соответствующих сферах отношений**.

Установление для граждан сотрудничающих государств национального режима в области гражданских и семейных правоотношений наиболее характерно для **договоров о правовой помощи**. Национальный режим, предусматриваемый этими договорами, заключается, как правило, в предоставлении гражданам одной Стороны на территории другой Стороны в отношении их личных и имущественных прав такой же правовой защиты, какой пользуются собственные граждане этой Стороны. Граждане каждой Стороны имеют право свободно и беспрепятственно обращаться в учреждения юстиции другой Стороны, к компетенции которых относятся соответствующие дела, выступать в них, заявлять ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия на тех же условиях, что и собственные граждане.

Иным образом формулируется правило о национальном режиме в **Минской конвенции 1993 г.** Если двусторонние договоры предоставляют правовую защиту лишь гражданам государств, заключивших договор, то Конвенция распространяет ее и на других лиц, независимо от их гражданства, если они проживают на территории одной из Договаривающихся Сторон. Согласно ст. 1 Конвенции граждане каждой из Договаривающихся Сторон, а также лица, проживающие на ее территории, пользуются на территориях всех других Договаривающихся Сторон в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и собственные граждане данной Договаривающейся Стороны. В условиях прекращения существования СССР и образования независимых государств, на территориях которых проживают граждане бывших союзных республик, такая формула предоставления национального режима отвечает целям наиболее полной защиты их прав по месту проживания.

5. Привилегии и иммунитеты дипломатических представительств и консульских учреждений, их персонала, межгосударственных (межправительственных) организаций, представителей государств при этих организациях, их должностных лиц являются продолжением привилегий и иммунитетов государств.

Содержание иммунитета государства, его органов и их должностных лиц раскрывается в Венских конвенциях: о дипломатических сношениях 1961 г., о консульских сношениях 1963 г., о

представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г. Конвенции 1961 г. и 1963 г. дополняет Конвенция о специальных миссиях 1969 г.

Организация Объединенных Наций согласно ст. 105 ее Устава пользуется на территории каждого из своих членов такими привилегиями и иммунитетами, которые необходимы для достижения ее целей. Представители членов ООН и ее должностные лица также пользуются привилегиями и иммунитетами, необходимыми для самостоятельного выполнения ими своих функций, связанных с деятельностью Организации.

Генеральная Ассамблея ООН в феврале 1946 г. приняла Конвенцию о привилегиях и иммунитетах ООН, а позднее, в ноябре 1947 г. - Конвенцию о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений. Особенности наделения привилегиями и иммунитетами этих учреждений предусматриваются в документах о них.

На территории России пребывают руководящие органы или представительства ряда межгосударственных (межправительственных) организаций. Такие организации, их органы и должностные лица в соответствии с международными договорами, определяющими статус соответствующего органа, а также международными договорами об условиях пребывания в Российской Федерации, заключенными Правительством РФ с этими организациями, пользуются в России привилегиями и иммунитетами. К числу указанных договоров относятся, в частности, Соглашение между Правительством РФ и Межгосударственным экономическим комитетом Экономического союза об условиях его пребывания на территории РФ, Соглашение между Правительством РФ и Межгосударственным авиационным комитетом об условиях его пребывания на территории РФ, Соглашение между Правительством РФ и Международной организацией труда о Бюро международной организации труда в Москве, Соглашение между Правительством РФ и Межгосударственным банком об условиях пребывания Межгосударственного банка на территории РФ.

§ 3. Правоспособность и дееспособность

1. Способность физического лица быть субъектом гражданского права, участвовать в гражданском обороте принято определять в соответствии с **личным законом физического лица** (законом страны его гражданства или места жительства). Вместе с тем в условиях международного общения, международного гражданского обмена, естественной предпосылкой которых является недискриминация, равенство участников, приоритетное значение приобретает **уравнивание иностранных граждан и лиц без гражданства в вопросах их гражданской правоспособности с местными гражданами** в согласии с принципами международного права.

В России правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства, объем и содержание их гражданских прав и обязанностей традиционно регламентируются на основе начала национального режима. Из национального режима исходит и второе предложение ст. 1196 ГК РФ, согласно которому **иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами**, кроме случаев, установленных законом (до введения в действие части третьей ГК РФ данной теме было посвящено правило п. 1 ст. 160 Основ 1991 г.).

Признание за иностранцем гражданской правоспособности, опосредуемое указанными

материально-правовыми нормами, "является необходимой предпосылкой коллизионного вопроса: коллизионная проблема применительно к отношению с участием иностранца возникает потому, что **данные отношения** рассматриваются как **правоотношения**, а иностранец - как правоспособное лицо" <1>. В **коллизионном праве** вопросы правоспособности и дееспособности физического лица решаются на основе его **личного закона**, как это предусмотрено в ст. ст. 1196 и 1197 ГК РФ. Личному закону физического лица ГК РФ подчиняет, кроме того, определение права лица на имя, его использование и защиту (ст. 1198), а также регулирование некоторых вопросов опеки и попечительства (ст. 1199). Опека или попечительство над несовершеннолетними, недееспособными или ограниченными в дееспособности совершеннолетними лицами устанавливается и отменяется по личному закону лица, в отношении которого устанавливается либо отменяется опека или попечительство. К обязанности опекуна (попечителя) принять опеку (попечительство) подлежит применению личный закон лица, назначаемого опекуном (попечителем).

<1> Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 30.

Содержание понятия "личный закон физического лица", впервые введенного ГК РФ в отечественное законодательство, раскрывается правилами ст. 1195 на основе смешанной системы коллизионных привязок к закону гражданства и закону места жительства лица. Основным в этой системе является правило, согласно которому **личным законом физического лица считается право страны, гражданство которой лицо имеет**. Это означает, что личным законом российского гражданина всегда является, - независимо от того, проживает он в России или за рубежом, - российское право. Но личным законом иностранного гражданина, имеющего место жительства в Российской Федерации, признается российское право.

В соответствии с Конституцией РФ (ч. 1 ст. 62) и Федеральным законом "О гражданстве Российской Федерации" (ст. 6) российский гражданин, как уже отмечалось, может иметь двойное гражданство. В случае, **когда лицо наряду с российским гражданством имеет и иностранное гражданство, его личным законом является российское право**. Это соответствует конституционным нормам о статусе российского гражданина с двойным гражданством, а также положению упомянутого Закона о том, что такое лицо рассматривается в России только как гражданин Российской Федерации, за исключением случаев, предусмотренных международным договором РФ или федеральным законом.

При наличии у лица **нескольких иностранных гражданств** (но при отсутствии в этом случае российского гражданства) его личным законом считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства. Модель ГК для стран СНГ отдает предпочтение в такой ситуации праву страны, с которой лицо наиболее тесно связано. Специальные правила определяют личный закон **лица без гражданства и беженца**: личным законом первого считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства, а второго - право страны, предоставившей ему убежище.

Обращение к понятию **"место жительства"** обуславливает необходимость его квалификации. Осуществляемая по российскому праву, как того требует п. 1 ст. 1187, она опирается прежде всего на правила ст. 20 ГК РФ, определяющей место жительства как место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает. Федеральный закон "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" различает для целей этого Закона

временно пребывающих, временно проживающих и постоянно проживающих в России иностранных граждан, причем к последним отнесены лица, получившие вид на жительство.

2. В ряде обозначаемых ГК РФ случаев личный закон физического лица уступает место **иным коллизионным критериям**. Так, физическое лицо, не обладающее гражданской дееспособностью по своему личному закону, не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности, если оно является дееспособным по праву места совершения сделки, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об отсутствии дееспособности (п. 2 ст. 1197).

Признание в России физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным (п. 3 ст. 1197), безвестно отсутствующим и объявление умершим (ст. 1200) подчиняются российскому праву. Минская конвенция 1993 г. допускает признание безвестно отсутствующим гражданина одной из стран-участниц судом другой страны-участницы (хотя, как правило, такие дела должны рассматриваться судом страны гражданства такого лица). При этом применяется законодательство страны суда. Аналогично решается вопрос в двусторонних договорах о правовой помощи.

К сфере действия статута обязательства, возникающего вследствие причинения вреда, отнесена способность лица нести ответственность за причиненный вред (ст. 1220), а вопросы "завещательной дееспособности" составляют область статута наследования (п. 2 ст. 1224).

3. Следует особо остановиться на вопросе о праве, подлежащем применению при определении возможности физического лица заниматься предпринимательской деятельностью. **Право физического лица заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица в качестве индивидуального предпринимателя регулируется законом страны, где такое физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя.** Если это правило не может быть применено ввиду отсутствия обязательной регистрации, применяется право страны основного места осуществления предпринимательской деятельности (см. ст. 1201 ГК РФ) ^{<1>}. Как и Модель ГК для стран СНГ, гражданские кодексы Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Узбекистана подчиняют способность физического лица быть индивидуальным предпринимателем и иметь связанные с этим права и обязанности праву страны, где физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. При отсутствии страны регистрации применяется право страны основного места осуществления индивидуальной предпринимательской деятельности. Последнее правило не приводится в ГК Армении. В ГК Молдавии статус коммерсанта, позволяющий иностранному гражданину или лицу без гражданства осуществлять коммерческую деятельность без образования юридического лица, определяется по закону государства, где иностранный гражданин или лицо без гражданства получили разрешение на осуществление коммерческой деятельности.

^{<1>} В России отношения, возникающие в связи с государственной регистрацией физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей и государственной регистрацией при прекращении физическими лицами деятельности в качестве индивидуальных предпринимателей, а также в связи с ведением Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей, регулируются Федеральным законом от 8 августа 2001 г. N 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" // СЗ РФ. 2001. N 33. Ст. 3431.

Для целей **Киевского соглашения 1992 г.** под хозяйствующими субъектами понимаются не только предприятия, их объединения, организации, но и граждане, обладающие статусом предпринимателя в соответствии с законодательством, действующим на территории государств - участников СНГ, и их объединения. Гражданская правоспособность и дееспособность предпринимателей определяются в этом Соглашении по законодательству государства - участника Содружества, на территории которого зарегистрирован предприниматель.

Федеральный закон "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" (ст. 2) рассматривает в качестве иностранного инвестора, в частности: иностранного гражданина, гражданская правоспособность и дееспособность которого определяются в соответствии с законодательством государства его гражданства и который вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории РФ; лицо без гражданства, которое постоянно проживает за пределами Российской Федерации, гражданская право- и дееспособность которого определяются в соответствии с законодательством государства его постоянного места жительства и которое вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории РФ.

§ 4. Защита прав и интересов российских граждан, находящихся за рубежом

Каждый, как гласит ч. 2 ст. 27 Конституции РФ, может свободно выезжать за пределы Российской Федерации. Гражданин Российской Федерации имеет право беспрепятственно возвращаться в Россию.

Российские граждане выезжают за границу на постоянное жительство, временно по приглашению родственников, на работу, учебу, лечение, отдых, в туристические поездки, а также в служебные командировки. Основными документами, удостоверяющими личность российских граждан за пределами Российской Федерации, признаются паспорт, дипломатический паспорт, служебный паспорт, паспорт моряка (удостоверение личности моряка). В августе 1996 г. вступил в силу Федеральный закон "О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию".

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

Пребывая за границей, российские граждане находятся под защитой и покровительством России. Как предусмотрено в ч. 2 ст. 61 Конституции, **Российская Федерация гарантирует своим гражданам защиту и покровительство за ее пределами.**

Органы государственной власти РФ, российские дипломатические представительства и

консульские учреждения, должностные лица этих представительств и учреждений обязаны содействовать тому, чтобы российским гражданам была обеспечена возможность пользоваться в полном объеме всеми правами, установленными Конституцией РФ, федеральными конституционными законами, федеральными законами, общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами РФ, законами и правилами государств проживания или пребывания российских граждан, а также возможность защищать их права и охраняемые законом интересы <1>.

<1> См.: ст. 7 Федерального закона "О гражданстве Российской Федерации".

Защита в государстве пребывания прав и интересов российских граждан и юридических лиц с учетом законодательства государства пребывания, содействие установлению и развитию связей и контактов с проживающими в нем соотечественниками, организация действий загранучреждений Российской Федерации и российских граждан в государстве пребывания в условиях чрезвычайных ситуаций и руководство их действиями отнесены Положением о Посольстве Российской Федерации к основным задачам и функциям Посольства <1>.

<1> См.: п. 6 Положения о Посольстве Российской Федерации, утвержденного Указом Президента РФ от 28 октября 1996 г. N 1497 // СЗ РФ. 1996. N 45. Ст. 5090.

Деятельность консульских учреждений по защите за границей прав и интересов Российской Федерации, российских граждан и юридических лиц опирается на консульские конвенции и другие международные договоры РФ, Консульский устав РФ 2010 г. <1>, Основы законодательства РФ о нотариате, Федеральный закон "Об актах гражданского состояния", Положение о Консульском учреждении Российской Федерации, утвержденное Указом Президента РФ от 5 ноября 1998 г. N 1330 <2>, и иные правовые акты.

<1> СЗ РФ. 2010. N 28. Ст. 3554.

<2> СЗ РФ. 1998. N 45. Ст. 5509.

Положение о Консульском учреждении Российской Федерации включает в круг основных задач и функций консульского учреждения, в частности:

- защиту в государстве пребывания прав и интересов Российской Федерации, российских граждан и юридических лиц;
- оказание помощи и содействия российским гражданам и юридическим лицам;
- осуществление в установленном порядке и в пределах своей компетенции нотариальных действий, государственной регистрации актов гражданского состояния, функций по вопросам гражданства, установления опеки и попечительства, легализации и истребования документов,

функций в отношении наследства с соблюдением законодательства государства пребывания;

- представительство или обеспечение надлежащего представительства российских граждан в судебных и иных учреждениях указанного государства с соблюдением его законодательства, если в связи с отсутствием или по другим причинам такие граждане не в состоянии своевременно осуществить защиту своих прав и интересов;

- осуществление соответствующих функций в отношении находящихся в пределах консульского округа на территории государства пребывания морских и речных судов под Государственным флагом Российской Федерации, военных кораблей и военно-вспомогательных судов России, воздушных судов, зарегистрированных или учтенных в России, и их экипажей, оказание помощи таким судам и кораблям и их экипажам;

- осуществление в пределах своей компетенции функций по вопросам правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам с соблюдением законодательства государства пребывания;

- содействие установлению и развитию связей с соотечественниками, проживающими в пределах консульского округа.

Консул принимает меры к тому, чтобы российские граждане и юридические лица пользовались в полном объеме всеми правами, предоставленными им законодательством государства пребывания и международными договорами РФ, а если эти права нарушены - к восстановлению нарушенных прав. Консул должен следить за тем, чтобы в отношении российского гражданина, заключенного под стражу, или задержанного по подозрению в совершении преступления, или подвергнутого иным мерам, ограничивающим его свободу, соблюдались законы государства пребывания и международные договоры РФ.

Консульские учреждения Российской Федерации за пределами ее территории: производят государственную регистрацию рождения, заключения брака, расторжения брака, усыновления (удочерения), установления отцовства, перемены имени, а также смерти; по заявлениям российских граждан, постоянно проживающих за рубежом, иностранных граждан и лиц без гражданства принимают решения о внесении исправлений и изменений в записи актов гражданского состояния, составленные на территории 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 и иные документы, подтверждающие факты государственной регистрации этих актов; выполняют другие полномочия, связанные с государственной регистрацией актов гражданского состояния и предусмотренные федеральными конституционными законами, федеральными законами (ст. 5 Федерального закона "Об актах гражданского состояния").

Основами законодательства РФ о нотариате определяются нотариальные действия, совершаемые должностными лицами консульских учреждений Российской Федерации (ст. 38).

При возникновении на территории иностранного государства чрезвычайной ситуации Россией принимаются дипломатические, экономические и иные предусмотренные международным правом меры по обеспечению безопасности российских граждан, пребывающих на территории этого иностранного государства.

§ 5. Соотечественники

Федеральный закон "О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом" понимает под **соотечественниками** лиц, родившихся в одном государстве, проживающих либо проживавших в нем и обладающих признаками общности языка, религии, культурного наследия, традиций и обычаев, а также потомков указанных лиц по прямой нисходящей линии.

Под **соотечественниками за рубежом** в Законе подразумеваются: российские граждане, постоянно проживающие за пределами России; лица, состоявшие в гражданстве СССР, проживающие в государствах, входивших в состав СССР, получившие гражданство этих государств или ставшие лицами без гражданства; выходцы (эмигранты) из Российского государства, российской республики, РСФСР, СССР и Российской Федерации, имевшие соответствующую гражданскую принадлежность и ставшие гражданами иностранного государства либо имеющие вид на жительство или ставшие лицами без гражданства; потомки лиц, принадлежащих к указанным группам, за исключением потомков лиц титульных наций иностранных государств (титульной нацией в Законе обозначается часть населения государства, национальность которой определяет его официальное наименование).

Определяя принципы и цели государственной политики России в отношении соотечественников, Закон уделяет особое внимание **государственной поддержке и помощи соотечественникам в реализации и обеспечении прав и свобод человека и гражданина**, в том числе права: свободно выражать, сохранять и развивать свою самобытность, поддерживать и развивать духовный и интеллектуальный потенциал; устанавливать и свободно поддерживать всесторонние связи между соотечественниками и связи с Российской Федерацией, получать информацию из России, создавать национально-культурные автономии, общественные объединения, средства массовой информации и участвовать в их деятельности; участвовать в работе неправительственных организаций на национальном и международных уровнях; участвовать в развитии взаимовыгодных отношений между государством проживания и Россией; осуществлять свободный выбор места жительства или права возвратиться в Россию.

Во время пребывания на территории РФ соотечественники, являющиеся иностранными гражданами или лицами без гражданства, пользуются правами и несут обязанности наравне с российскими гражданами, за исключением случаев, установленных Конституцией РФ, международными договорами РФ, федеральными конституционными законами и федеральными законами.

В Законе сформулированы основы отношений с российскими гражданами, проживающими за рубежом, определены меры по поддержке соотечественников, в частности, в области основных прав и свобод человека и гражданина, в экономической и социальной областях, в области культуры, языка и образования, информации.

Для достижения целей государственной политики России в отношении соотечественников за рубежом российским физическим и юридическим лицам, иностранным лицам и организациям, оказывающим соотечественникам материальную и финансовую помощь и поддержку, могут быть предоставлены налоговые, таможенные и иные льготы и преимущества наравне с соотечественниками и их организациями на основании законодательства РФ.

§ 6. Особенности правового положения переселенцев, беженцев и некоторых других лиц

1. **Переселенцы.** Распад Союза ССР и превращение граждан единой страны в жителей независимых государств, вызванные этим миграционные процессы и потребность обеспечить правовую защиту граждан одной страны - бывшей союзной республики на территории другой обусловили заключение Россией с некоторыми государствами СНГ и Балтии наряду с договорами о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам ряда других соглашений, в том числе:

1) о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев;

2) о правовом статусе российских граждан, постоянно проживающих на территории другой страны - бывшей союзной республики, и граждан этой страны, постоянно проживающих на территории РФ;

3) по вопросам гражданства.

В соглашениях о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев <1> таковыми считаются лица, добровольно покидающие государство своего проживания и переезжающие на постоянное место жительства на территорию другого государства. Соглашения не применяются к беженцам, трудящимся-мигрантам, некоторым иным категориям граждан. Государство въезда вправе устанавливать ежегодно "переселенческую" квоту, согласно которой переселенцам и членам их семей выдаются разрешения на въезд в государство, избранное для постоянного проживания. На лиц, переселяющихся самовольно, действие соглашений не распространяется.

<1> См.: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Латвийской Республики о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев // СЗ РФ. 1999. N 4. Ст. 505.

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

В договаривающихся государствах должна обеспечиваться защита переселенцев и членов их семей от любого насилия, угроз и запугивания, а также дискриминационных действий по признаку пола, расы, языка, религии и убеждений, политических или иных взглядов, национального, этнического или социального происхождения, экономического, имущественного и семейного статуса со стороны как государственных должностных, так и частных лиц, групп, общественных объединений и других организаций.

С рядом стран Россией заключены двусторонние договоры, определяющие правовой статус российских граждан, постоянно проживающих на территории соответствующего государства, и

граждан этих стран, постоянно проживающих на территории Российской Федерации (Армения, Грузия, Казахстан, Киргизия).

2. **Беженцы.** Правовое положение беженцев в России определяется Конвенцией о статусе беженцев 1951 г. и Протоколом, касающимся статуса беженцев, 1967 г. <1>, а также Федеральным законом "О беженцах", в соответствии с которым принимаются другие федеральные законы и иные нормативные правовые акты Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, касающиеся беженцев.

<1> БМД. 1993. N 9. Ст. 6.

Под **беженцем** в Федеральном законе "О беженцах" (ст. 1) понимается лицо, которое не является российским гражданином и которое в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может или не желает пользоваться защитой этой страны вследствие таких опасений; либо, не имея определенного гражданства и находясь вне страны своего прежнего обычного места жительства в результате подобных событий, не может или не желает вернуться в нее вследствие таких опасений.

Беженцем не может быть признано лицо:

1) в отношении которого имеются серьезные основания предполагать, что оно совершило преступление против мира, военное преступление или преступление против человечества;

2) которое совершило тяжкое преступление не политического характера вне пределов территории РФ и до того, как оно было допущено на территорию РФ в качестве лица, ходатайствующего о признании беженцем;

3) которое виновно в совершении деяний, противоречащих целям и принципам ООН;

4) за которым компетентные власти государства, где проживало это лицо, признают права и обязательства, связанные с гражданством этого государства;

5) которое в настоящее время пользуется защитой и (или) помощью других органов или учреждений ООН, кроме Верховного комиссара ООН по делам беженцев.

Федеральный закон "О беженцах" не распространяется и на иностранных граждан и лиц без гражданства, покинувших государство своей гражданской принадлежности (своего прежнего обычного места жительства) по экономическим причинам либо вследствие голода, эпидемии или чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера. Этим Законом определяются права и обязанности лица, признанного беженцем, основания приобретения и утраты этим лицом статуса беженца, порядок лишения беженца этого статуса.

В 1950 г. ООН учредила Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев для содействия решению проблемы беженцев. В целях разрешения проблемы беженцев Россия

сотрудничает с этим Управлением, другими международными организациями и иностранными государствами.

3. Вынужденные переселенцы. Закон РФ "О вынужденных переселенцах" именует **вынужденным переселенцем** гражданина Российской Федерации, покинувшего место жительства вследствие совершенного в отношении его или членов его семьи насилия или преследования в иных формах либо вследствие реальной опасности подвергнуться преследованию по признаку расовой или национальной принадлежности, вероисповедания, языка, а также по признаку принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений, ставших поводами для проведения враждебных кампаний в отношении конкретного лица или группы лиц, массовых нарушений общественного порядка.

При наличии обстоятельств, предусмотренных этим определением, вынужденным переселенцем признается гражданин Российской Федерации, вынужденный покинуть:

- место жительства на территории иностранного государства и прибывший на территорию РФ;
- место жительства на территории одного субъекта Российской Федерации и прибывший на территорию другого ее субъекта.

Закон относит к вынужденным переселенцам также иностранного гражданина и лицо без гражданства, постоянно проживающих на законных основаниях на территории России, изменивших место жительства в пределах этой территории по указанным обстоятельствам.

Кроме того, вынужденным переселенцем признается гражданин бывшего СССР, постоянно проживавший на территории республики, входившей в состав СССР, получивший в России статус беженца и утративший этот статус в связи с приобретением российского гражданства, при наличии обстоятельств, препятствовавших обустройству данного лица на территории РФ в период действия статуса беженца.

В Законе определяются лица, которые не могут быть признаны вынужденными переселенцами, права и обязанности вынужденных переселенцев, решаются вопросы утраты и лишения статуса вынужденного переселенца и некоторые другие вопросы.

4. Лица, которым предоставлено политическое убежище. Содержание права убежища и основания его предоставления определены во Всеобщей декларации прав человека, в Декларации о территориальном убежище 1967 г., принятой ООН, в законодательстве многих государств.

Всеобщая декларация прав человека (ст. 14) предусматривает: каждый человек имеет право искать убежища от преследования в других странах и пользоваться этим убежищем. Это право не может быть использовано "в случае преследования, в действительности основанного на совершении неapolитического преступления, или деяния, противоречащего целям и принципам Организации Объединенных Наций".

Предоставление политического убежища - суверенное право государства. Своим внутренним актом оно определяет мотивы предоставления убежища, статус лиц, которым оно предоставлено, порядок предоставления и случаи утраты права на убежище. Согласно ч. 1 ст. 63 Конституции РФ

политическое убежище предоставляется Российской Федерацией иностранным гражданам и лицам без гражданства в соответствии с общепризнанными нормами международного права.

Указом Президента РФ от 21 июля 1997 г. N 746 утверждено **Положение о порядке предоставления Российской Федерацией политического убежища** <1>.

<1> СЗ РФ. 1997. N 30. Ст. 3601.

Политическое убежище предоставляется Россией иностранным гражданам и лицам без гражданства с учетом государственных интересов Российской Федерации на основании общепризнанных принципов и норм международного права в соответствии с Конституцией РФ и названным Положением. Россия предоставляет политическое убежище лицам, ищущим убежище и защиту от преследования или реальной угрозы стать жертвой преследования в стране своей гражданской принадлежности или в стране своего обычного местожительства за общественно-политическую деятельность и убеждения, которые не противоречат демократическим принципам, признанным мировым сообществом, нормам международного права. Предоставление Россией политического убежища производится указом Президента РФ.

Лицо, которому предоставлено политическое убежище, пользуется на территории России правами и свободами и несет обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных для иностранных граждан и лиц без гражданства федеральным законом или международным договором РФ.

Политическое убежище Россией **не предоставляется**, если:

- лицо преследуется за действия (бездействие), признаваемые в России преступлением, или виновно в совершении действий, противоречащих целям и принципам ООН;
- лицо привлечено в качестве обвиняемого по уголовному делу либо в отношении него имеется вступивший в законную силу и подлежащий исполнению обвинительный приговор суда на территории РФ;
- лицо прибыло из третьей страны, где ему не грозило преследование;
- лицо прибыло из страны с развитыми и устоявшимися демократическими институтами в области защиты прав человека;
- лицо прибыло из страны, с которой Россия имеет соглашение о безвизовом пересечении границ, без ущерба для права данного лица на убежище в соответствии с Федеральным законом "О беженцах";
- лицо представило заведомо ложные сведения;
- лицо имеет гражданство третьей страны, где оно не преследуется;
- лицо не может или не желает вернуться в страну своей гражданской принадлежности или страну своего обычного местожительства по экономическим причинам либо вследствие голода,

эпидемии или чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера.

В России не допускается выдача другим государствам лиц, преследуемых за политические убеждения, а также за действия (или бездействие), не признаваемые в Российской Федерации преступлением (ч. 2 ст. 63 Конституции РФ). Лишь на основе федерального закона или международного договора РФ допустима выдача лиц, обвиняемых в совершении преступления, а также передача осужденных для отбывания наказания в других государствах.

Лицо, которому Россией предоставлено политическое убежище, утрачивает право на предоставленное политическое убежище в случаях:

- возврата в страну своей гражданской принадлежности или страну своего обычного местожительства;
- выезда на жительство в третью страну;
- добровольного отказа от политического убежища на территории РФ;
- приобретения гражданства Российской Федерации или гражданства другой страны.

Лицо может быть лишено предоставленного ему Россией политического убежища по соображениям государственной безопасности, а также если это лицо занимается деятельностью, противоречащей целям и принципам ООН, либо если оно совершило преступление и в отношении него имеется вступивший в законную силу и подлежащий исполнению обвинительный приговор суда. Лишение политического убежища производится указом Президента Российской Федерации.

§ 7. Механизм контроля в области прав и основных свобод человека

Механизмы контроля в области прав и основных свобод человека формируются:

- на универсальном уровне (в рамках ООН, ее специализированных организаций и органов, включая Верховного комиссара по правам человека, Комиссию по правам человека, Комиссию по правам женщин);
- региональном уровне (Европейская комиссия по правам человека, Европейский суд по правам человека, Комиссия по правам человека Содружества Независимых Государств);
- национальном уровне (Совет при Президенте РФ по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека, Уполномоченный по правам человека в РФ).

Как зафиксировано в ч. 3 ст. 46 Конституции РФ, каждый вправе в соответствии с международными договорами РФ **обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.**

Факультативными протоколами к Международному пакту о гражданских и политических правах признано целесообразным предоставить Комитету по правам человека, учрежденному на

основании части IV этого Пакта, возможность **принимать и рассматривать** сообщения от отдельных лиц, утверждающих, что они являются жертвами нарушений какого-либо из прав, изложенных в Пакте. Комитет не рассматривает никаких сообщений от лиц, пока не удостоверится в том, что:

1) этот же вопрос не рассматривается в соответствии с другой процедурой международного разбирательства или урегулирования;

2) данное лицо исчерпало все доступные внутренние средства правовой защиты. Это правило не действует в тех случаях, когда применение таких средств неоправданно затягивается.

Высказано мнение: "Правило исчерпания внутренних средств является нормой обычного международного права, что неоднократно подчеркивалось в решениях международных судов. ...Отсутствие такого правила привело бы к тому, что иностранцы оказались в привилегированном положении, при каждом удобном случае обращаясь к защите своего государства, игнорируя местные органы" <1>.

<1> Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть: Учебник. М., 1997. С. 39.

Собственный механизм Конвенции о защите прав человека и основных свобод включает обязательную юрисдикцию Европейского суда по правам человека и систематический контроль за выполнением постановлений этого Суда со стороны Комитета министров Совета Европы. В соответствии со ст. 35 Конвенции Европейский суд может принимать дело к рассмотрению только после того, как исчерпаны все внутренние средства правовой защиты согласно общепризнанным нормам международного права, в течение шести месяцев с даты вынесения национальными органами окончательного решения по делу.

Российская Федерация как участник упомянутой Европейской конвенции признает юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случае предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих актов, когда предполагаемое нарушение имело место после вступления в силу в отношении Российской Федерации <1>. Применение судами Конвенции осуществляется с учетом практики Европейского суда по правам человека во избежание любого нарушения Конвенции. В силу п. 1 ст. 46 Конвенции постановления Европейского суда в отношении Российской Федерации, принятые окончательно, являются обязательными для всех органов государственной власти Российской Федерации, в том числе и для судов <2>.

<1> См.: ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. N 54-ФЗ "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней" // СЗ РФ. 1998. N 14. Ст. 1514; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" // БВС РФ. 2003. N 12.

<2> О соответствии решений Европейского суда положениям Конституции РФ см.:

Постановление Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 г. 1-П // СЗ РФ. 2017. N 5. Ст. 866.

В связи с ратификацией Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и в целях обеспечения эффективной защиты интересов Российской Федерации при рассмотрении дел в Европейском суде по правам человека учреждена должность **Уполномоченного Российской Федерации при Европейском суде по правам человека** - заместителя Министра юстиции Российской Федерации <1>.

<1> См.: Указ Президента РФ от 29 марта 1998 г. N 310 "Об Уполномоченном Российской Федерации при Европейском суде по правам человека - заместителе Министра юстиции Российской Федерации" // СЗ РФ. 1998. N 14. Ст. 1540.

К основным функциям Уполномоченного относятся: защита интересов России при рассмотрении в Европейском суде по правам человека дел, возбужденных против нее на основании упомянутой Конвенции; изучение правовых последствий решений Европейской комиссии по правам человека и Суда для государств - членов Совета Европы и подготовка с учетом прецедентного права Совета Европы рекомендаций по совершенствованию законодательства РФ и правоприменительной практики, а также по участию России в международных договорах и по развитию норм международного права, отвечающих интересам РФ.

Положение о Комиссии по правам человека Содружества Независимых Государств, утвержденное Советом глав государств 24 сентября 1993 г. <1>, направлено на регулирование деятельности указанной Комиссии, предусмотренной в ст. 33 Устава СНГ, с целью наблюдения за выполнением обязательств по правам человека, взятых на себя государствами-членами в рамках Содружества. Каждая Сторона имеет право направлять любой из Сторон письменные запросы по вопросам, связанным с нарушением прав человека какой-либо из Сторон и входящим в компетенцию Комиссии. На Комиссию возлагается также рассмотрение индивидуальных и коллективных обращений любых лиц и неправительственных организаций по вопросам, связанным с нарушениями прав человека любой из Сторон и входящим в компетенцию Комиссии, в соответствии с установленными правилами процедуры.

<1> БМД. 1999. N 6. С. 13 - 16.

Комиссия не должна рассматривать обращения по существу, пока не удостоверится в том, что:

- 1) поставленный в обращении вопрос не рассматривается в соответствии с другой процедурой международного разбирательства или урегулирования;
 - 2) заявитель исчерпал все доступные внутригосударственные средства правовой защиты и с этого момента прошло не более шести месяцев;
 - 3) обращение не является анонимным.
-

В целях совершенствования государственной политики в области обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина, а также содействия развитию институтов гражданского общества Указом Президента РФ от 1 февраля 2011 г. N 120 был образован Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека <1>.

<1> СЗ РФ. 2011. N 6. Ст. 852.

Создание в целях защиты прав человека системы соответствующих органов Содружества Независимых Государств (Комиссии по правам человека, Суда СНГ по правам человека и др.), дополненной европейским региональным механизмом, является существенной гарантией претворения в жизнь основных прав и свобод человека и гражданина на территории стран СНГ.

Контрольные вопросы

1. Как определяются в российском законодательстве понятия "иностранец" и "лицо без гражданства"?
2. В чем суть национального режима, определяющего правовое положение иностранных граждан и лиц без гражданства в области международного частного права? Какими правовыми актами могут быть установлены изъятия из национального режима?
3. Как определяется в российском законодательстве понятие "личный закон физического лица" и какие вопросы решаются на основе этого закона?
4. В каких случаях при определении дееспособности физического лица привязка к его личному закону уступает место иным коллизионным правилам?
5. Что понимается под "правилом исчерпания внутренних средств правовой защиты"?

Рекомендуемая литература

1. Алексеева Л.Б., Жуйков В.М., Лукашук И.И. Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации: Практическое пособие. М., 1996.
2. Зимненко Б.Л. Решения Европейского суда по правам человека и правовая система Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2004. N 2.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

3. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. 4-е изд., испр. и доп. М.: Контракт, 2014.

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

5. Марышева Н.И., Хлестова И.О. Конституционный принцип национального режима иностранных граждан // Журнал российского права. 2013. N 8.

6. Правовой статус иностранных граждан и юридических лиц в Российской Федерации / Отв. ред. М.Н. Кузнецов; предисл. В.А. Ковалева. М.: МГУ, 1995.

7. Романов С.В. О теоретических основах правового регулирования статуса иностранца в Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1996. N 2.

8. Трудова О.В., Титов А.А. Реализация конституционно-правового статуса иностранных граждан и лиц без гражданства на территории Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2008. N 4.

9. Шерстобоев О.Н. Законодательство о правовом положении иностранных граждан // Российский юридический журнал. 2008. N 5.

Глава 6. ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

§ 1. Национальность и личный статут юридического лица

1. "Привязанность" юридического лица к определенному государству и его правопорядку именуется в международном частном праве "национальностью" юридического лица. Принадлежность юридического лица к определенному государству и, соответственно, его правопорядку отличается от гражданства физических лиц.

Гражданство физического лица - это институт государственного права и применяется исключительно к гражданам того или иного государства.

Национальность юридического лица - понятие, которое применяется условно. "Судьям пришлось применить привязку к праву государства и для юридического лица, так же как существует привязка физического лица к соответствующему государству, с учетом того, что юридическое лицо является искусственным, "правом созданным" образованием, существующим независимо от лиц, в нем участвующих, и независимо от волеизъявления этих лиц" <1>.

<1> Cheshire G.C. Private International Law. Oxford, 1935. P. 122, 123.

Национальность юридического лица, таким образом, означает его принадлежность к конкретному государству и определяется в соответствии с критериями, установленными в стране, суд которой рассматривает возникший спор.

В мировой практике существует несколько основных критериев, позволяющих определить национальность юридического лица:

- по месту создания (регистрации или утверждения устава) юридического лица, так называемому месту инкорпорации юридического лица;
- по месту нахождения его административного центра (управляющего органа);
- по месту его основной деятельности.

В разных странах действуют различные критерии для определения национальности юридического лица. В странах англо-американского права - это **место инкорпорации юридического лица** <1>.

<1> Согласно английской терминологии для юридического лица место его нахождения (домиций) определяется как домиций "в стране, где оно было учреждено - инкорпорировано". См.: Dicey & Morris. Rules 154 (1) and 155; Peter Stone. The Conflict of Laws. London, 1995. P. 106.

В странах континентальной Европы принят **критерий места нахождения административного центра или правления юридического лица**. Так, в Италии "компании, ассоциации, учреждения и иные юридические лица, будь то частного или публичного права, подчиняются закону государства, на территории которого эти юридические лица были учреждены. Однако независимо от этого итальянский закон будет применяться всегда, когда **местом органа управления этого юридического лица, равно как местом нахождения его основной деятельности, является Италия** (выделено мной. - Н.Д.)" <1> (п. 1 ст. 25 Закона Италии). Критерий места нахождения юридического лица согласно итальянскому закону включает в себя **место нахождения органа управления и место основной деятельности юридического лица**. Закон в данном случае исходит из понимания того, что компания осуществляет свою деятельность преимущественно в том государстве, где находится ее орган управления.

<1> См.: Law N 218 of 31.05.1995 "Reformation of the Italian System of Private International Law".

В соответствии с Законом о международном частном праве Швейцарии "местом нахождения юридического лица считается место нахождения, указанное в учредительных документах. При отсутствии такого указания местом нахождения компании считается место нахождения ее органа управления" (п. 2 ст. 21) <1>. Что касается личного статута юридического лица, то применительно к коммерческим организациям (товариществам) предусматривается: "К товариществам применяется право государства, в котором они учреждены, при условии соблюдения установленных правом этого государства требований в части оглашения или регистрации, а при отсутствии таких требований - при условии их учреждения в соответствии с правом этого государства. К товариеству, не удовлетворяющему вышеуказанным условиям, применяется **право государства, из которого фактически осуществляется управление им** (выделено мной. - Н.Д.)" (ст. 154) <2>.

<1> См.: Swiss Federal Statute on Private International Law of December 18, 1987 // The American Journal of Comparative Law. 1989. Vol. 37. P. 193 - 246.

<2> Там же.

Местом нахождения органа управления обычно считается место, указанное в уставе. Отсюда и необходимость обращения к праву государства, где учреждено товарищество и где опубликован ("оглашен") или зарегистрирован устав товарищества. При отсутствии такой информации суды рассматривают в качестве места нахождения органа управления место, где управленческое решение трансформируется в повседневную деятельность <1>.

<1> International and Comparative Law Quarterly. 2003. Vol. 52. P. 181.

О "личном законе" (статуте) юридического лица говорится в Федеральном законе 1978 г. "О международном частном праве" Австрии. "Личным законом юридического лица или какого-либо другого объединения лиц или имущества, которое может быть носителем прав и обязанностей, является право того государства, в котором этот носитель прав имеет **фактическое местонахождение своего главного органа управления** (выделено мной. - Н.Д.)" (§ 10).

С ростом объема иностранных инвестиций все большее значение приобретает **критерий места основной деятельности, позволяющий подчинить решение вопросов правового режима иностранных юридических лиц местному законодательству.**

В английском праве для того, чтобы понять связь юридического лица с государством, определяющим правовой режим его деятельности (не национальность, а статус - в смысле режим деятельности в рамках определенной правовой системы), применяется **понятие квазидомицилия**, поскольку невозможно говорить о домицилии или даже о месте нахождения (**residence**) применительно к искусственно созданным образованиям.

Торговая компания, например, имеет квазидомицилий в стране, где осуществляется ее основная деятельность или находится центр, откуда контролируется ее деятельность, - место нахождения ее "мозгового центра" - центра управления <1>. Однако в любом случае, согласно английскому праву, если юридическое лицо (корпорация) будет иметь местом нахождения Великобританию, где оно было инкорпорировано, то даже при наличии органа управления в любом ином государстве эта компания "всегда будет считаться компанией, инкорпорированной по закону Великобритании (или какой-либо ее части), и будет рассматриваться как компания, имеющая местом нахождения Великобританию" <2>.

<1> См.: Cheshire G.C. P. cit. P. 123, 124.

<2> Stone P. The Conflict of Laws. London, 1995. P. 107.

Несовпадение рассматриваемых критериев в праве различных стран создает иногда значительные трудности. Компания, учрежденная в Швейцарии, правление которой находится в

Лондоне, будет рассматриваться в Великобритании или в США как швейцарская, т.е. имеющая швейцарский статут. В то же время в соответствии с правом Франции или ФРГ эта компания будет рассматриваться как английская компания.

Создание Европейского союза и гармонизация корпоративного права поставили вопрос о конкуренции правовых систем в области регулирования иностранных юридических лиц. Поводом для этого послужило применение коллизионной привязки, согласно которой личным статутом компании является закон страны места учреждения юридического лица. Учредители, действуя на основании положений Договора, лежащего в основании ЕС, о свободе учреждения (ст. 48 Римского договора об учреждении Европейского экономического сообщества), получают также и свободу выбора правовой системы, в рамках которой будет действовать учрежденное ими юридическое лицо. Так, по мнению У. Батлера, решение инвестора, связанное с выбором английского, российского и иного права, зависит от ряда факторов. Среди них: полнота корпоративного регулирования, судебная практика, предсказуемость управленческих решений, простота регистрации юридического лица, система налогообложения, регулирование труда и социальных отношений как факторов, позволяющих уменьшить расходы иностранного юридического лица <1>.

<1> См.: Батлер У. Вступительная статья // Петровичев Ю.В. Акционерное законодательство Англии и России. Сравнительно-правовой анализ. М.: Норма, 2002. С. VI.

В континентальном праве ряда стран Европейского союза, в которых, следуя теории оседлости, принят критерий реального местонахождения компании, к вопросу о свободе учреждения компании обратились в судебных делах, связанных с таким явлением, как "перемещение компаний". Перенос местонахождения компании "подразумевает, что компания исключается из реестра компаний в государстве своего создания и вносится в реестр принимающего государства" <1>. Гораздо чаще перемещение связывается не с формальной процедурой, а с фактическими действиями, например с открытием за рубежом филиала, который становится центром управления деятельности компании по месту открытия филиала.

<1> Дубовицкая Е. Европейское корпоративное право: свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. М.: Волтерс Клувер, 2004.

В деле "Centros" отказ в регистрации филиала иностранного юридического лица в Дании обосновывался тем, что компания, учрежденная в Англии датской супружеской парой, не осуществляет в Великобритании хозяйственную деятельность, а действия лиц из Дании представляют собой злоупотребление правом, так как позволяют им избежать исполнения требования датского закона о минимальном размере уставного капитала, что само по себе создает угрозу для кредиторов, находящихся на территории Дании. Европейский суд, рассматривавший это дело, не согласился с тем, что действия супружеской пары из Дании следует рассматривать как злоупотребление правом и попытку избежать требований датского закона. И в Дании, и в Великобритании принят критерий инкорпорации как критерий, определяющий личный статут юридического лица, а Римский договор в ст. ст. 43 и 48 (в старой нумерации 52 и 58) обеспечивает признание иностранных юридических лиц, создаваемых в странах Европейского союза. В то же

время суд признал, что требование датского законодательства о минимальном размере капитала является по характеру императивной нормой, применяемой в общественных интересах. Применение императивной нормы, как это было сформулировано в решении суда, не должно носить дискриминационный характер. Оно должно обеспечивать достижение цели, ради которой эта норма была принята. Суд посчитал, что именно это последнее условие не было соблюдено. По мнению суда, отказ в регистрации филиала не может рассматриваться как способ защиты интересов кредиторов в Дании. "Государства - члены Евросоюза должны обладать возможностью воспрепятствовать совершению обманных действий, однако это невозможно сделать путем отказа в регистрации филиала компании, которая была учреждена в другом государстве" <1>.

<1> Wulf-Henning Roth. From Centros to Ueberseeing: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law // International & Comparative Law Quarterly. Vol. 52. Part 2001. P. 178, 179.

Европейский суд рассматривал дело "Centros" как дело о фактическом перемещении места нахождения центра управления компании. Критерий инкорпорации, принятый в законодательстве Англии и Дании, не препятствовал принятию решения об изменении места нахождения компании. Отказывая в регистрации филиала, Суд не препятствовал перемещению места фактического нахождения компании из Великобритании в Данию. Он признал отказ органов Дании в регистрации филиала правомерным, так как следовал действующей в Дании императивной норме относительно требования минимального уставного капитала.

Иное решение было принято по делу Ueberseeing, в котором применялось право Германии, где критерием определения личного статута является критерий реального местонахождения компании. В случае если центр управления располагается за пределами Германии, международное частное право Германии предусматривает применение права страны, где находится центр управления, включая коллизионные нормы этой страны. В названном деле решение суда основывалось на том, что после переноса местонахождения в Германию иностранная компания прекращает свое существование. Она может рассматриваться лишь как товарищество или как компания, находящаяся в стадии учреждения, т.е. как организация, не обладающая статусом юридического лица <1>.

<1> Wulf-Henning Roth. From Centros to Ueberseeing: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law. P. 182.

В приведенных делах решение суда во многом зависело от коллизионной привязки, действующей в отношении личного статута иностранного юридического лица.

2. Коллизионная норма о личном статуте носит императивный характер. Государство определяет, как, т.е. согласно какому критерию, следует определять личный статут юридического лица. По этому критерию можно судить о юридическом лице как о швейцарском, французском, германском юридическом лице, а это влечет за собой применение норм права соответствующего государства по перечисленным в законе вопросам (является ли организация юридическим лицом, каков объем правоспособности, в каком порядке оно возникает и прекращает свое существование).

В российском законодательстве на основе личного закона определяются:

- статус организации в качестве юридического лица;
- его организационно-правовая форма;
- требования к наименованию;
- вопросы создания, реорганизации и ликвидации, включая вопросы правопреемства;
- содержание правоспособности;
- порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и обязанностей;
- внутренние отношения, в том числе и отношения юридического лица с его участниками;
- способность юридического лица отвечать по своим обязательствам (п. 2 ст. 1202 ГК РФ).

В английском праве согласно доктрине "внутренних отношений" личный статут применяется при регулировании так называемых внутрикорпоративных отношений, т.е. отношений между участниками юридического лица, а также отношений между самим юридическим лицом и его участниками. Личный статут в Великобритании определяет также порядок реорганизации и ликвидации юридического лица <1>.

<1>: Stone P. Conflict of Laws. N.Y., 1995. P. 106.

Коллизионный вопрос о личном статуте юридического лица иногда связывается с регулированием (определением правового режима) экономической, в частности инвестиционной, деятельности иностранного лица. Некоторые авторы относят к коллизионным критериям критерий контроля, используемый при регулировании инвестиций, а также критерии, встречаемые в законе о валютном регулировании, налоговом законодательстве. Однако следует признать, что **только критерий, содержащийся в ст. 1202 ГК РФ (место учреждения юридического лица), служит цели определения личного статута юридического лица.**

Что касается норм о нерезидентах в валютном и налоговом законодательстве, то эти нормы относятся к характеристике режима деятельности иностранных юридических лиц на территории государства, где ими совершаются соответствующие действия. На важность разграничения коллизионных норм, направленных на определение личного статута, и других норм обращалось внимание в нашей литературе <1>.

<1> См., например: Асосков А.В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М.: Статут, 2003. С. 42 - 45.

При определении режима деятельности иностранного юридического лица в стратегически важных отраслях народного хозяйства Российской Федерации применен критерий контроля.

Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. N 57-ФЗ "О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства" <1> регулирует отношения, связанные с осуществлением инвестиций в форме приобретения акций (долей) в уставном капитале хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение. Кроме того, данный Закон регулирует отношения, связанные с совершением сделок, в результате которых устанавливается контроль иностранных инвесторов или группы лиц над такими хозяйственными обществами (п. 1 ст. 2).

<1> СЗ РФ. 2008. N 18. Ст. 1940.

Указанный Закон устанавливает запрет на совершение сделок, влекущих за собой установление контроля над хозяйственными обществами стратегического значения не только для иностранных государств и международных организаций, но также и для организаций, находящихся под их контролем (п. 2 ст. 2). Названные лица (иностранное государство, международные организации и организации, находящиеся под их контролем) не вправе совершать сделки, влекущие за собой установление контроля. В случае совершения сделок, результатом которых явится приобретение 25% голосов в хозяйственном обществе, имеющем стратегическое значение, либо иная возможность блокировать решения органов управления такого хозяйственного общества, эти сделки подлежат согласованию в порядке, предусмотренном законом (п. 3 ст. 2).

Для цели реализации приведенных положений Закона установлены признаки существования контроля над хозяйственным обществом со стороны иностранного инвестора. К ним относятся, например, право распоряжаться более чем 50% голосов в контролируемом обществе, возможность определять решения, принимаемые контролируемым лицом, назначать единоличный орган или более чем 50% коллегиального органа, состава совета директоров, наблюдательного совета (п. п. 1 - 3 ст. 5).

Как следует из п. 2 ст. 3 данного Федерального закона, для целей применения Закона понятие "иностранное государство" включает в себя помимо лиц, перечисленных в Федеральном законе "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации", также организации, созданные на территории Российской Федерации, находящиеся под контролем иностранных инвесторов.

Принятие Федерального закона "О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства" означает применение метода регулирования, характерного для системы рыночных отношений. Этот метод антимонопольного регулирования используется в Федеральном законе от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" <1>. Не случайно, что в приведенном Законе об иностранных инвестициях в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение, ряд понятий используется в значении, которое им придается в антимонопольном законодательстве. Понятия "группа лиц", "соглашение", "согласованные действия" используются в значениях, указанных в Федеральном законе "О защите конкуренции".

<1> СЗ РФ. 2006. N 31 (ч. I). Ст. 3434.

В понятие "**режим деятельности**" входит не только режим совершения сделок иностранными инвесторами, но также и нормы валютного и налогового законодательства, в которых регулируется деятельность "нерезидентов". Нормы о нерезидентах в валютном и налоговом законодательстве относятся к характеристике режима деятельности юридических лиц, осуществляющих экономическую деятельность на территории данного государства. Они определяют сферу применения соответственно валютного, налогового или инвестиционного законодательства и по своей природе и назначению не являются коллизионными нормами, т.е. не служат цели определения личного статуса.

Ошибочное понимание норм валютного и налогового законодательства об иностранных лицах (нерезидентах) приводит к появлению теорий, которые пытаются объяснить сложные вопросы, возникающие в связи с вывозом капитала (валютное регулирование) и "международной" деятельностью (т.е. деятельностью в иностранном государстве) компаний (налоговое законодательство). Хотя "международная" деятельность компаний действительно создает предпосылки для применения разного рода критериев к юридическим лицам, в зарубежной литературе всегда разграничивается коллизионное и материальное право, применяемое к иностранным юридическим лицам <1>.

<1> См.: International and Comparative Law Quarterly. 2003. V. 52. P. 181 - 184.

По этой же причине было бы неправильно, на наш взгляд, рассматривать приведенные выше примеры с перемещением места нахождения компаний или выбором учредителями места учреждения новой компании как действие принципа автономии воли сторон <1>. Норма о личном статусе иностранного юридического лица носит императивный характер и в условиях действия принципа свободы перемещения капитала, т.е. свободы выбора места учреждения компании.

<1> Асосков А.В. Рецензия на статьи Дж. Дэммана, посвященные концепции свободы выбора права, применимого к корпоративным отношениям // Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. N 4. С. 271 - 280.

Различие между коллизионными критериями и критериями, содержащимися в материальном праве, можно проиллюстрировать на примере английского права. В английском праве "любое лицо, физическое или искусственно созданное (юридическое лицо), в момент рождения приобретает домицилий по происхождению в результате применения права. У физического лица - это домицилий родителей, у юридического - это страна, в которой оно было учреждено" <1>. Когда речь идет о налогообложении, английское право использует критерий места нахождения (**residence**), а не домицилий - место, где юридическое лицо было учреждено. Компания является резидентом в стране, если страна является местом контроля и управления компанией.

<1> Dicey & Moris. Rule 152 - 1.

В результате применения критериев, содержащихся в материальном праве, возможно отношение к английским компаниям как к псевдоиностранным. Примером этого являются английские компании, рассматриваемые в период Первой и Второй мировых войн как "враждебные иностранцы", с которыми было запрещено совершать коммерческие сделки <1>. Признаки, по которым компания могла быть отнесена к категории "враждебных" или "иностранных", не были критериями, по которым можно было бы определить государственную принадлежность юридического лица. Признаки, определяющие подобный характер компании, являлись признаками, необходимыми для применения правового режима лишь к ограниченному кругу юридических лиц.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: Особенная часть. М., 1975. С. 42, 43.

После Второй мировой войны с появлением новых независимых государств в законах (кодексах) об иностранных инвестициях, принятых этими государствами, к иностранным юридическим лицам стали относить не только компании, имеющие "иностраный" статут (созданные по закону другого государства), но и национальные, с точки зрения действующих коллизионных критериев, юридические лица, находящиеся под контролем иностранных. Подобно критерию, определяющему "враждебный" характер германских компаний, осуществлявших свою деятельность в Великобритании в период войны, целью критерия контроля, применяемого в законах об иностранных инвестициях развивающихся стран, было выделение круга юридических лиц, подпадающих под особый правовой режим. В отличие от предыдущих лет компании, подчиняющиеся особому режиму, относились к категории не "враждебных", а "иностранных". Деятельность одних и тех же юридических лиц в различных государствах привела к тому, что они стали именоваться "международными".

3. "Международными" нередко называют **"многонациональные предприятия"**, имеющие разбросанную по всему миру сеть филиалов и дочерних компаний. При этом экономическая подчиненность и юридическая независимость дочерних компаний от головной организации являются основной характеристикой таких "международных" организаций.

Л.А. Лунц, ссылаясь на известного английского юриста К. Шмиттгоффа, выделяет характерную для многонациональных предприятий черту: **экономическое единство при юридической множественности** <1>. В современной литературе выделяются два подхода к определению национальности транснациональных корпораций (ТНК) или многонациональных предприятий: первый основан на определении личного статута самой ТНК (**entity approach**); второй - на понимании ТНК как множества предприятий (**enterprise approach**), каждое из которых имеет свой личный статут <2>.

<1> См.: Лунц Л.А. Многонациональные предприятия капиталистических государств в аспекте международного частного права // Советское государство и право. 1975. N 5.

<2> См.: Rueven S. Avi-Yonah. National Regulation of Multinational Enterprises: An Essay on

Comity, Extraterritoriality, and Harmonization // Columbia Journal of Transnational Law. 2003. Vol. 42. N 1. P. 9.

Первый подход к определению национальности ТНК заключается в том, что личным статутом такой корпорации является закон страны места ее учреждения. Такой подход был распространен до 80-х гг. прошлого столетия. Он применялся как к ТНК, признаваемым международными корпорациями в силу участия в них своим капиталом иностранных юридических лиц, так и к ТНК, имеющим разветвленную сеть филиалов, дочерних компаний и представительств в иностранных государствах <1>.

<1> О классификации ТНК см.: Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2004. С. 144.

В настоящее время к ТНК, состоящим из множества дочерних компаний, применяется **второй подход (enterprise approach)**. Однако и при этом подходе дочерняя компания рассматривается как юридическое лицо, являющееся частью ТНК, чей личный статус определяется в соответствии с национальным правом того или иного государства.

Выделение двух подходов к определению национальности ТНК позволяет регулировать деятельность многонациональных ("международных") или транснациональных корпораций (ТНК) исключительно в рамках международного частного права.

4. Унификация правового регулирования "международных" компаний велась в двух направлениях:

- 1) создание Кодекса поведения ТНК в рамках ООН и
- 2) создание единого корпоративного права в странах Европейского союза.

Работа над Кодексом поведения предполагала создание единообразного режима деятельности для юридических лиц, имеющих разветвленную сеть филиалов и дочерних компаний в зарубежных странах. Унификация в Европейском союзе проводилась в направлении гармонизации права о компаниях в государствах - членах ЕС.

Принцип свободы перемещения капитала, лежащий в основе Европейского союза, означает свободу выбора правовой системы для учреждения юридического лица. В этих условиях международному частному праву отводится важная роль в осуществлении контроля за деятельностью многонациональных предприятий.

В тех государствах, где принят **критерий инкорпорации**, присутствует стремление подчинить своей юрисдикции зарубежную деятельность юридического лица. **Критерий местонахождения** компании позволяет государству контролировать деятельность иностранной компании в пределах своей территории. И та и другая теория, по мнению многих авторов, имеет свои недостатки <1>. Однако эти недостатки позволяют тому или иному государству установить свои приоритеты в осуществлении контроля: либо за деятельностью своих компаний за рубежом, либо за деятельностью иностранных юридических лиц на своей территории.

<1> См.: Tzaganatos D. Private International Law as a Means to Control the Multinational Enterprise // Vanderbilt Journal of Transnational Law. 1986. Vol. 19. N. 3. P. 513.

Коллизионная норма, появившаяся в результате реформы международного частного права в Италии, по существу, обеспечила наиболее полный контроль за деятельностью иностранных юридических лиц, включая деятельность своих компаний за рубежом и иностранных на своей территории. Реформа коллизионного права в Италии осуществлялась во многом благодаря работе по гармонизации права, ведущейся в странах Европейского союза. Результатом работы по унификации корпоративного права является появление новых организационно-правовых форм деятельности. Одной из правовых форм организации деятельности многонациональных предприятий в 1970-е гг. стало юридическое лицо, создаваемое за рамками действия национально-правовой системы. В Евросоюзе гармонизация права о компаниях завершилась принятием **Регламента Совета ЕС от 8 октября 2001 г. N 2157 о статуте Европейской компании** <1>. Однако и до этого времени имеются многочисленные примеры деятельности иностранных юридических лиц, создаваемых в соответствии с условиями международных договоров.

<1> См.: European Company and Financial Law. Third Edition Nexts and Leading Cases. Edited by KlausHopt and Eddy Wymeersch. Oxford University Press. 2004. P. 432.

В 70-е гг. XX в. существовала практика создания международных хозяйственных объединений (МХО), которая предполагала обращение к международному договору как к надлежащей форме правового регулирования иностранных инвестиций из социалистических стран - членов СЭВ; сторонами в отношениях являлись государства в лице различных отраслевых министерств и ведомств. Условия международных договоров о создании МХО рассматривались как учредительные документы, лежащие в основе таких организаций. МХО могли принимать форму международных хозяйственных товариществ в случаях, когда договор не предусматривал создание юридического лица. Они могли также существовать в форме созданного на территории одного из государств юридического лица, условия деятельности которого определялись в международном договоре. Их особенность заключалась в том, что они создавались не по законодательству государства, на территории которого осуществлялась их деятельность, а в соответствии с условиями международного договора. Международные хозяйственные объединения при этом не рассматривались в качестве субъектов международного публичного права <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Грингольц И.А. Международные хозяйственные организации в странах - членах СЭВ (понятие и виды) // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 28. М., 1973.

Обращение к международному праву в практике социалистических государств в сфере регулирования хозяйственной деятельности иностранных юридических лиц не было случайностью. Именно в эти годы с целью усиления положительного эффекта привлечения иностранных инвестиций была начата работа Центром ООН по транснациональным корпорациям

над Кодексом поведения транснациональных корпораций <1>.

<1> См.: Vaghts. The Multinational Enterprise: A Ten Year's Review // Die Actiengesellschaft. 1980. V. 25. P. 154.

В дальнейшем эту работу продолжила Организация по экономическому сотрудничеству и развитию (ОЭСР). В 1976 г. ОЭСР приняла **Декларацию по иностранным инвестициям и многонациональным предприятиям** и Руководство, в котором содержались рекомендации государств - членов ОЭСР, обращенные непосредственно к транснациональным корпорациям, относительно их поведения на территории государства, где ими осуществляется экономическая деятельность. Эти документы являются примером регулирования деятельности многонациональных предприятий с помощью так называемого "мягкого права", основанного на добровольном его применении. Задачей международного права на этом этапе являлось устранение конфликта интересов, который существовал между государствами инвесторов и государствами, принимающими инвестиции.

Руководство ОЭСР по многонациональным предприятиям подвергается изменениям по мере того, как меняются условия деятельности многонациональных предприятий. Так, Декларация ОЭСР об иностранных инвестициях и многонациональных предприятиях, принятая в 1976 г., подвергалась ревизии и уточнению в 1979, 1982 и в 1984 гг. <1>. В 2000 г. вышла новая редакция Руководства по многонациональным корпорациям <2>. В новой редакции произошла смена ориентиров. Руководство ориентировало государства - члены ОЭСР не на привлечение иностранных инвесторов, а на создание конкурентных условий для местных и зарубежных инвесторов. Об этом свидетельствует появление новой главы, посвященной конкуренции. Согласно положениям этой главы многонациональные предприятия обязаны действовать в рамках добросовестной конкуренции, как ее определяет национальное право страны, где осуществляется деятельность <3>.

<1> См.: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Paris: OECD, 1986.

<2> См.: The OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Revision. 2000.

<3> См.: Tully S. The 2000 Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises // International and Comparative Law Quarterly. 2001. Part 2. P. 397.

Таким образом, источники международного права рассматривают многонациональные (транснациональные) предприятия (корпорации) в качестве субъектов международного частного права. Такой же подход принят и в Европейском праве.

В 2001 г. Совет Европейского союза принял Регламент о Статуте Европейской компании <1>. В соответствии с этим Регламентом предусматривается **введение новой организационно-правовой формы публичной акционерной Европейской компании с ограниченной ответственностью, или Societas Europaea (SE)** <2>. Принятие **Регламента о статуте Европейской компании** является одним из этапов в работе в области унификации

корпоративного права, которое в настоящее время представляет собой блок нормативных актов, принятых органами ЕС.

<1> См.: Council Regulation (EC) N 2157/2001 on the Statute for a European Company (SE) // Official Journal. L294. P. 1.

<2> См.: Надмитов А. Европейская компания становится реальностью // Хозяйство и право. 2002. N 10. С. 82.

Первые директивы Совета были посвящены вопросу признания иностранных юридических лиц <1>. Последующие директивы касались вопросов отчетности, слияния и поглощения компаний. Все они обеспечивали гармонизацию требований, предъявляемых к той или иной форме компании в рамках национального правового порядка. Так, Вторая Директива Совета касается порядка создания публичной акционерной компании с ограниченной ответственностью и порядка формирования капитала этой компании. Она предусматривает минимальный размер уставного капитала публичной акционерной компании, который должен быть отражен в национальном законодательстве.

<1> См., например, Первую Директиву Совета ЕС: First Council Directive of 9th of March 1968 on coordination of safeguards which are required by Member States of companies for the protection of the interests of members and others // Official Journal. L65, 14 March 1968. P. 8 - 12.

Среди нормативных актов о компаниях, принятых в Европейском союзе, выделяются регламенты, предусматривающие создание общеевропейских организационно-правовых форм деятельности. Это Регламенты о Европейском объединении лиц с общей экономической целью и о статуте Европейской компании.

Регламент Совета ЕС от 25 июля 1985 г. N 2137 о Европейском объединении лиц с общей экономической целью (далее - Европейское объединение) предусматривает, что порядок учреждения этой организации определен положениями данного Регламента и что лица, желающие создать Европейское объединение, должны заключить договор и зарегистрировать организацию в порядке, предусмотренном ст. 6 указанного Регламента. В соответствии со ст. 6 регистрация Европейского объединения осуществляется в государстве в соответствии с правилами и на основании документов, которые определяет соответствующее государство <1>.

<1> См.: Council Regulation of 25 July 1985 No. 2137 on the European Economic Interest Grouping (EEIG) // Official Journal. L199, 31 July 1985. P. 1 - 9.

Упомянутый выше Регламент о статуте Европейской компании предусматривает **порядок создания и управления особой формы акционерной компании, именуемой Европейской акционерной компанией**. Европейское акционерное общество должно содержать указание на его правовую форму в фирменном наименовании этой компании. В соответствии со ст. 2 данного

Регламента учредителями Европейской компании могут быть акционерные компании, чей капитал формируется путем обращения к широкой публике с предложением о подписке на акции (публичные акционерные компании), имеющие зарегистрированные в государствах - членах ЕС структурные подразделения и головные организации, путем слияния по крайней мере двух из них, находящихся в юрисдикции различных государств - членов ЕС <1>. Помимо приведенного способа создания Европейской компании (далее - ЕК) в Регламенте предусмотрены еще и другие, в том числе **создание холдинга компаниями, находящимися в разных странах - членах ЕС**, путем подписки на акции дочерней компании, образованной компаниями из разных государств - членов ЕС. В последнем случае по крайней мере две из таких компаний должны подчиняться законам разных государств или не меньше чем в течение двух лет иметь дочерние компании в других государствах.

<1> См.: Council Regulation of the 8-th of October 2001 on the Statute for a European Company (SE) // Official Journal. L294, 10 October 2001. P. 1 - 21.

Как следует из указанных регламентов, Европейское объединение и Европейская компания являются **субъектами частного права, созданными в соответствии с национальным законом государства - члена ЕС <1>. Унификация корпоративного права стран - членов ЕС не приводит к появлению организации, обладающей международной правосубъектностью. Будучи субъектом гражданского права, Европейская компания обладает общей правоспособностью в отличие от Европейского объединения, правоспособность которого ограничена.**

<1> См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. М.: Международные отношения, 2004. С. 273 - 276.

С оговорками следует применять категорию "иностранный инвестор" также и к **международной организации, создаваемой в современных условиях предпринимательской деятельности**. Такая организация, созданная на основании международного соглашения, может обладать статусом юридического лица и выполнять функции коммерческой организации, как, например, Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР). В этом случае регулирование деятельности такой "международной" организации будет аналогично тому, как если бы иностранным инвестором было иностранное юридическое лицо. Если международная организация не наделяется статусом юридического лица или если ее деятельность связана с исполнением публично-правовых функций, как это имеет место, например, в случае предоставления кредитов Международным банком реконструкции и развития (МБРР) государству - члену МБРР, международная организация рассматривается как субъект международного публичного права и отношения между ней и государством, принимающим инвестиции в форме кредитов, основываются на международном договоре.

5. По российскому праву в основе определения иностранного юридического лица лежит **критерий места его учреждения** (п. 1 ст. 1202 ГК РФ). Согласно этому критерию к иностранным юридическим лицам следует относить компании, учрежденные по закону иностранного государства, а также филиалы указанных компаний, которые осуществляют деятельность на

территории России и являются частью (структурным подразделением) головной организации - иностранного юридического лица.

Федеральный закон "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" в качестве **иностранного инвестора** рассматривает иностранное юридическое лицо, гражданская правоспособность которого определяется в соответствии с законодательством государства, в котором оно учреждено. Действия иностранного инвестора по созданию юридического лица в России подчинены требованиям указанного Закона.

К категории "иностраный инвестор" Закон относит также иностранную организацию, не являющуюся юридическим лицом, правоспособность которой определяется в соответствии с законодательством государства, в котором она учреждена.

Как правило, организация, не являющаяся юридическим лицом, создается на основе гражданско-правового договора, например договора о совместной деятельности, и заключения такого договора достаточно для того, чтобы считать организацию созданной. Действующие на основе договора юридические и физические лица обычно реализуют свою правоспособность самостоятельно в соответствии с условиями и целями, предусмотренными договором. В этом случае иностранным инвестором следует считать иностранное юридическое или физическое лицо, участвующее в договоре.

Личный закон иностранной организации, не являющейся юридическим лицом, определен в ст. 1203 ГК РФ. Таковым является право страны, где эта организация учреждена. Определение личного статута такой организации связывается с фактом ее учреждения, который может быть подтвержден соответствующей записью в реестре. В то же время учреждение организации, не являющейся юридическим лицом, может и не быть связано с регистрацией такой организации. В соответствии с Федеральным законом "О соглашениях о разделе продукции" (в ред. от 6 июня 2003 г.) инвесторами являются помимо юридических лиц также "создаваемые на основе договора о совместной деятельности и не имеющие статуса юридического лица объединения юридических лиц". Указанные объединения юридических лиц не подлежат регистрации.

Если к деятельности такой организации должно быть применено российское право, применяются правила ГК РФ, которые регулируют деятельность юридических лиц, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов, существа отношения (ч. 2 ст. 1203). Приравнивание организаций, не обладающих статусом юридического лица, к юридическим лицам путем распространения на эти организации действия норм Гражданского кодекса о юридических лицах связано с тем, что для этих неправосубъектных организаций, так же как и для юридических лиц, важным условием деятельности является признание их существования. Именно поэтому "учреждение" такой организации, с которым связан ее личный статут, не следует понимать обязательно как внесение этой организации в тот или иной реестр; важно то, что эта организация является легально созданной в соответствии с законом данного государства.

Пример организации, не являющейся юридическим лицом, - **паевой инвестиционный фонд**, цель которого - создание обособленного имущественного комплекса - фонда, формируемого за счет объединения имущественных взносов учредителей паевого инвестиционного фонда, передаваемых в доверительное управление управляющей компании. Федеральный закон от 29 ноября 2001 г. N 156-ФЗ "Об инвестиционных фондах" <1> специально подчеркивает, что паевой

инвестиционный фонд не является юридическим лицом <2>.

<1> СЗ РФ. 2001. N 49. Ст. 4562.

<2> См.: Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Комментарий к Федеральному закону "Об иностранных фондах". М., 2003. С. 44, 45.

Условия признания инвестиционных фондов и определение применимого к ним права содержатся в Гаагской конвенции о праве, применимом к доверительной собственности (**trust**) и признании организаций, созданных на основе этого института, 1985 г., согласно которой под доверительной собственностью (**trust**) понимается не только институт права справедливости, существующий в английском праве, но также и "различные его модификации в праве других государств, относимые к своеобразным правовым институтам" <1>.

<1> Конвенция вступила в силу 1 января 1992 г. Россия не является ее участником.

Особое положение в Федеральном законе "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" занимают **филиалы иностранных юридических лиц**. В соответствии с п. 3 ст. 4 Закона филиал иностранного юридического лица, созданный на территории РФ, выполняет часть функций или все функции, включая функции представительства, от имени создавшего его иностранного юридического лица (головная организация) при условии, что головная организация несет непосредственную имущественную ответственность по обязательствам, принятым ею в связи с ведением указанной деятельности на территории РФ. В отношении филиалов иностранного юридического лица применяется требование о его аккредитации (ст. 21). Отказ в аккредитации может быть признан обоснованным только в случае необходимости защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

6. Одним из способов решения сложной проблемы, обусловленной применением в праве разных государств различных критериев при определении национальности, государственной принадлежности юридических лиц, является **унификация и гармонизация права отдельных государств**.

В целях гармонизации права в Договоре об учреждении Европейского экономического сообщества (Римский договор 1957 г.) была сформулирована правовая норма-принцип, направленная на признание иностранного юридического лица, осуществляющего деятельность в странах Сообщества: "Компании или фирмы, которые учреждены в соответствии с законодательством какого-либо государства-члена, а также компании или фирмы, зарегистрированное местопребывание, центральное управление и основная предпринимательская деятельность которых находятся внутри Сообщества, приравниваются с точки зрения данной главы (Римского договора. - **Н.Д.**) к физическим лицам, являющимся гражданами государств-членов". При этом под компаниями или фирмами подразумеваются "компании или фирмы, учрежденные на основе гражданского или коммерческого права, в том числе кооперативные общества, а также другие юридические лица, регулируемые государственным или

частным правом, за исключением обществ, не преследующих коммерческие цели" (ст. 58) <1>.

<1> См.: Хартли Т.К. Основы права Европейского сообщества. М., 1998. С. 552.

Статья 58 Римского договора обеспечила **унифицированное понимание термина "национальность юридического лица"**. Суд или административный орган на основе национального закона может определить, к какой иностранной правовой системе принадлежит данная организация. Соответственно, компания, учрежденная по национальным законам, даже если она контролируется иностранной материнской компанией или имеет стопроцентный иностранный капитал либо фактически выполняет функции филиала (представительства) зарубежной компании, будет подчинена режиму деятельности, предусмотренному для отечественных компаний, исходя из правила, по которому ее "национальность" определяется в соответствии с установленным в законе признаком (место инкорпорации или место нахождения органа управления, т.е. место "домицилия" компании).

Вместе с тем нужно иметь в виду, что согласно действующему национальному законодательству и доктрине "термин "национальность" в применении к юридическим лицам не имеет и не может иметь того значения, которое он имеет в применении к физическим лицам" <1>.

<1> Лунц Л.А. Курс международного частного права: Особенная часть. М., 1975. С. 45.

Категория национальности применительно к юридическим лицам чаще используется для разграничения собственных (национальных) и чужих (иностранных) юридических лиц и в целях определения правового режима деятельности последних в границах национально-правовой системы. При этом к иностранным ("чужим" в данной правовой системе) могут относиться и часто относятся местные (собственные или национальные) юридические лица, контролируемые компаниями другого государства.

Для решения вопроса, является ли данное юридическое лицо собственным (национальным) или иностранным (принадлежит иной правовой системе, чем правовая система регулирующего государства), следует обращаться к законодательству соответственно того государства, где данное юридическое лицо осуществляет свою деятельность, например, к законам об иностранных инвестициях. Нормы этих законов являются обязательными для определения правового режима деятельности иностранных компаний. Такие нормы, называемые часто **условиями допуска иностранных инвестиций** <1>, имеют административно-правовой характер.

<1> Согласно Единому инвестиционному кодексу 1969 г., действующему в Андском общем рынке, под "иностранцами" следует понимать предприятия, чей капитал в размере по меньшей мере в 51% общей суммы капитала, принадлежит национальным инвесторам: государству, принимающему инвестиции, гражданам этого государства, юридическим лицам, созданным по законам этого государства // Decision 220 de la Comision del Acuerdo de Cartagena de 11 de Mayo de 1997. Lima - Peru.

Условия допуска иностранных инвестиций могут быть сформулированы и как требования к регистрации (аккредитации) филиалов иностранных юридических лиц или коммерческих организаций с участием иностранного капитала.

Так, например, согласно законодательству Дании иностранное юридическое лицо, которое не осуществляет хозяйственной деятельности в стране, где оно было учреждено, обязано обеспечить минимальный размер основного капитала в 200 000 крон, чтобы гарантировать права датских кредиторов, заключающих сделки с такой компанией. Именно это положение законодательства Дании стало предметом разбирательства в Европейском суде по вопросу о соответствии его нормам ст. ст. 52 и 58 Римского договора, согласно которым, в частности, создание предприятий должно осуществляться "на условиях, установленных законодательством страны для собственных граждан и в соответствии с положениями главы, касающейся свободного движения капиталов" <1>. Согласно решению Европейского суда вопрос о соответствии Римскому договору норм датского законодательства об условиях регистрации филиала должен быть решен с учетом следующих обстоятельств: носит ли их применение характер дискриминации, обеспечивает ли достижение объективно необходимой цели, для которой было принято это законодательство <2>.

<1> ECJ 9 Mar 1999 - Case C-21997 - Centros Limited v. Erhversog Selskabsstyrelsen, 1999 ECR I - 1459.

<2> Указанные условия были сформулированы Европейским судом в деле Гебхарда (ECJ 30 nov. 1995 Case C-55/94 Gebhard v. Consiglio del Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano // ECR 1995 I - 4165, 4197-8. Para 37).

Относительно допуска иностранных инвестиций Руководство по регулированию иностранных инвестиций, разработанное и принятое Мировым банком в 1992 г., предусматривает (ст. 2), что "каждое государство сохраняет за собой право регулировать допуск иностранных частных инвестиций. При формулировании норм и при их применении государства будут принимать во внимание, что открытый доступ, возможно, в рамках списка отраслей, открытых для иностранных частных инвестиций (при существовании списка ограниченного числа отраслей, видов деятельности, закрытых для иностранных инвестиций или требующих оценки условий допуска (screening), лицензирования), является наиболее эффективным решением проблемы правового регулирования иностранных инвестиций". Унификация национальных законов об иностранных инвестициях на основе рекомендаций Мирового банка обеспечивает реализацию государством своих прав по управлению иностранными инвестициями и одновременно содействует их притоку в национальную экономику <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Закону об иностранных инвестициях Н.Г. Дорониной включен в информационный банк согласно публикации - "Право и экономика", 2000, NN 4, 5, 6.

<1> Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. World Bank. 1992. Текст

документа на русском языке см.: Доронина Н.Г. Комментарий к Закону об иностранных инвестициях. М.: Юстицинформ, 2000. С. 63 - 74.

Развитие экономического сотрудничества стран СНГ также потребовало единообразного решения проблемы, связанной с определением государственной принадлежности юридического лица. Модель ГК для стран СНГ предусматривает, что законом юридического лица является право страны, где это юридическое лицо учреждено (ст. 1211).

7. На основе личного закона юридического лица определяется, является ли рассматриваемая организация юридическим лицом и к какому виду юридических лиц она относится.

Так, созданный в Германии филиал английской компании, следуя коллизионной привязке, принятой в международном частном праве Германии (местонахождение юридического лица), будет рассматриваться как товарищество торгового или гражданского права Германии. Этот же филиал по английскому праву будет рассматриваться как часть английской компании (частная компания с ограниченной ответственностью).

На основании личного статута будут решаться и иные вопросы, связанные с правовой формой юридического лица: требование к его наименованию, регистрации, минимальному уставному капиталу. Примерный перечень вопросов, решаемых на основе личного статута юридического лица, содержится в п. 2 ст. 1202 ГК РФ. Помимо названных, как было отмечено ранее, им охватываются вопросы создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, правопреемства, содержания правоспособности. Согласно п. 2 ст. 1202 личный статут определяет также порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей; внутренние отношения, включая отношения юридического лица с его участниками; способность юридического лица отвечать по своим обязательствам.

Приведенный в п. 2 ст. 1202 перечень содержит такую адресованную инвестору информацию, на основании которой он мог бы принять решение о месте деятельности будущей компании, если решит осуществлять инвестиции путем создания юридического лица. "Решение инвестора, связанное с выбором английского, российского или иного права, зависит от ряда факторов. Среди них: полнота права компаний как такового (законодательства о компаниях, или **company law**. - Н.Д.), стабильное и конструктивное применение судами законодательства... конкурентоспособность структур права компаний (включая простоту регистрации, налогообложение, уменьшение расходов компании и т.д.)" <1>.

<1> Вступительная статья У. Батлера к кн.: Петровичев Ю.В. Акционерное законодательство Англии и России: сравнительно-правовой анализ. М.: Норма, 2002.

С выбранным инвестором правопорядком и будет связан личный статут создаваемой им компании. Однако **свобода выбора инвестора ограничивается** присутствием в законодательстве об инвестициях тех или иных требований относительно учреждения филиалов иностранных юридических лиц, а также юридических лиц, создаваемых в форме коммерческих организаций с участием иностранного капитала.

Согласно п. 3 ст. 1202 ГК РФ юридическое лицо не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, не известное праву страны, в которой орган или представитель юридического лица совершил сделку, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанном ограничении.

В этой норме содержится требование подчинения законодательству страны, где иностранными юридическими лицами совершаются те или иные юридические действия. Основным условием совершения таких действий является то, что иностранное юридическое лицо не может ссылаться на ограничения полномочий своего органа или представителя, не известные праву страны, где совершается сделка. Указанная норма содержалась и в ранее действовавшем законодательстве (в п. 2 ст. 161 Основ 1991 г.). Эта норма предусматривает, по существу, **обязанность иностранного юридического лица при осуществлении своей деятельности в Российской Федерации учитывать российское законодательство.**

Международные договоры о правовой помощи, заключенные Россией, содержат коллизионные нормы, касающиеся личного статуса юридических лиц. Как правило, в них предусматривается, что "правоспособность юридического лица определяется законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой оно учреждено". Такое положение содержится в договорах с Азербайджаном (ст. 22), Грузией (п. 2 ст. 22), Киргизией (п. 2 ст. 22), Латвией, Литвой, Молдавией и Эстонией. Встречаются и иные формулировки.

Например, в договоре с Венгрией действие коллизионной нормы ограничивается вопросами возникновения правоспособности юридического лица: "Возникновение юридического лица определяется законодательством той Договаривающейся Стороны, на территории которой оно было зарегистрировано" (ст. 35/В). Согласно договору с Польшей "правоспособность и дееспособность юридического лица определяются по закону Договаривающейся Стороны, на территории которой оно имеет местонахождение" (п. 2 ст. 22).

Коллизионные нормы встречаются в многосторонних международных договорах о правовой помощи, заключаемых на постсоветском пространстве. В Минской конвенции 1993 г. предусматривается, что правоспособность юридического лица определяется законодательством государства, по законам которого оно было учреждено (п. 3 ст. 23). Это положение сохранено и в Кишиневской конвенции 2002 г. (п. 3 ст. 26).

§ 2. Правовой режим деятельности иностранных юридических лиц

1. Правовой режим деятельности иностранного юридического лица обычно **определяется на базе принципа национального режима и режима наибольшего благоприятствования**, которые формулируются, как правило, в международных договорах.

Внешнеэкономическая деятельность иностранного юридического лица подчинена действию **режима наибольшего благоприятствования**. В практике заключения двусторонних и многосторонних международных договоров предоставление этого режима часто формулируется как "принцип наиболее благоприятствуемой нации".

Содержание режима наибольшего благоприятствования в двусторонних торговых договорах и соглашениях составляет обязательство государства предоставить договаривающейся

стороне режим не менее благоприятный, чем тот, который предоставлен или будет предоставлен этим государством в отношениях с любым третьим государством.

Для многосторонних договоров формулировка режима наибольшего благоприятствования означает: если одно государство предоставило преимущество в отношении с другим государством-участником, то указанное преимущество должно быть согласно рассматриваемому принципу распространено на остальных участников ("favour one, favour all").

В зависимости от содержания международных договоров принцип наиболее благоприятствуемой нации может иметь разные формулировки. В Генеральном соглашении по тарифам и торговле (ГАТТ) 1947 г. <1> этот принцип формулируется применительно к товарам. В ст. 1 ГАТТ, названной "Общий режим наиболее благоприятствуемой нации", предусматривается: "Любое преимущество, благоприятствование, привилегия или иммунитет, предоставляемые в отношении любого товара, происходящего из любой другой страны или предназначенного в любую другую страну, должны немедленно и безусловно предоставляться подобному же товару, происходящему из территории всех других Договаривающихся Сторон или предназначенному для территории всех других Договаривающихся Сторон". В Генеральном соглашении по торговле услугами (ГАТС) 1994 г. <2> принцип наибольшего благоприятствования сформулирован как в отношении оказываемых услуг, так и в отношении поставщиков этих услуг. В ст. 2 ГАТС предусматривается обязанность государства-участника предоставить поставщикам услуг любого другого Договаривающегося государства режим, не менее благоприятный, чем тот, который это государство предоставляет для аналогичных услуг или для поставщиков услуг любой другой страны.

<1> См.: Генеральное соглашение по тарифам и торговле ГАТТ. СПб., 1994.

<2> СПС "КонсультантПлюс".

При формулировании в международном договоре принципа **национального режима** за базу сравнения берется режим деятельности, которым пользуются национальные физические или юридические лица. При этом национальный режим может быть сформулирован или как общий принцип недискриминации (в абстрактной формуле), или в конкретной формулировке, сходной с формулировкой режима наиболее благоприятствуемой нации, например как режим не менее благоприятный, чем тот, который предоставляется собственным, т.е. национальным юридическим и физическим, лицам.

Как режим недискриминации национальный режим сформулирован в ГАТТ 1995 г. применительно к торговле товарами: "Договаривающиеся Стороны признают, что внутренние сборы, законы, правила и требования, относящиеся к внутренней продаже, предложениям о продаже, покупке, перевозке, распределению или использованию товаров, а также внутренние правила количественного регулирования, требующие смешения, переработки или использования товаров в определенных количествах или долях, не должны применяться к импортным или отечественным товарам таким образом, чтобы создавать защиту для внутреннего производства" (п. 1 ст. 3).

Предоставление национального режима для сферы услуг в ГАТС имеет особенность, которая

связана с принятием государством специфических (по каждой отрасли правового регулирования) обязательств. Обязательства направлены на либерализацию **доступа на рынок соответствующего вида услуг**. Принятие таких обязательств позволяет рассматривать предусмотренный в ГАТС национальный режим как цель, которую государство достигает в результате исполнения принятых им специфических обязательств.

Особенность ГАТС как международного договора объясняется тем, что **содержанием ГАТС является не хозяйственная деятельность иностранных физических и юридических лиц, а меры регулирования этой деятельности**, принимаемые "центральными, региональными или местными правительствами или органами власти, а также неправительственными органами власти при осуществлении полномочий, делегированных им центральными, региональными или местными правительствами или органами власти" (ст. 1).

В наиболее развернутом виде национальный режим формулируется **в двусторонних соглашениях о защите инвестиций**. В двусторонних международных договорах о поощрении и взаимной защите инвестиций, которые были подписаны и ратифицированы Российской Федерацией, применяются условия определения правового режима деятельности иностранного инвестора <1>. Условие "о недискриминации" нередко дополняется указанием на то, что при этом режим должен быть не менее благоприятным, чем тот, который предоставляется:

<1> Регламент заключения международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций (утвержден Постановлением Правительства РФ от 30 сентября 2016 г. N 992) // СЗ РФ. 2016. N 41. Ст. 5836.

- "капиталовложениям собственных инвесторов" (п. 4 ст. 5 Соглашения с Испанией);
- "капиталовложениям собственных инвесторов или любого третьего государства" (п. 2 ст. 3 Договора с Болгарией);
- "капиталовложениям собственных инвесторов или любого третьего государства в зависимости от того, какой из них является более благоприятным" (п. 1 ст. 3 Соглашения с Грецией).

Правовой режим иностранного юридического лица всегда составляет предмет регулирования международных торговых договоров и соглашений. Предоставляя на условиях взаимности те или иные уступки в реализации юридическими и физическими лицами своих прав, а также договариваясь о порядке принятия мер регулирования, государства на основе международных договоров реализуют свою внешнеэкономическую политику.

Вопросы режима деятельности иностранных инвесторов, являющиеся предметом международных соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений, включают в себя не только общий принцип регулирования, например условие о предоставлении режима на основе принципа недискриминации, принципа наибольшего благоприятствования и др., но и другие вопросы, связанные с деятельностью иностранного юридического лица. К наиболее важным из них относятся:

- порядок разрешения споров между государством и иностранным инвестором (инвестиционные споры) (разд. V Регламента);
- порядок выплаты компенсации иностранному инвестору в случае экспроприации его имущества (разд. IV Регламента);
- порядок возмещения ущерба в результате войны, гражданских беспорядков и иных подобных обстоятельств (разд. IV Регламента);
- порядок перевода платежей (разд. IV Регламента).

Одним из положений международных соглашений о поощрении и защите капиталовложений, заключаемых Российской Федерацией, является условие о том, что по выбору инвестора **спор может быть передан на рассмотрение в компетентный суд или арбитраж договаривающегося государства, на территории которого осуществлены капиталовложения**. Возможность выбора, предоставляемая иностранному инвестору международным соглашением, предопределяет содержание будущего арбитражного соглашения в договорах, заключаемых иностранными инвесторами. Иностранный инвестор может предусмотреть либо арбитражный суд ad hoc, либо инвестиционный арбитраж в соответствии с международными договоренностями своего государства <1>. Достигнутое арбитражное решение будет окончательным и обязательным для обеих сторон (абз. 2 п. 46 разд. V Регламента).

<1> Инвестиционным часто именуют арбитраж, созданный в соответствии с положениями Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств, подписанной в Вашингтоне 18 марта 1965 г.

2. В российском законодательстве положение, предусматривающее предоставление иностранным юридическим лицам национального режима, содержится в ГК РФ. Так, в ст. 2 предусматривается, что правила, установленные гражданским законодательством, применяются и к отношениям с участием иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральными законами. К числу таких законов относятся Федеральный закон "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" и Федеральный закон "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности".

В соответствии со ст. 29 этого Федерального закона **национальный режим предоставляется в отношении товаров, происходящих из иностранных государств**: не допускается устанавливать дифференцированные ставки налогов и сборов, а также применять к товарам требования иные, чем те, которые применяются к товарам российского происхождения.

Федеральный закон предусматривает **предоставление национального режима услугам** (ст. 34), **а также иностранным исполнителям услуг**. К иностранным исполнителям услуг относятся иностранные лица (физические, юридические), а также организации, не являющиеся российскими лицами, которые оказывают услуги, выполняют работу.

Данный Федеральный закон формулирует национальный режим для торговли услугами как режим, который не должен быть менее благоприятным, чем режим, предоставляемый российским

исполнителям услуг или услугам, оказываемым на территории Российской Федерации. Режим считается менее благоприятным, если он изменяет условия конкуренции в пользу российских исполнителей услуг по сравнению с аналогичными иностранными или по сравнению с услугами, оказываемыми способами, указанными в п. п. 2, 4, 6, 8 ч. 1 ст. 33 <1>.

<1> В части 1 ст. 33 перечислены способы оказания услуг, из описания которых можно сделать вывод о присутствии в отношении иностранного элемента. В частности, в п. 2 ч. 1 ст. 33 говорится об услугах, осуществляемых с территории иностранного государства на территорию Российской Федерации; в п. 4 ч. 1 ст. 33 - об услугах, оказываемых на территории иностранного государства российскому заказчику услуг; в п. 6 ч. 1 ст. 33 - об услугах, осуществляемых иностранным исполнителем услуг, не имеющим коммерческого присутствия, и в п. 8 - об услугах, оказываемых иностранным исполнителем услуг, имеющим коммерческое присутствие на территории Российской Федерации.

В соответствии со ст. 4 Федерального закона "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" правовой режим деятельности иностранных инвесторов не может быть менее благоприятным, чем режим, предоставленный российским инвесторам. Федеральными законами могут быть установлены **изъятия ограничительного характера**, однако лишь в той мере, в какой они допускаются Конституцией РФ, т.е. если это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Допускаются также **изъятия стимулирующего характера** в виде льгот для иностранных инвесторов. При этом льготы могут устанавливаться законодательством Российской Федерации и в интересах социально-экономического развития страны.

Конкретные условия деятельности иностранных юридических лиц могут предусматриваться в разных правовых актах. Они содержатся, например, в Федеральном законе от 25 февраля 1999 г. N 39-ФЗ "Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений" <1>, поскольку субъектами инвестиционной деятельности могут быть также иностранные инвесторы. Они присутствуют также и в Федеральном законе от 27 ноября 1992 г. "Об организации страхового дела в Российской Федерации" (в ред. от 25 апреля 2002 г.), в котором определяются условия деятельности иностранных юридических лиц на российском страховом рынке.

<1> СЗ РФ. 1999. N 9. Ст. 1096.

Изъятия из национального режима могут касаться осуществления иностранными юридическими лицами экономической деятельности в форме филиалов и представительств. Согласно ГАТС на филиалы и представительства иностранных юридических лиц, являющиеся формой, обеспечивающей коммерческое присутствие на зарубежном рынке, не распространяются положения ГАТТ 1994 г. о национальном режиме.

В российском законодательстве филиалы и представительства иностранных юридических

лиц рассматриваются как различные формы осуществления экономической деятельности иностранными юридическими лицами, регулируемые различными правовыми актами <1>.

<1> В соответствии с ч. 3 ст. 15 Закона РФ от 7 июля 1993 г. N 5340-1 Торгово-промышленная палата РФ выдает разрешения на открытие в Российской Федерации представительств и филиалов иностранных торговых палат, смешанных торговых палат, федераций, ассоциаций и союзов предпринимателей; а также осуществляет персональную аккредитацию иностранных граждан, являющихся работниками филиалов, представительств иностранных юридических лиц, цель создания, открытия и (или) деятельность которых имеют коммерческий характер.

Создание коммерческих организаций с участием иностранного капитала как форма осуществления экономической деятельности на территории Российской Федерации регулируется нормами ГК РФ и другими федеральными законами за изъятиями, которые могут быть установлены федеральными законами в соответствии с п. 2 ст. 4 Федерального закона "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" <1>. Федеральный закон "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" <2> предусматривает, что регистрация коммерческих организаций с иностранными инвестициями осуществляется в общем порядке, определяемом этим Законом.

<1> Пункт 1 ст. 20 Федерального закона "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации".

<2> В редакции Федерального закона от 23 июня 2003 г. N 76-ФЗ // СЗ РФ. 2001 (ч. I). N 33. Ст. 3431; 2003. N 26. Ст. 2565.

В соответствии со ст. 29 Федерального закона "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности" национальный режим предоставляется в отношении товаров, происходящих из иностранных государств: не допускается устанавливать дифференцированные ставки налогов и сборов, а также применять к товарам требования иные, чем те, которые применяются к товарам российского происхождения. Закон предусматривает предоставление национального режима услугам (ст. 33), а также иностранным исполнителям услуг. К иностранным исполнителям услуг относятся иностранные лица (физические, юридические), а также организации, не являющиеся российскими лицами, которые оказывают услуги, выполняют работу (ст. 34). Закон определяет национальный режим для торговли услугами как режим, который не должен быть менее благоприятным, чем режим, предоставляемый российским исполнителям услуг или услугам, оказываемым на территории Российской Федерации. Режим считается менее благоприятным, если он изменяет условия конкуренции в пользу российских исполнителей услуг по сравнению с аналогичными иностранными или по сравнению с услугами, оказываемыми способами, указанными п. п. 2, 4, 6, 8 ч. 1 ст. 33 <1>.

<1> В части 1 ст. 33 перечислены способы оказания услуг, из описания которых можно

сделать вывод о присутствии в отношении иностранного элемента. В частности, в п. 2 ч. 1 ст. 33 говорится об услугах, осуществляемых с территории иностранного государства на территорию Российской Федерации; в п. 4 ч. 1 ст. 33 - об услугах, оказываемых на территории иностранного государства российскому заказчику услуг; в п. 6 - об услугах, осуществляемых иностранным исполнителем услуг, не имеющим коммерческого присутствия, и в п. 8 - об услугах, оказываемых иностранным исполнителем услуг путем коммерческого присутствия.

При создании самим иностранным инвестором или при его участии юридического лица на территории Российской Федерации иностранный инвестор, следуя общему порядку создания юридического лица, должен представить в Министерство по налогам и сборам, уполномоченное осуществлять государственную регистрацию юридических лиц, необходимые документы ^{<1>}. Что касается общей характеристики правового положения иностранных юридических лиц, осуществляющих свою деятельность вне правовой формы предприятия с иностранными инвестициями, то оно определяется, как и ранее, перечнем ограничений, составляющих изъятия из национального режима, предоставляемого иностранным инвесторам на территории России.

^{<1>} Постановление Правительства РФ от 17 мая 2002 г. N 319 "Об уполномоченном федеральном органе исполнительной власти, осуществляющем государственную регистрацию юридических лиц, крестьянских (фермерских) хозяйств, физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей" // Российская газета. 2002. 22 мая.

3. Важен **вопрос о сфере действия национального режима**. Понятие "национальный режим" подразумевает применение при регулировании деятельности иностранных юридических лиц норм гражданского законодательства. Распространяется ли такой режим на регулирование порядка допуска иностранных юридических лиц к деятельности на территории соответствующего государства? Рекомендации в отношении того, какова должна быть сфера действия национального режима, даны Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). В 1992 г. ОЭСР опубликовала доклад "Национальный режим для предприятий, контролируемых из-за рубежа" ^{<1>}.

^{<1>} National Treatment for Foreign Controlled Enterprises. Paris. OECD. 1993. P. 23.

В Декларации, опубликованной ОЭСР, в связи с определением термина "национальный режим" говорится, что Декларация не затрагивает право государства - члена ОЭСР регулировать иностранные инвестиции и определять условия реализации иностранными предприятиями "права на поселение", предусмотренного в ст. 52 Римского договора, т.е. условия учреждения иностранными лицами местных компаний.

В соответствии со ст. 52 Римского договора **"право на поселение"** (establishment) - это принцип, в соответствии с которым обеспечивается национальный режим и отказ от дискриминации иностранных лиц в части, касающейся **создания ими дочерних компаний и фирм, учрежденных по закону одного из государств - членов ЕС** ^{<1>}. Приведенное выше решение Европейского суда по делу "Centros" является иллюстрацией применения принципа недискриминации, содержащегося в международном договоре, при анализе норм

национального законодательства, касающихся режима деятельности иностранных компаний и фирм.

<1> См.: Юмашев Ю.М. Правовое регулирование прямых иностранных капиталовложений в ЕЭС. М., 1988. С. 46.

Если следовать выработанному в рамках ОЭСР единообразному пониманию термина "национальный режим", необходимо признать, что допуск иностранных инвестиций в страну и предоставление "права на поселение" являются формой реализации суверенных прав государства и выходят за рамки действия национального режима.

Нормы национального законодательства о допуске иностранных инвестиций, учитывая единообразное понимание термина "национальный режим" в международных документах, следует относить к изъятиям из национально-правового режима. Соответствующие изъятия могут быть установлены в национальном законодательстве об иностранных инвестициях или регулироваться в международных договорах. К ним относятся международные договоры о гарантиях и защите иностранных инвестиций, о создании экономических союзов государств, о создании зон свободной торговли или общего рынка как на двух-, так и на многосторонней основе.

4. Важную роль в процессе включения России в мировую систему международных экономических отношений играет **Соглашение о партнерстве и сотрудничестве**, подписанное Россией и Европейским союзом на острове Корфу 24 июня 1994 г. и ратифицированное 25 ноября 1996 г. <1>. По указанному Соглашению Россия приняла на себя обязательство исполнять нормы и принципы, содержащиеся в соглашениях ГАТТ/ВТО.

<1> См.: Федеральный закон от 25 ноября 1996 г. N 135-ФЗ "О ратификации Соглашения о партнерстве и сотрудничестве, учреждающего партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны" // СЗ РФ. 1996. N 49. Ст. 5494.

"Стороны предоставляют друг другу общий режим наиболее благоприятствуемой нации, описанный в п. 1 ст. 1 ГАТТ" (ст. 10 Соглашения). Исходя из принципа предоставления иностранным юридическим лицам режима наибольшего благоприятствования и национального режима, а также принципа свободной торговли и недискриминации иностранных лиц, правовое регулирование внешнеэкономической деятельности, включая деятельность иностранных юридических лиц на территории России, не должно препятствовать осуществлению торговли коммерческими организациями других государств - участников ГАТТ/ВТО.

В соответствии с Соглашением о партнерстве нормы российского законодательства, касающиеся экономической деятельности иностранных юридических лиц на территории России, следует оценивать **с учетом характера ограничений**, которые в них могут содержаться:

- установленные законом ограничения, не противоречащие международным договоренностям;

- ограничения, которые противоречат международным обязательствам Российской Федерации в части проведения экономических реформ и обеспечения свободного доступа на российский рынок.

К числу первых, **"допустимых", ограничений** можно отнести ограничения, устанавливаемые в форме установленного законом перечня отраслей, закрытых для иностранных инвестиций. К "допустимым" относятся также и ограничения, касающиеся осуществления иностранными кредитными организациями хозяйственной деятельности на территории Российской Федерации. Федеральный закон "О банках и банковской деятельности" (ст. 18) предусматривает квоту для участия иностранного капитала в банковской деятельности (т.е. в совокупном капитале кредитных организаций с иностранными инвестициями), составляющую 12%. Данное ограничение воспринимается международными экономическими организациями (МВФ, МБРР) как необходимая мера регулирования в сложившихся экономических условиях. Об этом говорит и Соглашение о партнерстве (приложение 7 "Финансовые услуги").

К числу **ограничений в банковской сфере, установленных законом и не противоречащих международным соглашениям**, относятся также ограничения, вытекающие из полномочий Центрального банка РФ регулировать валютные и кредитные отношения на территории России. Центральный банк РФ вправе по согласованию с Правительством РФ устанавливать для кредитных организаций с иностранными инвестициями и для филиалов иностранных кредитных организаций ограничения на банковские операции в качестве ответной меры по отношению к государствам, устанавливающим ограничения для российских предприятий и их филиалов. Центральный банк РФ вправе устанавливать для кредитных организаций с иностранными инвестициями ограничения в отношении обязательных нормативов, требования к порядку предоставления отчетности, утверждения состава руководства кредитных организаций, перечня банковских операций, минимального размера уставного капитала вновь регистрируемого банка и вновь регистрируемого филиала банка.

К числу **противоречащих международным договорам РФ ограничений** можно, по-видимому, отнести ограничения, установленные в связи с регулированием деятельности иностранных юридических лиц в области добычи полезных ископаемых. Россия, представляя документы о вступлении во Всемирную торговую организацию <1>, признала, что к числу ограничений, противоречащих международным обязательствам по обеспечению свободного доступа на российский рынок, относится абз. 2 п. 2 ст. 7 Федерального закона "О соглашениях о разделе продукции". Норма этого Закона, согласно которой предоставление российским юридическим лицам при прочих равных условиях преимущественного права на участие в выполнении работ по соглашению в качестве подрядчиков, поставщиков, перевозчиков или в ином качестве на основании договоров (контрактов) с инвесторами, была признана противоречащей нормам соглашений ГАТТ/ВТО о национальном режиме.

<1> WTO Working Party on the Accession of Russian Federation: WT/ACC/RUS/S/add. I of 21/11/1997.

К числу такого же рода ограничений можно отнести и норму абз. 9 п. 2 ст. 7 вышеназванного Закона, согласно которой "стороны должны предусматривать в соглашении условие, что не менее 70% технологического оборудования в стоимостном выражении для добычи полезных

ископаемых и их переработки (если это предусматривается соглашением), приобретаемого или используемого инвестором для выполнения работ по соглашению, должно быть российского происхождения. Данное положение не распространяется на использование объектов магистрального трубопроводного транспорта, строительство и приобретение которых не предусмотрено соглашением.

Основными инструментами осуществления государством внешнеэкономической политики являются принятие мер по регулированию отношений, складывающихся на национальном рынке, а также участие государства в международных договорах, предусматривающих порядок введения в действие и снятия разного рода ограничений в торговле на международных рынках товаров и услуг.

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

Ограничительные условия допуска иностранных юридических лиц к хозяйственной деятельности, согласно которым для контролируемых из-за границы предприятий действуют специальные нормы, присутствуют в той или иной форме практически во всех, в том числе и в промышленно развитых, государствах. В США они представлены "специальными мерами" ст. 1301 Закона о конкуренции и торговле 1988 г., в Канаде - Законом об инвестициях 1985 г., в Европе - законодательством о конкуренции, принятым органами ЕС на основе ст. ст. 85 и 86 Римского договора <1>. Меры, принимаемые государством по защите конкуренции в области регулирования и контроля над иностранными юридическими лицами, находятся в соответствии с нормами международного права, в частности с нормами Хартии экономических прав и обязанностей государств, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1975 г. <2>.

<1> О Регламенте Совета ЕЭС 4064/89 "О концентрациях в производстве" см., например: Правовое регулирование иностранных инвестиций в России: Сборник. М., 1995. С. 183.

<2> UN GA Res. 3281.

§ 3. Правовой режим деятельности иностраннных некоммерческих организаций

На современном этапе развития международного сотрудничества все большее значение приобретает общепользная деятельность частных лиц, не подчиненная цели извлечения прибыли <1>. Такая деятельность, как правило, осуществляется некоммерческими организациями. Их

выделяет среди прочих организаций помимо общепольных целей также и то, что в формировании капитала большую роль играет частная инициатива, выраженная чаще всего в форме пожертвования <2>.

<1> В российском законодательстве отсутствует определение того, что представляет собой общепольная деятельность. Возможно, к "общепольным целям" законодатель также относит и цели деятельности некоммерческих организаций, которые перечислены в ст. 2 Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях".

<2> В ст. 582 ГК РФ содержится определение термина "пожертвование", под которым понимается "дарение вещи или права в общепольных целях". Далее в этой статье следует перечисление лиц, которые могут получать пожертвование. К ним наряду с гражданами и органами государственной и муниципальной власти относятся и некоммерческие организации.

В российском законодательстве понятие "иностранная некоммерческая неправительственная организация" впервые появилось в Федеральном законе "О некоммерческих организациях" после внесения в него изменений Федеральным законом от 10 января 2006 г. N 18-ФЗ "О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" <1>.

<1> СЗ РФ. 2006. N 3. Ст. 282.

Под **иностранной некоммерческой неправительственной организацией** понимается "организация, не имеющая извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и не распределяющая полученную прибыль между участниками, созданная за пределами территории Российской Федерации в соответствии с законодательством иностранного государства, учредителями (участниками) которой не являются государственные органы".

Из приведенного определения следует, что российское гражданское законодательство рассматривает в качестве иностранной некоммерческой неправительственной организации любую организацию, если последняя:

- создана за пределами территории РФ по законодательству иностранного государства, т.е. ее личным законом является иностранное право;
- обладает признаками, общими для всех некоммерческих организаций по российскому гражданскому законодательству, а именно является организацией, которая не преследует цели извлечения прибыли в качестве основного вида своей деятельности и не распределяет полученную прибыль между участниками <1>;

<1> Определение "некоммерческой организации" содержится в ст. 50 ГК РФ и в п. 1 ст. 2 Федерального закона "О некоммерческих организациях".

- является частной организацией, т.е. ее учредителями (участниками) не являются государственные и муниципальные органы.

В отличие от российского законодательства в законодательстве большинства государств Европы и Северной Америки отсутствует общее определение такого рода организаций как некоммерческих организаций. В то же время в зарубежном законодательстве можно встретить сходные категории юридических лиц.

В Германии употребляются понятия "некоммерческое объединение", "фонд" как организационно-правовые формы юридических лиц гражданского права. При этом под "некоммерческим объединением" понимается "объединение, не преследующее цели осуществлять предпринимательскую деятельность, приобретающее правоспособность после внесения его в реестр объединений, который ведется в компетентном участковом суде" <1>.

<1> См.: Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению / Пер. с нем.; под ред. А.Л. Маковского. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 2.

В налоговом законодательстве США под "юридическим лицом, не преследующим цели извлечения прибыли" (nonprofit entity), понимается любая организация (независимо от того, имеет она коммерческую или некоммерческую направленность в своей деятельности), которая создана не для получения прибыли, а для достижения благотворительных, образовательных, религиозных, научных и других целей. Отличительной чертой такой организации является то, что она не распределяет доход между своими участниками, учредителями и работниками <1>.

<1> См.: Кумаритова А.А. Фандрайзинг в Соединенных Штатах Америки: юридические рекомендации для российских некоммерческих организаций. М.: Проспект, 2015. С. 6.

В законодательстве Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии для обозначения организаций, не ставящих своей целью извлечение прибыли, применяется термин "charity". Содержание его охватывает все неправительственные организации, деятельность которых направлена на достижение благотворительных целей <1>.

<1> См.: Закон о благотворительности 2011 г. (Charities Act 2011) [Электронный ресурс]. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/25/contents>.

Движение капитала в сфере благотворительности (филантропии) не ограничивается территорией национального государства. Некоммерческие организации проводят выставки на территории иностранного государства, учреждают стипендии для иностранных студентов, предоставляют гранты иностранцам и многое другое. Осуществляя такую деятельность, иностранные некоммерческие организации разумно рассчитывают на получение тех же самых налоговых преимуществ, которые предусмотрены для национальных некоммерческих организаций того государства, в котором они ведут свою деятельность.

Различия в определении понятия "некоммерческая организация", существующие в законодательствах разных государств, необходимо учитывать при решении коллизионного вопроса в отношениях с участием таких организаций. Чтобы применить соответствующий режим к деятельности некоммерческой организации, необходима предварительная квалификация этой организации как некоммерческой по российскому законодательству или как благотворительной по праву Великобритании или как организации, "не преследующей цели извлечения прибыли", по праву США.

В России иностранным некоммерческим неправительственным организациям, как и всем иностранным юридическим и физическим лицам, **предоставлен национальный режим** (ст. 2 ГК РФ). В соответствии с характером своей деятельности они могут заключать договоры, например, такие специфические, как договор о гранте <1>, договор о пожертвовании или договор об осуществлении добровольческой деятельности с гражданами, выступать в качестве учредителей коммерческих и некоммерческих организаций, а также создавать свои структурные подразделения, например, открывать отделения, представительства и филиалы на территории России.

<1> См.: Кумаритова А.А. Гранты международных и иностранных организаций: понятие, содержание и правовое регулирование // Отдельные виды обязательств в международном частном праве / Отв. ред. В.П. Звеков; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. М.: Статут, 2008. С. 217 - 246.

Федеральный закон "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" не распространяет свое действие на отношения, связанные с вложением иностранного капитала в некоммерческие организации для достижения определенной общественно полезной цели, в том числе образовательной, благотворительной, научной или религиозной <1>, поэтому к **вложению капитала в некоммерческие организации, в том числе и в форме пожертвований, применяются общие нормы ГК РФ, касающиеся деятельности юридических лиц, и нормы специального законодательства <2>**.

<1> Часть 2 ст. 1 Федерального закона "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации".

<2> См.: Федеральные законы "О некоммерческих организациях", "О благотворительной деятельности и благотворительных организациях", "Об общественных объединениях" и др.

Хотя ГК РФ прямо не называет иностранные некоммерческие неправительственные организации среди возможных получателей пожертвования (ст. 582), однако данная статья указывает, что пожертвования могут делаться и "иным некоммерческим организациям в соответствии с законом". Отсюда следует, что российское законодательство допускает для иностранных некоммерческих организаций получение пожертвования, в том числе и через свои структурные подразделения - отделения, филиалы и представительства.

Национальный режим, предоставляемый в отношении иностранных некоммерческих

неправительственных организаций, имеет некоторые специально установленные исключения (изъятия).

Можно указать, например, на поправки, внесенные в Федеральный закон "О некоммерческих организациях", касающиеся деятельности иностранных агентов <1>. В соответствии с этим актом под некоммерческой организацией, выполняющей функции **иностранного агента**, "понимается российская некоммерческая организация, которая получает денежные средства и иное имущество от иностранных государств, их государственных органов, международных и иностранных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства либо уполномоченных ими лиц и (или) от российских юридических лиц, получающих денежные средства и иное имущество от указанных источников (за исключением открытых акционерных обществ с государственным участием и их дочерних обществ) (далее - иностранные источники), и которая участвует, в том числе в интересах иностранных источников, в политической деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации". Указанный Закон устанавливает формы политической деятельности таких организаций, предусматривает особенности их деятельности и предоставления отчетности.

<1> См.: Федеральный закон от 2 июня 2016 г. N 179-ФЗ "О внесении изменений в статью 8 Федерального закона "Об общественных объединениях" и статью 2 Федерального закона "О некоммерческих организациях" // СЗ РФ. 2016. N 23. Ст. 3303.

К исключениям (изъятиям) из принципа предоставления иностранным некоммерческим организациям национального режима можно отнести и признание нежелательной на территории РФ деятельности иностранной или международной неправительственной организации, представляющей угрозу основам конституционного строя РФ, обороноспособности страны или безопасности государства <1>. Последствиями признания деятельности иностранной некоммерческой организации нежелательной на территории РФ является полный запрет на вхождение лиц, занимающих государственные и муниципальные должности <2>, в состав органов управления, попечительских (наблюдательных) советов и иных органов иностранных некоммерческих организаций, а также действующих на территории РФ их структурных подразделений.

<1> См.: Федеральный закон от 28 декабря 2012 г. N 272-ФЗ "О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации" // СЗ РФ. 2012. N 53 (ч. I). Ст. 7597.

<2> Например, члены Совета Федерации ФС РФ, депутаты Государственной Думы ФС РФ, федеральные судьи и т.д., а также Главный государственный инспектор, Государственный налоговый инспектор, Торговый представитель РФ, прокурорские работники и т.д. См.: Федеральный конституционный закон от 17 декабря 1997 г. N 2-ФКЗ "О Правительстве Российской Федерации" // СЗ РФ. 1997. N 51. Ст. 5712; Федеральный закон от 8 мая 1994 г. N 3-ФЗ "О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации" // СЗ РФ. 1999. N 28. Ст. 3466; Закон РФ от 26 июня 1992 г. N 3132-1 "О статусе судей в Российской Федерации" // Российская газета. 1992. N 170; Федеральный закон от 27 июля 2004 г. N 79-ФЗ "О государственной гражданской службе Российской Федерации" // СЗ РФ. 2004. N 30. Ст. 3182.

Федерации" // СЗ РФ. 2004. N 31. Ст. 3215; Федеральный закон от 2 марта 2007 г. N 25-ФЗ "О муниципальной службе в Российской Федерации" // СЗ РФ. 2007. N 10. Ст. 1152; и т.д.

Такие исключения (изъятия) из национального режима деятельности иностранных некоммерческих организаций обусловлены прежде всего необходимостью обеспечить защиту основ конституционного строя, иметь полное представление об источниках иностранного финансирования национальных некоммерческих организаций, а также создать условия открытости и прозрачности деятельности иностранных некоммерческих организаций на территории РФ. Именно этим объясняется усиление контроля за иностранными некоммерческими организациями со стороны государства, установление в отношении их "критерия контроля" за их деятельностью.

Правовой режим деятельности иностранных некоммерческих неправительственных организаций включает в себя регулирование порядка создания их структурных подразделений на территории Российской Федерации, установление режима налогообложения, особых требований к отчетности, требования валютного регулирования.

Для осуществления общепольной деятельности на территории РФ иностранные некоммерческие неправительственные организации могут открывать свои **структурные подразделения - отделения, филиалы и представительства**. Однако для таких подразделений установлены свои особенности регулирования.

В соответствии с п. 5 ст. 2 Федерального закона "О некоммерческих организациях" отделение иностранной некоммерческой неправительственной организации "признается формой некоммерческих организаций и подлежит государственной регистрации в порядке, предусмотренном статьей 13.1 данного Федерального закона. Филиалы и представительства иностранной некоммерческой неправительственной организации "приобретают правоспособность на территории Российской Федерации со дня внесения в реестр филиалов и представительств международных организаций и иностранных некоммерческих неправительственных организаций сведений о соответствующем структурном подразделении в порядке, предусмотренном статьей 13.2 данного Федерального закона.

Следует напомнить, что в соответствии с п. п. 1 и 2 ст. 55 ГК РФ филиал и представительства являются хотя и обособленными, но всего лишь подразделениями юридического лица. Обособленность данных подразделений в организационной структуре юридического лица и их расположение вне места его нахождения не предполагает наделение филиала и представительства правами юридического лица. Вопросы правоспособности и представления отчетности, соответственно, решаются применительно к юридическому лицу, а не только к его филиалу или представительству.

Согласно ст. 55 ГК РФ отличие филиала от представительства состоит в объеме осуществляемой ими деятельности. Филиал выполняет функции юридического лица или их часть, в то время как представительство лишь представляет интересы юридического лица и осуществляет их защиту. Ни филиал, ни представительство не являются юридическими лицами. Руководители представительств и филиалов назначаются юридическим лицом и действуют на основании его доверенности.

Для иностранных некоммерческих организаций особое значение имеют **требования валютного законодательства**. Учитывая, что эти организации не попадают в сферу действия

Федерального закона "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации", контроль за движением капитала в этой области полностью возложен на валютное регулирование.

В соответствии с Федеральным законом "О валютном регулировании и валютном контроле" иностранные некоммерческие неправительственные организации, их структурные подразделения признаются в России нерезидентами (подп. 7 п. 1 ст. 1). По общему правилу валютные операции между резидентами и нерезидентами осуществляются без ограничений, за исключением валютных операций, в отношении которых ограничения устанавливаются в целях предотвращения существенного сокращения золотовалютных резервов, резких колебаний курса валюты Российской Федерации, а также для поддержания устойчивости платежного баланса Российской Федерации.

Для некоммерческих организаций характерен такой способ привлечения средств, как **публичный сбор пожертвований**, в том числе от физических лиц, через ящики-копилки. Иностранные некоммерческие неправительственные организации, их структурные подразделения не могут осуществлять сбор частных пожертвований через ящики-копилки на территории РФ. В соответствии с п. 3 ст. 14 Федерального закона "О валютном регулировании и валютном контроле" такие действия признаются валютной операцией. Физическое лицо - резидент может сделать пожертвование в адрес юридического лица - нерезидента (имеются в виду структурные подразделения иностранных некоммерческих неправительственных организаций) только через свой личный банковский счет.

В целях **предотвращения злоупотреблений** в сфере валютно-денежного обращения (например, отмывание доходов, полученных преступным путем) <1> российским банкам запрещается открывать анонимные счета. В случае если пожертвование получено из-за границы в размере, равном или превышающем 600 тыс. руб. со счета (вклада), открытого на анонимного владельца, такая операция по перечислению денежных средств подлежит обязательному контролю со стороны Федеральной службы по финансовому мониторингу. Существуют и другие виды контроля.

<1> См.: Федеральный закон от 7 августа 2001 г. N 115-ФЗ "О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма" (п. 5 ст. 7) // СЗ РФ. 2001. N 33 (ч. I). Ст. 3418.

Контрольные вопросы

1. Как определяется национальность юридического лица?
 2. Что означают понятия "национальность", "личный статус", "правовой статус" юридического лица?
 3. На базе каких принципов определяется правовое положение иностранных юридических лиц? Как определяется правовой статус транснациональной корпорации, международной организации?
 4. Какие международные договоры регулируют правовое положение иностранных
-

юридических лиц?

5. Каковы особенности правового режима деятельности иностранных юридических лиц в Российской Федерации?

6. Каковы особенности правового режима деятельности иностранных некоммерческих неправительственных организаций?

Рекомендуемая литература

1. Асосков А.В. Личный закон юридического лица: Комментарий к статье 1202 Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник гражданского права. 2016. N 2.

2. Доронина Н.Г., Казанцев Н.М., Семилютин Н.Г. Правовое регулирование экономических отношений: глобальное, национальное, региональное. М.: Норма, 2017.

3. Кумаритова А.А. Фандрайзинг в Соединенных Штатах Америки: юридические рекомендации для российских некоммерческих организаций. М.: Проспект, 2015.

4. Звеков В.П. Международное частное право: Курс лекций. М.: Норма; Инфра-М, 1999. Гл. 7, 8.

5. Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3-х т. М.: Спарк, 2002. Т. 2. Гл. II.

6. Лунц Л.А. Многонациональные предприятия капиталистических стран в аспекте международного частного права // Советское государство и право. 1976. N 5.

7. Кумаритова А.А. Гранты международных и иностранных организаций: понятие, содержание и правовое регулирование // Отдельные виды обязательств в международном частном праве / Отв. ред. В.П. Звеков. М.: Статут, 2008. Гл. 6.

Глава 7. УЧАСТИЕ ГОСУДАРСТВА В ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ, ОСЛОЖНЕННЫХ ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ

§ 1. Понятие иммунитета государства

Иммуниет государства предполагает, **что ни одно государство не может осуществлять свою власть в отношении другого государства**, его органов и его собственности. С давних времен это положение выражалось латинской формулой **par in parem non habet imperium** (равный над равным не имеет власти). Иммунитет иностранного государства можно определить двояко. С одной стороны, это право государства не подчиняться юрисдикции другого государства, т.е. право на неприменение к нему каких-либо принудительных мер судебных, административных и иных органов другого государства. С другой стороны, это отказ государства от своей территориальной юрисдикции относительно действий и собственности иностранного государства, т.е. отказ от применения каких-либо принудительных мер со стороны судебных, административных и иных органов.

С развитием международного гражданского оборота расширяется сфера участия государства

в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом. Государства могут заключать с иностранными юридическими лицами договоры о поставке товаров, предоставлении услуг, выполнении подрядных работ и другие договоры. Они могут заключать кредитные договоры с иностранными банками. Государство может предоставить гарантии относительно сделок, заключенных его юридическими лицами. Государство является стороной концессионных договоров при предоставлении концессий иностранным инвесторам, оно совершает сделки о приобретении земельных участков за рубежом, заключает подрядные договоры о строительстве зданий посольств, договоры аренды зданий, помещений.

Во всех этих случаях государство выступает как **особый субъект гражданского права**. Эта концепция отражена в российском праве, в частности в ст. ст. 124 - 127 ГК РФ. Согласно ст. 124 ГК РФ Российская Федерация, ее субъекты выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений: гражданами и юридическими лицами. Статья 1204 ГК РФ в разделе, посвященном международному частному праву, предусматривает, что его правила применяются на общих основаниях к осложненным иностранным элементом гражданско-правовым отношениям с участием государства, если иное не установлено законом РФ. В этой норме имеется в виду и иностранное государство. Возникают вопросы: можно ли предъявить иностранному государству иск, если оно не выполнило своих обязательств по гражданско-правовому договору? Обладает ли иностранное государство судебным иммунитетом?

В доктрине международного права существует две теории относительно иммунитета иностранного государства: **теория абсолютного иммунитета и теория функционального (ограниченного) иммунитета** <1>.

<1> В доктрине было высказано мнение о том, что существует еще и теория "ограниченного" иммунитета. По мнению Г.К. Дмитриевой, теория функционального иммунитета ограничивает иммунитет государства на основании общего принципа (критерия): деления деятельности государства на суверенно-властную и частную. А теория ограниченного иммунитета не использует никаких формальных критериев, а лишь формулирует перечень конкретных случаев, когда государство не пользуется иммунитетом в соответствии с нормами международных договоров. См.: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2003. С. 269.

Теория абсолютного иммунитета исходит из того, что иммунитет государства вытекает из принципа суверенного равенства государств. Именно поэтому иностранное государство на территории другого государства пользуется иммунитетом. При этом в теории и практике различают три вида иммунитета: судебный иммунитет, иммунитет от предварительных мер и иммунитет от исполнительных действий.

Судебный иммунитет означает, что иски к иностранному государству не могут рассматриваться без его согласия в судах другого государства. **Иммунитет от предварительных мер** предполагает, что в порядке обеспечения иска имущество иностранного государства не может быть подвергнуто обеспечительным мерам со стороны другого государства. **Иммунитет от исполнительных действий** означает недопустимость обращения мер принудительного исполнения на имущество иностранного государства без его согласия.

Абсолютный иммунитет в качестве обычной нормы международного права появился уже в средние века. Первый случай признания абсолютного иммунитета относится к 1668 г., когда иностранный суд признал недопустимость ареста трех испанских военных судов, которые были задержаны в связи с задолженностью испанского короля <1>. В течение XIX в. в странах общего права сложилась система прецедентов, в которых обосновывалась теория абсолютного иммунитета государства.

<1> См.: Богуславский М.М. Иммунитет государства. М., 1962. С. 25, 26.

Согласно теории **функционального иммунитета** иностранное государство пользуется иммунитетом только тогда, когда оно совершает суверенные действия. Если же иностранное государство совершает действия коммерческого характера: заключает внешнеторговые сделки, эксплуатирует торговый флот, то оно не пользуется иммунитетом. Иными словами, если государство ставит себя в положение торговца, частного лица, к нему могут предъявляться иски, а на его собственность распространяются принудительные меры.

Впервые теория функционального иммунитета была сформулирована в 1891 г. в проекте Регламента Института международного права "О компетенции судов в делах против иностранных государств и государей". Этот проект, в частности, предусматривал, что против иностранного государства допускаются иски, если они предъявлены к какому-либо торговому или промышленному предприятию, которое принадлежит иностранному государству <1>. "Второе рождение" данной теории произошло после возникновения Советского государства, в котором была введена государственная монополия внешней торговли, по существу, любая предпринимательская деятельность в сфере внешней торговли осуществлялась государством. "Третье рождение" теории функционального иммунитета приходится на период 70 - 80 гг. XX в., когда в целом ряде стран были изданы законы, ограничивающие иммунитет иностранного государства. Законодательство этих стран исходит из того, что необходимо защищать интересы физических и юридических лиц, которые вступают в частноправовые отношения с иностранным государством. Цель принятия этих законов - в предоставлении таким лицам судебной защиты для того, чтобы иностранное государство не могло пользоваться привилегиями на основании иммунитета.

<1> См.: Камаровский Л. О съезде Института международного права в Гамбурге в 1891 г. // Юридический вестник. 1892. Т. XII. Кн. 4; М., 1892. С. 596 - 600.

Важную роль в распространении теории функционального иммунитета сыграла растущая задолженность развивающихся стран, так как их кредиторы стремятся обеспечить соблюдение соглашений о займах, оградить свои интересы в случае отказа от уплаты долгов. Кроме того, вкладывая капиталы в национальную экономику развивающихся стран, иностранные инвесторы стремятся защитить свою собственность от возможной национализации.

Принцип иммунитета иностранного государства является общепризнанным принципом современного международного права, так как и государства, применяющие теорию функционального иммунитета, и государства, придерживающиеся теории абсолютного

иммунитета, признают его в качестве такового. Этот принцип базируется на обычной норме международного права и имеет диспозитивный характер.

§ 2. Законодательство и судебная практика зарубежных стран об иммунитете иностранного государства

В 70-х гг. XX в. в ряде зарубежных стран (Австралии, Великобритании, Канаде, Пакистане, Сингапуре, США, ЮАР) были приняты законодательные акты, основанные на теории ограниченного иммунитета государства. В некоторых странах (Австрии, Бельгии, Греции, Дании, Норвегии, Финляндии, ФРГ, Франции, Швейцарии), где специальное законодательство об иммунитете иностранного государства отсутствует, теории функционального иммунитета государства придерживается судебная практика.

Все законодательные акты, посвященные иммунитету иностранного государства, содержат норму о предоставлении иностранному государству иммунитета. Более того, законы Великобритании, Канады, Пакистана, Сингапура закрепляют обязанность суда предоставить иностранному государству иммунитет, даже если оно не участвует в разбирательстве.

Иностранное государство не пользуется иммунитетом, если оно подчинилось юрисдикции судов другого государства. Такое подчинение возможно в виде отказа от иммунитета. Отказ может быть выражен в форме соглашения. Заключение иностранным государством соглашения, в котором определяется подлежащее применению иностранное право, не означает его отказа от иммунитета. Иными словами, выбор права не означает отказ от иммунитета. Именно так это изложено в законах Великобритании, Пакистана, Австралии.

В законах США и Канады подобных положений нет. Закон США (п. "а" § 1605) устанавливает, что иностранное государство может отказаться от иммунитета прямо или косвенно. Четкие положения, определяющие случаи косвенного отказа от иммунитета, содержат законы Великобритании, Канады, Пакистана, Сингапура, Канады, Австралии. Предполагается, что иностранное государство подчинилось юрисдикции:

- 1) если оно возбудило разбирательство;
- 2) если оно вступило в дело или предприняло меры в отношении разбирательства.

При этом, если иностранное государство вступило в дело или предприняло меры в отношении дела только для того, чтобы потребовать предоставления иммунитета, не считается, что оно подчинилось юрисдикции суда. Иной позиции придерживается закон США, в соответствии с которым факт появления иностранного государства перед судом означает, что оно признало юрисдикцию судов США по конкретному делу. Поэтому иностранному государству, к которому был предъявлен иск в судах США, следует обращаться к процедуре так называемого специального обращения в суд (**special appearance**), которая означает согласие на подчинение юрисдикции суда для единственной цели - защиты юрисдикционного иммунитета. К этой процедуре обращался Советский Союз в деле о "царских займах" (1987 г.), которое было возбуждено по иску фирмы "Карл Маркс энд Ко." и еще двумя физическими лицами к СССР <1>.

<1> См.: Белов А.П. Международное предпринимательское право. М., 2001. С. 318, 319.

Согласно законам Сингапура, Великобритании, США, Пакистана заключение иностранным государством соглашения о подчинении спора международному коммерческому арбитражу означает, что оно не пользуется иммунитетом в разбирательствах относительно осуществления государством надзорных функций, например относительно отмены арбитражных решений.

Признание за отдельным субъектом статуса "иностранного государства" является необходимой предпосылкой для признания его иммунитета. Законы по-разному подходят к решению вопроса о том, что представляет собой иностранное государство. Как правило, закрепленное в национальных законах понятие иностранного государства охватывает главу государства, правительство, агентство, учреждение иностранного государства. Закон США уточняет, что под агентством понимается государственное образование, которое является самостоятельным юридическим лицом, корпорацией, органом государства или его политическим подразделением, большинство акций которого или иным образом заявленной собственности принадлежит иностранному государству. В деле по иску Есенина-Вольпина к ТАСС и Агентству Печати Новости (АПН) (1978 г.) американский суд пришел к выводу, что АПН представляет собой "иностранное государство" по смыслу закона 1976 г., так как большинство собственности АПН принадлежало Советскому государству <1>.

<1> См.: Materials on jurisdictional immunities of states and their property. New York, 1982. P. 470.

Если иностранное государство ведет **торговую деятельность**, заключает торговые сделки, оно, как это следует из приведенных законов, не пользуется иммунитетом. Определение торговой деятельности имеет важное значение, так как, даже признав за какой-либо спорящей стороной статус "иностранного государства", суд откажет ей в предоставлении иммунитета, если иностранное государство ведет торговую деятельность.

Законодательство иностранных государств по-разному подходит к определению понятия "торговая деятельность", "торговая сделка". Законодательные акты Великобритании, Пакистана, Сингапура содержат только перечень видов сделок, совершение которых может привести к утрате государством иммунитета, а само определение торговой деятельности в них отсутствует. Законы этих стран под торговой сделкой понимают:

- 1) контракты о поставке товаров или предоставлении услуг;
- 2) договоры займа или другие сделки финансового характера, гарантии и поручительства;
- 3) сделки или деятельность торгового, промышленного, профессионального или подобного характера, в которую государство вступает или с которой государство связано иным образом, чем при осуществлении суверенных функций.

В Канаде и США торговая деятельность определяется лишь в самом общем виде. Так, согласно закону Канады "торговая деятельность" означает любую сделку, акт либо регулярное ведение деятельности, которые по своей природе имеют торговый характер. Предусматривается,

что суды при определении характера деятельности иностранного государства должны принимать во внимание природу этой деятельности, отдельной сделки, а не ее цель.

В качестве примера можно привести дело американской компании MOL Inc. v. The People's Republic of Bangladesh, которое было рассмотрено апелляционным судом США в 1984 г. Обстоятельства таковы: компания MOL и правительство Республики Бангладеш заключили лицензионное соглашение сроком на 10 лет. Это соглашение предоставило компании MOL право отлавливать и экспортировать обезьян резус макак из Бангладеш. Оно также определило количество обезьян, которое компания могла отлавливать. Соглашением устанавливалось, что обезьяны могли использоваться только в медицинских целях. Так как компания MOL использовала обезьян не по назначению, Бангладеш расторгла соглашение. В связи с этим компания предъявила иск в американский суд. Апелляционный суд постановил, что отмена лицензионного соглашения была суверенным актом, поскольку заключенное соглашение затрагивало право Республики Бангладеш регулировать естественные ресурсы. Апелляционный суд предоставил Бангладеш иммунитет. Это решение было отменено Верховным судом США на том основании, что апелляционный суд принял во внимание не природу сделки, а ее цель <1>.

<1> См.: Feldman M.B. The United States foreign immunities Act of 1976 in perspective: a founder's view // International and Comparative Law. Quarterly. Vol. 35. N 1 - 2. 1986. P. 310, 311.

Хотя в законах Пакистана, Великобритании, Сингапура подобной нормы нет, на практике суды и этих стран применяют критерий природы сделки. Примером может служить рассмотренное судами Великобритании дело I Congresso del Partido (1979 г.) <1>.

<1> См.: Materials on jurisdictional immunities. Op. cit. P. 453 - 468.

Суды стран, в которых отсутствует законодательство об иммунитете, также исследуют характер деятельности, осуществляемой иностранным государством. Так, в деле французской компании Euroquipment S.A. v. Корпорации Республики Кот Д'Ивуар французский суд исследовал природу деятельности государственной корпорации. В решении от 7 февраля 1991 г. суд постановил, что ответчик - Корпорация Республики Кот-д'Ивуар предоставила в аренду помещения французской компании для ведения предпринимательской деятельности. Эта деятельность регулируется частным правом, и на нее не распространяется юрисдикционный иммунитет. Суд не признал иммунитет Корпорации Республики Кот-д'Ивуар, несмотря на то что ответчик расторг договор аренды по прямому указанию президента своей республики <1>.

<1> См.: Donner R. Some recent Case Law Concerning State Immunity before National courts // Finish Yearbook of International Law. 1994. Vol. 5. P. 403.

Законы зарубежных стран предусматривают **и другие требования**, относительно которых иностранное государство не пользуется иммунитетом. Так, при соблюдении определенных условий иммунитет иностранному государству не предоставляется в отношении споров,

связанных с контрактом о найме на работу, причинением вреда здоровью, утратой или повреждением имущества, споров, связанных с интеллектуальной собственностью, участием государства в корпорациях, споров относительно торговых судов.

Еще до введения соответствующих поправок к закону США на практике американские суды не предоставляли иностранному государству иммунитет в отношении разбирательств, связанных с трудовыми спорами. В деле *Segni v. Commercial Office of Spain* (1987 г.) апелляционный суд США отказал ответчику - Торговому представительству Испании в предоставлении иммунитета. Спор возник из контракта о найме на работу, который Торговое представительство заключило с гражданином Аргентины, имевшим постоянное место жительства в США. Контракт предусматривал, что в обязанности работника входило распространение испанских вин на Среднем Западе. Так как Торгпредство досрочно расторгло контракт, гражданин Аргентины обратился с иском в американский суд. Апелляционный суд постановил, что работу, которая выполнялась истцом, можно квалифицировать как предоставление услуг, т.е. осуществление деятельности, которая по своей природе является торговой. Поэтому апелляционный суд не признал иммунитет за Торговым представительством Испании.

От судебного иммунитета законодательство иностранных государств отличает иммунитет от предварительных мер и исполнительных действий. В соответствии с законами Великобритании, Пакистана, Австралии, Канады согласие иностранного государства подчиниться юрисдикции иностранных судов не считается согласием на применение предварительных мер и исполнительных действий. Иными словами, отказ от судебного иммунитета не считается отказом от иммунитетов от предварительных мер и исполнительных действий.

Например, в деле *Ipitrade International v. Federal Republic of Nigeria* (1978 г.) заявитель добивался приведения в исполнение арбитражного решения, которое было вынесено арбитражем Международной торговой палаты в Париже. Рассматривая дело, американский суд установил, что арбитражное решение подлежит исполнению согласно Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г., в которой участвуют, в частности, Франция, Нигерия, США. Суд учел, что согласно закону США иммунитет не предоставляется, если иностранное государство прямо или косвенно отказалось от него, и пришел к выводу, что отказ от судебного иммунитета в силу заключенного арбитражного соглашения представляет собой и отказ от иммунитета от исполнительных действий. Был издан приказ об исполнении арбитражного решения <1>.

<1> См.: *Materials on jurisdictional immunities*. P. 476, 477.

Согласно законам Великобритании, Пакистана, Сингапура, США, Канады, Австралии иммунитет от исполнительных действий иностранному государству не предоставляется в отношении собственности, которая используется в торговых целях.

В странах, где не было издано законодательства об иммунитете государства, но судебная практика которых применяет положения теории функционального иммунитета, иностранному государству также не предоставляется иммунитет от предварительных мер и исполнительных действий, если его собственность используется в торговых целях.

Например, во Франции Кассационный суд рассмотрел дело Eurodif v. Iran (1984 г.). Обстоятельства дела таковы: компания Eurodif заключила с Ираном соглашение о создании совместной программы по производству обогащенного урана. В силу этого соглашения Иран приобретал право на получение 10% обогащенного урана. Так как Иран досрочно расторг соглашение, компания Eurodif предъявила в арбитраж Международной торговой палаты в Париже иск о возмещении ущерба вследствие расторжения договора. Истец потребовал наложения ареста на банковские счета французского государственного агентства, с которым Иран заключил договор займа для финансирования проекта по производству обогащенного урана. Кассационный суд выдал приказ о наложении ареста и указал, что денежные фонды иностранного государства, из которых оплачивалась совместная программа по обогащению урана, использовались в торговой и экономической деятельности. Суд пришел к выводу, что такой собственности иммунитет от ареста не предоставляется <1>.

<1> См.: Fox H. Enforcement Jurisdictional, Foreign State Property and Diplomatic Immunity // Internatioanl and Comparative Law. Quarterly. Vol. 34. N 1. London, 1985. P. 139, 140.

Вместе с тем существуют **виды собственности иностранного государства**, которым предоставляется полный иммунитет от предварительных мер и исполнительных действий. По законодательству ряда стран (Великобритании, Пакистана и др.) такой иммунитет предоставляется собственности иностранного государства, которая используется или предназначена для использования:

1) для нужд консульского и дипломатического представительства;

2) в связи с военной деятельностью или является военной по своей природе, либо находится под контролем военных властей (законы США, Канады, Австралии).

В некоторых странах иммунитет от предварительных мер и исполнительных действий предоставляется (в определенных пределах) собственности центральных банков иностранных государств. Так, закон США вводит презумпцию: имуществу иностранного центрального банка, которым он пользуется для удовлетворения собственных нужд, предоставляется иммунитет от предварительных мер и исполнительных действий при условии, что центральный банк иностранного государства не отказался от иммунитета. В то же время, например, в ФРГ, законодательство которой не содержит на этот счет указаний, Федеральный Конституционный суд в деле Non-Resident Petitioner v. Central Bank of Nigeria <1> (1975 г.) издал приказ о наложении ареста на счета центрального банка Нигерии в связи с тем, что собственность банка использовалась в торговых целях. Иными словами, суд не признал иммунитет за собственностью центрального банка иностранного государства.

<1> См.: Materials on Jurisdiction immunities. P. 290 - 293.

Таким образом, несмотря на некоторые особенности законодательных актов различных стран, базирующихся на теории функционального иммунитета, все они в принципе разрешают применение предварительных мер и исполнительных действий в отношении собственности

иностранного государства, но определяют виды собственности, которые пользуются полным иммунитетом от предварительных мер и исполнительных действий. К таким видам собственности, как отмечалось, относится собственность, используемая в дипломатических и консульских целях, в военных целях.

Важная роль в применении теории функционального иммунитета отводится суду, так как именно **суд является органом, в компетенцию которого входит решение вопроса о том, пользуется ли сторона иммунитетом**. Однако страны, в которых были приняты законы об иммунитете, органы исполнительной власти продолжают в различной степени участвовать в решении вопроса о предоставлении иммунитета. Теперь органы исполнительной власти выдают заключения, удостоверяющие, что конкретная спорящая сторона является иностранным государством, толкующие положения законов об иммунитете, устанавливающие взаимность. Это право исполнительной власти закреплено в законах Австралии, Великобритании, Канады, Пакистана, Сингапура. В законе США отсутствуют подобные нормы. Однако и там органы исполнительной власти оказывают влияние на деятельность судов. Мнение Государственного департамента (инициатива получения такого заключения может исходить как от исполнительной власти, так и от суда) рассматривается судом в качестве "дружеского совета". Но, по существу, оно обязательно для суда. Целесообразность такого вмешательства доктрина обосновывает ссылками на интересы внешней политики. В странах, в которых не были изданы законы об иммунитете государства, вопрос о предоставлении иммунитета иностранному государству также относится к компетенции суда. На практике органы исполнительной власти пытаются оказывать влияние на суды. Суды относятся к этому негативно. В Австрии, Германии, Италии органы исполнительной власти полностью отстранены от решения вопроса о предоставлении иммунитета иностранному государству.

§ 3. Международно-правовые кодификации по вопросам иммунитета государства

О широком распространении теории функционального иммунитета свидетельствует и то, что существуют международные договоры, положения которых основаны на этой теории. К числу таких договоров относятся **Брюссельская конвенция для унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных торговых судов** от 10 апреля 1926 г. и **Дополнительный протокол к ней** от 24 мая 1934 г. <1>. По существу, Брюссельская конвенция 1926 г. приравнивает режим государственных торговых судов и грузов, принадлежащих этим государствам, к режиму торговых судов и грузов, находящихся в собственности юридических и физических лиц. Она допускает арест государственных торговых судов и обращение на них взыскания. Для определения судов, к которым Брюссельская конвенция не применяется, в ней (ст. 3) использовано два способа: во-первых, установлен общий критерий: осуществление государственными торговыми судами некоммерческой службы; во-вторых, включен перечень категорий судов, изъятый из сферы ее действия. В этот перечень входят военные, патрульные, санитарные, вспомогательные, снабженческие суда, государственные яхты. Указанные суда не подлежат конфискации, аресту или задержанию.

<1> См.: Materials on jurisdictional immunities of states and their property. New York: United Nations, 1982. P. 173 - 175.

24 мая 1934 г. Брюссельская конвенция была дополнена Протоколом, который устранил некоторые неточности и пробелы, имевшиеся в ней. В частности, Протокол (ст. 1) предоставил иммунитет зафрахтованным государством на время и на рейс судам, которые используются исключительно на правительственной некоммерческой службе.

Брюссельскую конвенцию 1926 г. до Второй мировой войны ратифицировали Бразилия, Бельгия, Германия, Голландия, Италия, Мексика, Норвегия, Португалия, Чили, Швеция. В 1951 г. к ней присоединилась Греция, а в 1955 г. ее ратифицировала Франция. В 1953 г. Польша денонсировала указанную Конвенцию, но впоследствии вновь к ней присоединилась. Всего в Брюссельской конвенции участвуют более 20 государств.

К многосторонним международным договорам, положения которых основаны на теории функционального иммунитета, относится и **Европейская конвенция об иммунитете государств**. Она была заключена странами Европы 16 мая 1972 г. и содержит нормы, которые условно можно разделить на следующие группы:

- 1) определяющие форму и условия отказа иностранного государства от иммунитета в судах другого государства-участника;
- 2) устанавливающие виды требований и разбирательств, в отношении которых иммунитет иностранному государству не предоставляется;
- 3) процессуальные нормы, в частности, регламентирующие порядок вручения судебных документов;
- 4) нормы, регулирующие исполнение судебных решений;
- 5) нормы факультативного характера.

Особенность Конвенции состоит в том, что в ней не только разрешены вопросы юрисдикционного иммунитета, но и урегулированы проблемы признания и исполнения судебных решений, вынесенных против иностранного государства. Конвенция не распространяется на разбирательства относительно социального обеспечения, возмещения ядерного ущерба или вреда, таможенных обязательств, налоговых или уголовных взысканий, разбирательств, связанных с управлением государственными морскими судами.

Согласно Конвенции иностранное государство **не пользуется иммунитетом в двух случаях**: во-первых, когда оно отказалось от иммунитета; во-вторых, если его деятельность или сделки охватываются перечнем случаев, в силу которых иммунитет не предоставляется.

Конвенция (ст. ст. 1 - 3) регламентирует **формы отказа** иностранного государства от иммунитета. Такой отказ может быть явным или подразумеваемым. Явный отказ может иметь форму:

- 1) международного договора;
 - 2) ясно выраженного условия, содержащегося в контракте, который был заключен в
-

письменной форме;

3) явного согласия, которое было дано после возникновения спора.

Конвенция регламентирует и формы подразумеваемого отказа от иммунитета. К ним относятся:

1) предъявление иностранным государством иска или вступление в разбирательство в суде другого государства-участника;

2) предъявление иностранным государством основного иска в суде другого государства-участника (это влечет непризнание за ним иммунитета в отношении встречного иска);

3) предъявление иностранным государством встречного иска в суде другого государства-участника;

4) принятие иностранным государством каких-либо мер в отношении существа разбирательства.

Конвенция устанавливает перечень случаев, когда иностранное государство **не пользуется иммунитетом в силу проводимой им деятельности или заключенной сделки**. Она предусматривает, что судебный иммунитет иностранному государству (при соблюдении ряда требований) не предоставляется в отношении разбирательств:

1) связанных с контрактами о найме на работу;

2) относительно обязательств, возникающих из контрактов, которые подлежат исполнению на территории государства суда;

3) связанных с участием государства в компаниях и иных юридических лицах, имеющих местонахождение на территории государства суда;

4) связанных с производственной, торговой и финансовой деятельностью, которую государство осуществляет через свое агентство или учреждение;

5) в отношении патентов, промышленных образцов, товарных знаков, недвижимости, находящейся на территории государства суда;

6) касающихся имущества, право на которое возникло у государства в результате наследования;

7) вытекающих из возмещения вреда или ущерба.

В Конвенции содержатся нормы, регламентирующие **порядок вручения судебных повесток и заочных судебных решений**. Такие документы вручаются министру иностранных дел государства, против которого было возбуждено разбирательство или было вынесено судебное решение.

Конвенция отделяет судебный иммунитет от иммунитетов от предварительных мер и

исполнительных действий. Из этого следует, что **отказ иностранного государства от судебного иммунитета не означает его отказа от иммунитетов от предварительных мер и исполнительных действий**. Предусматривается (ст. 23), что никакие предварительные меры или исполнительные действия не могут быть предприняты в отношении собственности другого государства-участника, за исключением случая, когда это государство ясно согласилось в письменной форме в каждом отдельном случае на применение таких мер. Это означает, что заинтересованная сторона не вправе требовать ареста или обращения судебного взыскания на имущество государства-ответчика от суда государства, на территории которого это имущество находится.

Государство, против которого было вынесено решение, обязано, согласно Конвенции, его исполнить. Такое **государство вправе не исполнять вынесенное против него решение лишь в строго ограниченных случаях**:

- 1) если решение противоречит публичному порядку страны исполнения;
- 2) если разбирательство между теми же сторонами по тому же основанию:
 - а) имеется в производстве суда этого государства и возбуждено первым;
 - б) находится в производстве суда другого участника Европейской конвенции и было возбуждено там первым;
- 3) если не были соблюдены требования о вручении судебных повесток, государство не явилось в суд и не подало апелляцию на заочное судебное решение.

Если государство не исполняет судебное решение, сторона, добивающаяся его исполнения, вправе обратиться в суд государства, против которого было вынесено решение. Этот суд должен определить, подлежит ли исполнению вынесенное против государства решение. При ратификации, утверждении или присоединении к Конвенции государство-участник должно указать такие компетентные суды. Иными словами, важная особенность данной Конвенции состоит в том, что для принудительного исполнения судебного решения, вынесенного против иностранного государства, заявитель должен обратиться в компетентный суд государства, против которого было вынесено решение.

Европейская конвенция вступила в силу 11 июня 1976 г. В ней участвуют Австрия, Бельгия, Великобритания, Кипр, Люксембург, Нидерланды, ФРГ, Швейцария.

16 мая 1972 г. был подписан **Протокол** к Европейской конвенции. Протокол (ст. 4) учредил Европейский трибунал по вопросам иммунитета государств. Согласно Протоколу (ст. 1), если против государства - участника Европейской конвенции было вынесено судебное решение и оно не исполняет его, заинтересованная сторона вправе обратиться в Европейский трибунал по вопросам иммунитета государства при условии, что это государство является участником Протокола. Если государство, против которого было вынесено решение, желает обратиться в суд своей страны, оно обязано уведомить об этом сторону, в пользу которой было вынесено решение. Если эта сторона в течение трех месяцев не обратится в Европейский трибунал по вопросам иммунитета, она утрачивает право обращения в этот орган. Трибунал был сформирован 28 мая 1985 г. Протокол вступил в силу 22 мая 1985 г. Его участниками являются Австрия, Бельгия,

Кипр, Нидерланды, Люксембург, Швейцария.

Организация американских государств, Ассоциация международного права также предпринимали попытки кодифицировать нормы относительно иммунитета иностранного государства <1>. Проекты этих международных организаций основаны на теории функционального иммунитета.

<1> См.: International Legal Materials. Vol. 22.1983. P. 292. International Law Association. Report of the 66 Conference. Buenos Aires, 1984. P. 488.

2 декабря 2004 г. Генеральная Ассамблея ООН Резолюцией N 59/39 одобрила **Конвенцию ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (Конвенция)** <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Конвенция явилась результатом согласования позиций представителей как стран, придерживающихся теории абсолютного иммунитета иностранного государства, так и государств, поддерживающих теории функционального иммунитета иностранного государства. В итоге она базируется на теории функционального иммунитета государства с определенными уточнениями, позволяющими учитывать интересы государства, которое является стороной в разбирательстве в суде другого государства. Остановимся на основных ее положениях.

Конвенция (ст. 2) содержит **определение понятия "государство"**. Оно означает:

- 1) государство и его различные органы управления;
- 2) составные части федеративного государства, его политические подразделения, которые правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве;
- 3) учреждения, институции, организации в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства;
- 4) представителей государства, действующих в этом качестве.

Понятие "государство" охватывает все иностранные государства независимо от формы правления. Очень часто в международных частноправовых отношениях государство представлено правительством, например при выдаче гарантий в отношении частноправовых сделок, при заключении кредитных договоров и др. Поэтому иск, предъявленный к правительству государства, рассматривается как иск против иностранного государства, что соответствует сложившейся практике (например, дело X. v. Government of the United States, <1> рассмотренное Верховным судом Австрии в 1961 г.).

<1> См.: Materials on jurisdictional immunities of states and their property. New York, 1982. P.

203 - 207.

Конвенция относит к понятию "государство" составные части государства, под которыми понимаются субъекты федеративного государства. В некоторых государствах субъекты, входящие в федерацию, по историческим и иным причинам пользуются иммунитетом. Субъект федерации, политическое подразделение вправе ссылаться на иммунитет при условии, что наделены полномочиями совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве. Если они заключают частноправовые сделки, они не вправе пользоваться иммунитетом.

Установлена форма явного отказа иностранного государства от иммунитета. Отказ возможен в силу:

- 1) международного соглашения;
- 2) письменного контракта;
- 3) заявления в суде или письменного сообщения в рамках конкретного разбирательства.

Учитывается и подразумеваемое согласие. Согласно Конвенции государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции судов другого государства, если оно само возбудило разбирательство, приняло участие в разбирательстве существа дела или предприняло какое-либо иное действие по существу дела. Свидетельством согласия может быть поведение государства. Например, государство является истцом по делу или представитель государства, который оспаривает существо дела, явился в суд. Конвенция исходит из того, что выбор права не означает отказа иностранного государства от иммунитета.

Из статьи 8 Конвенции следует, что иностранное государство, которое явилось в суд другого государства только для того, чтобы потребовать предоставления иммунитета, не может рассматриваться как давшее согласие на осуществление юрисдикции этого суда. Кроме того, иностранное государство, не будучи стороной разбирательства, вправе выдвигать претензии на право или интерес в отношении имущества, которое является предметом этого разбирательства, не подчиняясь юрисдикции суда другого государства. Явка представителя иностранного государства в суд другого государства для дачи свидетельских показаний не должна пониматься как согласие иностранного государства на осуществление юрисдикции этим судом.

Другим случаем подразумеваемого отказа является предъявление встречного иска (ст. 9).

Устанавливается общий принцип: **государство пользуется иммунитетом в отношении себя и своей собственности от юрисдикции судов другого государства с учетом положений Конвенции.**

Случаи, **ограничивающие иммунитет государств**, сформулированы в ст. ст. 10 - 17 Конвенции. В этих случаях иностранное государство не может ссылаться на иммунитет независимо от того, выразило ли оно согласие на отказ от иммунитета. Другими словами, сам факт осуществления иностранным государством деятельности или совершения действий, предусмотренных названными статьями Конвенции, ведет к утрате им права на иммунитет.

Иностранное государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого

государства при разбирательстве **относительно коммерческой сделки**. Под коммерческой сделкой понимаются:

- 1) любой коммерческий контракт или сделка купли-продажи товаров или договор о предоставлении услуг;
- 2) любой контракт о займе или иная сделка финансового характера, включая любое обязательство по гарантии или компенсации в отношении любого такого займа или сделки;
- 3) любой иной контракт или сделка финансового характера коммерческого, промышленного, торгового или профессионального характера, за исключением трудовых договоров.

В частности, Конвенция относит к коммерческим сделкам все виды сделок купли-продажи товаров, предоставления услуг, договоры займа, кредитные договоры, предоставление государством гарантий при осуществлении сделок физическими и юридическими лицами.

Для определения того, имеет ли сделка коммерческий характер, Конвенция (п. 2 ст. 2) обязывает использовать два критерия. Прежде всего, необходимо исходить из природы этого контракта или сделки. Следует учитывать также их цель, если:

- 1) стороны договорились об этом;
- 2) согласно практике государства суда эта цель имеет отношение к определению некоммерческого характера другого контракта или сделки.

Иными словами, при определении характера сделки в этих случаях сторона вправе требовать, чтобы учитывалась ее цель.

Наиболее высокую степень гибкости, как отмечается в литературе, представляет ст. 2.2 Конвенции, которая хотя и отдает приоритет критерию "природа сделки" относительно тех сделок, которые явно выражены как коммерческие, разрешает принимать во внимание критерий "цель сделки", если эта цель соответствует практике государства суда для определения некоммерческого характера сделки <1>. Использование критерия "цель сделки" позволяет государству защитить национальные интересы в случаях, когда сделка заключается в государственных интересах. Например, закупка иностранным государством лекарств для борьбы с распространением эпизоотий ящура будет рассматриваться как совершение гражданско-правовой сделки в осуществление суверенной власти. Эта норма, однако, не применяется, если все стороны гражданско-правовой сделки являются государствами или стороны такой сделки договорились об ином.

<1> См.: Denza T. The 2005 UN Convention on State Immunity in Perspective // International and Comparative Law. Quarterly. 2006. V. 55. N 2. P. 397; Gardiner R. UN Convention on State Immunity: Form and Function // International and Comparative LAW. Quarterly. 2006. Vol. 355. N 2.33. P. 3408; Steward D.P. The UN Convention on Jurisdictional immunities of States and Their Property // American Journal of International Law. 2005. Vol. 1. P. 199.

Кроме того, согласно Конвенции иностранное государство **не может ссылаться на иммунитет** в суде другого государства:

1) по делам, касающимся трудового договора между этим иностранным государством и физическим лицом относительно работы, которая была или должна быть выполнена полностью или частично на территории государства суда, за определенными исключениями;

2) в отношении разбирательств, касающихся денежного возмещения в случае смерти или телесного повреждения какому-либо лицу или нанесения ущерба имуществу или его утраты в результате действия или бездействия, если ответственность за такое действие или бездействие предположительно может быть возложена на иностранное государство. При этом для определения юрисдикции имеет значение тот факт, что вредоносное деяние имеет место полностью или частично на территории государства суда и причинитель вреда находится на территории государства суда в момент деяния. Эта норма направлена на то, чтобы предоставить потерпевшему в различных инцидентах, в частности в дорожных происшествиях, причиненных должностными лицами иностранного государства, возможность предъявить иск в своей стране;

3) по делам, которые касаются установления:

- любых прав и интересов иностранного государства в отношении недвижимого имущества, находящегося в государстве суда;

- любых прав или интересов иностранного государства в отношении движимого или недвижимого имущества, которые возникают в силу наследования, дарения или вследствие того, что имущество является бесхозным;

- любых прав и интересов иностранного государства относительно управления имуществом, таким, как доверительная собственность, собственность банкрота или собственность компании в случае ее ликвидации;

4) по делам, касающимся установления любого права иностранного государства в отношении патента, промышленного образца, торгового или фирменного наименования, товарного знака, авторского права или любой другой формы интеллектуальной или промышленной собственности, пользующейся правовой защитой, в том числе и на временной основе, в государстве суда;

5) по делам, связанным с участием государства в компании или другом объединении, независимо от того, зарегистрировано оно или нет в качестве юридического лица, если разбирательство касается взаимоотношений между государством и объединением или другими его участниками при определенных условиях;

6) по делам, касающимся эксплуатации судна, если иностранное государство является его собственником или эксплуатирует его и если в момент возникновения факта, послужившего основанием иска, это судно использовалось в иных целях, чем государственные некоммерческие цели (ст. 16 Конвенции). При этом выделяется два вида использования судов: используемые на государственной некоммерческой службе и используемые в коммерческих целях. Такое деление соответствует Брюссельской конвенции для унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных торговых судов 1926 г. <1>, Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. <2>. Из сферы действия ст. 16 исключены военные, вспомогательные корабли и другие

суда, принадлежащие государству или эксплуатируемые и используемые им на данном этапе исключительно на государственной некоммерческой службе.

<1> См.: Materials on jurisdictional immunities. P. 173 - 175.

<2> СЗ РФ. 1997. N 48. Ст. 5493.

При заключении соглашения о передаче спора в международный коммерческий арбитраж иностранное государство не обладает иммунитетом в отношении надзорной и контрольной функции государственного суда другого государства (ст. 17 Конвенции). Употребленное в Конвенции выражение "коммерческая сделка" распространяется и на сферу инвестиций. Иными словами, если спор возникает из коммерческой сделки, связанной с инвестиционной деятельностью иностранного государства, и относительно него заключено арбитражное соглашение, это государство не будет пользоваться иммунитетом от юрисдикции суда другого государства в отношении надзорных функций государственного суда.

Конвенция проводит **различие между судебным иммунитетом и иммунитетом от предварительных мер и исполнительных действий**. Такое разграничение принято как в отечественной <1>, так и в зарубежной литературе.

<1> См.: Богуславский М.М. Иммунитет государства. М., 1962. С. 26; Ушаков Н.А. Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности. М., 1993. С. 182, 183.

Конвенцией запрещается применение **предварительных мер**, за исключением случаев, когда иностранное государство отказалось от этого иммунитета.

Иностранное государство согласно Конвенции пользуется **иммунитетом от исполнительных действий**. Исключением является случай, когда оно отказалось от него. Еще одно исключение из предоставления иммунитета иностранному государству от исполнительных действий касается случая, когда было установлено, что собственность непосредственно используется или предназначена для использования иностранным государством для иных целей, чем государственные некоммерческие цели. Такая собственность должна находиться на территории государства суда и иметь связь с образованием (организацией), против которого было направлено судебное разбирательство. Следовательно, в этом случае не требуется какого-либо согласия иностранного государства на применение исполнительных действий. Наконец, иностранному государству иммунитет от исполнительных действий не предоставляется на основании характера собственности: использование ее в иных целях, чем государственные некоммерческие цели. Конвенция исходит из того, что иммунитет от исполнительных действий иностранному государству не предоставляется лишь в отношении собственности, которая имеет связь с образованием (организацией), против которого было направлено судебное разбирательство.

Требование Конвенции о наличии связи между иностранным государством и образованием, против которого было направлено судебное разбирательство, представляется оправданным.

Иностранные физические и юридические лица, получив решения в свою пользу, стремятся обратить взыскание на всю собственность государства, находящуюся за рубежом. Например, в 2000 г. компания "Нога Трейдинг С.А." на основании решения Стокгольмского арбитража наложила арест на барк "Седов", который прибыл во Францию по приглашению французского правительства для участия в спортивных соревнованиях в честь Дня взятия Бастилии <1>. Барк "Седов" принадлежал Мурманскому государственному техническому университету <2>.

<1> Новая газета. 2000. N 22. 11 июня; Российская газета. 2000. 8 июля.

<2> См.: Силкина И.В. Лица, имеющие право ссылаться на государственный иммунитет: современные тенденции в зарубежной судебной практике // Московский журнал международного права. 2005. N 1. С. 211.

Конвенция, учитывая содержащиеся в ней достаточно широкие изъятия из иммунитета от исполнительных действий, выделяет особые категории собственности, которые пользуются **полным иммунитетом от исполнительных действий**. К ним относятся:

1) собственность, включая любой банковский счет, используемая или предназначенная для использования при исполнении функций дипломатического представительства государства, его консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях или делегаций в органах международных организаций или на международных конференциях;

2) собственность военного характера либо используемая или предназначенная для исполнении военных функций;

3) собственность центрального банка или иного финансового органа государства;

4) собственность, составляющая часть культурного наследия государства или часть его архивов, не выставленная на продажу или не предназначенная для продажи;

5) собственность, составляющая часть экспозиции объектов, которые представляют научный, культурный или исторический интерес, и не выставленная на продажу и не предназначенная для продажи.

Что касается предоставления иммунитета банковскому счету посольства, то следует заметить, что в отдельных странах банковские счета дипломатических представительств неоднократно подвергались аресту <1>. Например, в Великобритании в 1984 г. по делу *Alcom v. Republic of Columbia* был наложен арест на банковский счет посольства Колумбии <2>. В 2000 г. по ходатайству швейцарской корпорации "Companie Noga d'Exportation S.A." <3> был арестован банковский счет Посольства Российской Федерации во Франции. Конвенция с учетом этого предоставила иммунитет банковскому счету посольства. Тем самым был восполнен пробел, имевшийся в Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г.

<1> См.: Хлестова И.О. Венская конвенция о дипломатических сношениях 1961 г.: нужны ли изменения? // Российский ежегодник международного права. 1992. СПб., 1994.

<2> См.: Materials on jurisdictional immunities of states and their property. 1982. P. 297 - 321.

<3> См.: Богуславский М.М. Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования // Международное частное право. Современная практика. М., 2000. С. 226.

Защита распространена Конвенцией на принадлежащую иностранному государству собственность, являющуюся частью экспозиции, которая представляет собой культурный, научный или исторический интерес при условии, что она не выставлена на продажу или не предназначена для продажи. Это положение распространяется на случаи проведения государственными музеями выставок за рубежом. Например, 16 июня 1993 г. Парижский суд Большой инстанции вынес решение по искам И. Щукиной и И. Коновалова к Российской Федерации, Государственному Эрмитажу, Государственному музею изобразительных искусств им. А.С. Пушкина и Центру Помпиду. Иски были предъявлены при проведении выставки картин А. Матисса из собраний российских музеев в Центре Ж. Помпиду <1>. Этим решением в исковых требованиях было отказано.

<1> Богуславский М.М. Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования. С. 221.

Конвенция (ст. ст. 22 - 24) содержит ряд положений **относительно судопроизводства**. Она определяет порядок вручения судебных документов, вынесения заочных судебных решений, запрещает применять к иностранному государству наказания или штрафы за какие-либо упущения, отказ предоставить какую-либо информацию или документ.

Конвенция явилась результатом более чем 20-летней работы различных органов такой авторитетной международной организации, как ООН. Она представляет собой компромисс, достигнутый в результате усилий, которые были предприняты государствами международного сообщества. Конвенция является кодификацией международно-правового регулирования юрисдикционных иммунитетов государств. В ней отражена тенденция развития международного права, направленная на ограничение случаев, когда иностранное государство пользуется иммунитетом.

Подписали Конвенцию 28 государств, а ратифицировали и присоединились 22: Австрия, Иран, Ирак, Испания, Италия, Казахстан, Латвия, Ливан, Лихтенштейн, Мексика, Норвегия, Португалия, Румыния, Саудовская Аравия, Словакия, Финляндия, Чехия, Франция, Швеция, Швейцария, Экваториальная Гвинея, Япония <1>. Хотя Российская Федерация не участвует в этой Конвенции, многие ее положения, как будет отмечено далее, восприняты российским законодательством.

<1> URL: <http://untreaty.un.org/English/treaty.asp>.

§ 4. Российское законодательство об иммунитете иностранного государства

Для российского законодательства важным событием явилось принятие 13 ноября 2015 г. Федерального закона N 297-ФЗ "О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации" <1> (далее в параграфе - Закон). Положения Закона в основном базируются на рассмотренной Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г.

<1> СЗ РФ. 2015. N 45. Ст. 6198.

Под иностранным государством в Законе понимается:

- 1) государство иное, чем Российская Федерация, и его органы государственной власти;
- 2) составные части иностранного государства (субъекты иностранного федеративного государства или административно-территориальные образования иностранного государства) и их органы в той мере, в которой они правомочны совершать действия в целях осуществления суверенной власти иностранного государства и действуют в этом качестве;
- 3) учреждения или иные образования независимо от того, являются ли они юридическими лицами, в той мере, в которой они правомочны совершать и фактически совершают действия в целях осуществления суверенной власти иностранного государства;
- 4) представители иностранного государства, действующие в этом качестве.

Под имуществом иностранного государства понимается имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории Российской Федерации.

Под "юрисдикционными иммунитетами иностранного государства и его имущества" понимается судебный иммунитет, иммунитет в отношении мер по обеспечению иска и иммунитет в отношении исполнения решения суда.

Судебный иммунитет, который согласно Закону предоставляется иностранному государству, - это обязанность российского суда воздержаться от привлечения иностранного государства к участию в судебном процессе, **иммунитет в отношении мер по обеспечению иска** - это обязанность российского суда воздержаться от применения в отношении иностранного государства и его имущества ареста и иных мер, обеспечивающих впоследствии рассмотрение спора и (или) исполнение решения суда. Что касается **иммунитета в отношении исполнения решения** суда, то под ним понимается обязанность российского суда или федерального органа исполнительной власти, осуществляющего функции по исполнению судебных актов, актов других органов и должностных лиц, воздержаться от обращения взыскания на имущество иностранного государства, принятия в отношении иностранного государства и его имущества иных мер в целях принудительного исполнения решения суда. Наконец, важно определение понятия суверенных властных полномочий. Это полномочия, которыми иностранное государство обладает в силу

суверенитета и которые оно осуществляет в целях реализации суверенной власти.

Закон, как и рассмотренная выше Конвенция, предусматривает, что иностранное государство **не пользуется в России судебным иммунитетом**, если оно явно выразило **согласие** на осуществление российским судом юрисдикции в отношении конкретного спора тремя способами, а именно в силу:

- 1) международного договора;
- 2) письменного соглашения, не являющегося международным договором;

3) заявления в российском суде, письменного уведомления российского суда или письменного уведомления, переданного Российской Федерации по дипломатическим каналам, в рамках судебного процесса в отношении конкретного спора.

Согласие не может быть отозвано и распространяется на все стадии судебного разбирательства.

В качестве согласия иностранного государства на осуществление российским судом юрисдикции в отношении конкретного спора не может рассматриваться:

- 1) вступление его в судебный процесс или осуществление какого-либо иного процессуального действия с единственной целью заявить о юрисдикционных иммунитетах или представить доказательства наличия права в отношении имущества, которое является предметом спора;
- 2) согласие его на применение российского законодательства в отношении конкретного спора;
- 3) неучастие его в судебном процессе в российском суде;
- 4) явка представителя иностранного государства в российский суд для дачи свидетельских показаний или в качестве эксперта.

Согласие иностранного государства на отказ от судебного иммунитета в отношении осуществления юрисдикции по конкретному спору не затрагивает его иммунитетов в отношении мер по обеспечению иска и (или) в отношении исполнения решения суда.

В ряде случаев иностранное государство **признается отказавшимся** от иммунитета:

- 1) если оно предъявило иск в российский суд, вступило в судебный процесс в российском суде по существу спора в качестве лица, участвующего в деле, или предприняло иное действие по существу дела;
 - 2) в отношении споров, касающихся арбитражного или третейского соглашения, если иностранное государство заключило арбитражное или третейское соглашение о разрешении с его участием споров, которые возникли или могут возникнуть в будущем в связи с исполнением обязательств;
-

3) в отношении любого встречного иска, если иностранное государство предъявило иск в российский суд;

4) в отношении первоначального иска, если иностранное государство предъявило встречный иск в российский суд.

Следует заметить, что положение Закона о том, что иностранное государство признается отказавшимся от иммунитета, если оно заключило арбитражное соглашение или арбитражную оговорку, едва ли обоснованно, так как при заключении арбитражного соглашения государственные суды выполняют лишь функции надзора и контроля.

Отказ иностранного государства от судебного иммунитета в отношении конкретного спора не может быть отозван и распространяется на все стадии судебного разбирательства; такой отказ не рассматривается в качестве его отказа от иммунитета в отношении мер по обеспечению иска и иммунитета в отношении исполнения решения суда.

Иностранное государство пользуется в отношении себя и своего имущества юрисдикционными иммунитетами с учетом положений п. 2 ст. 1 Закона. Однако Закон содержит перечень случаев, когда иностранное государство не пользуется иммунитетом с учетом его функциональной деятельности.

Судебным иммунитетом оно не пользуется в отношении споров, связанных с его участием в гражданско-правовых сделках с физическими или юридическими лицами, если такие споры в соответствии с применимыми нормами права подлежат юрисдикции российского суда при условии, что указанные сделки не связаны с осуществлением иностранным государством суверенных властных полномочий (п. 1 ст. 7 Закона).

При решении вопроса о том, связана ли сделка, совершенная иностранным государством, с осуществлением его суверенных властных полномочий, российский суд принимает во внимание два критерия: **характер и цель** такой сделки. Прежде всего, необходимо исходить из природы контракта или сделки. Затем следует учитывать также их цель, если:

1) стороны договорились об этом;

2) согласно практике государства суда эта цель имеет отношение к определению некоммерческого характера этого контракта или сделки.

Иностранное государство не пользуется в Российской Федерации судебным иммунитетом и в отношении споров, **связанных с осуществлением им предпринимательской и иной экономической деятельности на территории России.**

Каждое государство имеет законный интерес в регулировании условий, согласно которым его местная рабочая сила работает для иностранных представительств: посольств, консульств, торговых представительств в пределах его территории. В то же время каждое государство заинтересовано в регулировании своего присутствия в других странах путем сохранения своего контроля над представителями и работниками. Оно заинтересовано в подчинении работников своему праву <1>, и с этим связано еще одно ограничение в пользовании судебным иммунитетом: иностранное государство не пользуется судебным иммунитетом **в отношении споров,**

возникших на основании трудового договора между этим иностранным государством и работником относительно работы, которая была или должна быть выполнена полностью либо частично на территории России. Однако из этого положения Законом предусмотрены обширные изъятия. Оно не применяется, например, в случае, если предметом судебного разбирательства является прием на работу, продолжение выполнения трудовой функции или восстановление на работе.

<1> См.: Steward D.P. Op. cit. P. 200.

В этой связи следует обратиться к практике российских судов. Весьма показательным делом является дело российской гражданки М.С. Калашниковой, которая была уволена с должности ведущего специалиста информационной службы посольства США в России согласно действовавшему в то время п. 2 ст. 33 Кодекса законов о труде РСФСР 1971 г. (обнаружившееся несоответствие работника занимаемой должности). При разрешении дела российский суд применил действовавшую в то время ст. 435 ГПК РСФСР, которая устанавливала абсолютный иммунитет иностранного государства <1>. Конституционный Суд РФ в Определении от 2 ноября 2000 г. N 255-О <2> отметил, что "формальное применение указанной нормы привело к недопустимому ограничению права заявительницы на индивидуальный трудовой спор" с использованием установленных законом способов его разрешения. Теперь с принятием Закона 2015 г. иностранное государство в случае увольнения работников, являющихся российскими гражданами, сможет ссылаться на то, что предметом судебного разбирательства является прием на работу, продолжение выполнения трудовой функции или восстановление на работе. И российские граждане, работающие в представительствах иностранных государств, по существу, не смогут получить судебной защиты в российском суде.

<1> См.: Дамиров Р.Э. Калашникова против Соединенных Штатов // Московский журнал международного права. 2001. N 4. С. 159 - 167.

<2> СПС "КонсультантПлюс".

В числе случаев, когда иностранное государство не пользуется судебным иммунитетом, - **споры, связанные с его участием в юридических лицах** или иных образованиях, не имеющих статуса юридического лица, и возникшие между иностранным государством и юридическим лицом, при условии что они зарегистрированы в установленном российским законодательством порядке и (или) осуществляют свою деятельность на территории России, а также споры, касающиеся его:

- 1) **прав и обязательств в отношении недвижимого имущества, находящегося на территории России;**
- 2) **прав и обязательств в отношении недвижимого и движимого имущества, которые возникают в силу наследования, дарения или наличия бесхозяйного имущества;**
- 3) **прав и обязательств в отношении управления имуществом.**

Наконец, иностранное государство не пользуется судебным иммунитетом **в отношении споров о возмещении вреда**, причиненного жизни, здоровью, имуществу, чести и достоинству, деловой репутации физического лица или имуществу, деловой репутации юридического лица, если требование возникло из причинения вреда жизни, здоровью, имуществу, чести и достоинству, деловой репутации действием (бездействием) или в связи с иным обстоятельством, имевшим место полностью или частично на территории Российской Федерации, и причинитель вреда находился на территории Российской Федерации в момент такого действия (бездействия). Закон, как видно, не распространяется на случаи, например, трансграничного загрязнения, так как причинитель вреда должен находиться в России в момент этого деяния. Приведенное правило направлено на то, чтобы предоставить потерпевшему в различных инцидентах, в частности в дорожных происшествиях, в результате которых причинен вред должностными лицами иностранного государства, возможность предъявить иск в своей стране.

Иностранное государство не пользуется судебным иммунитетом и в отношении некоторых других споров (связанных с установлением и осуществлением его **прав на результаты интеллектуальной деятельности, с эксплуатацией судна**, которое находится в его собственности или эксплуатируется им, **с перевозкой груза** этим судном).

От рассмотренных правил, относящихся к судебному иммунитету, следует отличать правила об иммунитете от предварительных мер и иммунитете от исполнительных действий. Такое разграничение, как отмечалось, принято как в отечественной <1>, так и в зарубежной литературе <2>.

<1> См.: Богуславский М.М. Иммунитет государства. М., 1962. С. 26; Ушаков Н.А. Указ. соч. М., 1993. С. 182, 183; Хлестова И.О. Юрисдикционный иммунитет государства М., 2007.

<2> См.: Sinclair S.I. The Law of sovereign immunity. Recent developments // Recueil des cours. The Hague Academy of International Law-1980. 1981. N 11. P. 220, 221; Fox H. The Law of State Immunity. Oxford, 2008. P. 507.

Закон, предусматривая, что иностранное государство пользуется **иммунитетом в отношении мер по обеспечению иска**, устанавливает исключения из этой нормы.

К таким исключениям относятся случаи, когда иностранное государство:

- 1) явно выразило согласие на принятие соответствующих мер;
- 2) зарезервировало или иным образом обозначило имущество на случай удовлетворения требования, являющегося предметом спора.

Что касается **иммунитета в отношении исполнения решения суда**, то и здесь предусмотрены **изъятия**. Это случаи, когда иностранное государство:

- 1) явно выразило согласие на принятие соответствующих мер одним из способов, предусмотренных законом;

2) зарезервировало или иным образом обозначило имущество на случай удовлетворения требования, являющегося предметом спора;

3) установлено, что имущество иностранного государства используется и (или) предназначено для использования им в целях, не связанных с осуществлением суверенных властных полномочий.

В последнем случае не требуется согласия иностранного государства на применение исполнительных действий.

Вместе с тем в Законе определены **виды имущества** иностранного государства, которое **всегда пользуется иммунитетом от обеспечительных мер и исполнительных действий**. Это имущество иностранного государства, которое находится в его собственности и предназначено для использования или используемое им от своего имени в деятельности, связанной с осуществлением суверенных властных полномочий. К этим видам имущества относятся:

1) имущество (в том числе денежные средства, находящиеся на банковском счете), которое используется для осуществления функций дипломатических представительств иностранного государства или его консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях, делегаций иностранного государства в органах международных организаций либо на международных конференциях;

2) военное имущество или имущество, которое используется либо предназначенное для использования в военных целях или в миротворческих операциях, признаваемых Российской Федерацией;

3) культурные ценности или архивы, не выставленные на продажу либо не предназначенные для продажи;

4) имущество, которое является частью экспозиций выставок, представляющее научный, культурный или исторический интерес и не выставленное на продажу либо не предназначенное для продажи;

5) имущество центрального банка или иного органа надзора иностранного государства, в функции которого входит банковский надзор.

Что касается упомянутого правила о предоставлении иммунитета имуществу центрального банка иностранного государства, воспроизводящего п. 1 ст. 21 Конвенции 2004 г., то возможны, как отмечалось в доктрине, два варианта его толкования: 1) этой нормой охватывается любое имущество центрального банка, или 2) иммунитетом обладает имущество центрального банка, но лишь при том условии, что оно одновременно является имуществом государства (при этом остается открытым вопрос о наличии иммунитета у такого имущества центрального банка, которое не является имуществом государства) <1>.

<1> См.: Щеголев С.И. Юрисдикционный иммунитет иностранных центральных банков: международное и зарубежное правовое регулирование // Вестник ВАС РФ. 2013. N 1; СПС

"КонсультантПлюс".

Юрисдикционные иммунитеты иностранного государства и его имущества в объеме, предоставляемом в соответствии с законом, могут быть ограничены на основе принципа **взаимности**, если будет установлено наличие ограничений, касающихся предоставления Российской Федерации и ее имуществу юрисдикционных иммунитетов в иностранном государстве, в отношении которого и имущества которого возник вопрос о юрисдикционных иммунитетах. Это означает: если в каком-либо иностранном государстве, например в Великобритании, Российской Федерации иммунитет от исполнительных действий не предоставляется в отношении собственности, которая используется в торговых целях, то в российских судах имуществу Великобритании также не будет предоставляться иммунитет от обеспечительных мер и исполнительных действий <1>. При наличии судебного дела норма Закона о взаимности позволяет применять ответные меры к имуществу иностранного государства в тех случаях, когда имущество Российского государства в этом иностранном государстве подверглось аресту.

<1> Пункт 4 § 13 Закона об иммунитете государства 1978 г. State Immunity Act of 1978 // Public General Acts. 1978. Part 1. London, 1979. P. 715.

Для применения правила о взаимности важно указание Закона на то, что выдача заключений по вопросам предоставления юрисдикционных иммунитетов Российской Федерации и ее имуществу в иностранных государствах возложена на Министерство иностранных дел Российской Федерации.

Подчеркнем еще раз, что с принятием рассмотренного Закона 2015 г. российское законодательство перешло на позиции концепции функционального иммунитета иностранного государства. Принятие Закона будет содействовать защите интересов Российской Федерации за рубежом.

Контрольные вопросы

1. Какие существуют виды иммунитета государства?
2. Каковы основные положения теории абсолютного иммунитета и теории функционального иммунитета государства?
3. В каких странах были приняты законы, ограничивающие иммунитет иностранного государства, и какова практика их применения?
4. Какова позиция российского законодательства по вопросу об иммунитете иностранного государства?

Рекомендуемая литература

1. Богуславский М.М. Иммунитет государства. М., 1962.

2. Богуславский М.М. Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования // Международное частное право. Современная практика. М., 2000.
3. Ерпылева Н.Ю. Государства как субъекты международного частного права // Право и политика. 2009. N 3. С. 554 - 591.
4. Канашевский В.А. Сделки с участием государства в международном частном праве // Журнал международного частного права. 2006. N 1. С. 3 - 15.
5. Куделич Е.А. Международные инвестиционные споры с участием государства: проблемы иммунитета // Закон. 2012. N 6.
6. Силкина И.В. Лица, имеющие право ссылаться на государственный иммунитет: современные тенденции в зарубежной судебной практике // Московский журнал международного права. 2005. N 1.
7. Терехова Ю.К. Комментарий к Федеральному закону от 3 ноября 2015 г. N 297-ФЗ "О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации" (постатейный) // СПС "КонсультантПлюс". 2016.
8. Ушаков Н.А. Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности. М., 1993.
9. Хлестова И.О. Юрисдикционный иммунитет государства. М., 2007.
10. Хлестова И.О. Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государства и их собственности и ее влияние на изменение цивилистического процесса в России // Закон. 2012. N 6.
11. Щеголев С.И. Юрисдикционный иммунитет иностранных центральных банков: международное и зарубежное правовое регулирование // Вестник ВАС РФ. 2013. N 1.
12. Щукин А.И. Новации законодательства Российской Федерации о юрисдикционных иммунитетах иностранного государства // Право и государство: теория и практика. 2016. N 2.
13. Щукин А.И. Принцип государственного суверенитета как основа иммунитета иностранного государства в гражданском судопроизводстве // Закон. 2016. N 1.

Глава 8. ВЕЩНОЕ ПРАВО

§ 1. Общие вопросы

Вещное право - это прежде всего право собственности, но есть и другие вещные права. В действующем российском праве (ст. 216 ГК РФ) к ним относятся: право пожизненного владения земельным участком, право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком, право хозяйственного ведения и право оперативного управления, сервитуты.

Не теряет свою актуальность вопрос о внесении изменений в раздел Гражданского кодекса Российской Федерации, посвященный праву собственности и другим вещным правам. В

частности, предлагается принять общую часть в разделе, которая бы объединяла принципиальные законоположения, в равной степени относящиеся как к праву собственности, так и ко всем ограниченным вещным правам. "В Концепции развития гражданского законодательства РФ в качестве основного недостатка раздела II ГК РФ отмечалось то обстоятельство, что в нем главное место занимают нормы о праве собственности, а законоположения о других вещных правах отнесены на второй план" <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография В.В. Витрянского "Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги" включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2018 (2-е издание, исправленное и дополненное).

<1> Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2017. С. 385.

В сравнении с гражданскими кодексами других стран такие изменения означают определенное сближение с принятым в западноевропейских странах пониманием института вещных прав. Однако различия в регулировании вещных прав в разных странах сохраняются. Поэтому значение коллизионного регулирования вещных прав не умалется.

Важную роль играет признание вещного права как субъективного права, получившего надлежащее "оформление" в той или иной национальной правовой системе. Так, например, заключение договоров во внешнеторговом обороте требует, чтобы его участники признавали друг в друге надлежащих собственников. Организация выставок, показов произведений искусства за рубежом требует признания вещных прав на выставляемые культурные ценности. Признание вещных прав в целях развития экономического и культурного сотрудничества отражает общий принцип юридического равноправия государств.

В настоящее время под влиянием тенденции глобализации правового регулирования международных экономических отношений в литературе поднимается вопрос о международной унификации вещного права. В частности, ставится под сомнение тезис о том, что регулирование вещно-правовых отношений всецело находится в системе национально-правового регулирования <1>. Международное сотрудничество в современных условиях развивается на основе международно-договорного признания вещного права, возникшего в другом государстве <2>.

<1> См.: Sprankling J.G. The Global Right to Property // Columbia Journal of Transnational Law. 2014. Vol. 52. P. 462.

<2> См.: Implementing The Cape Town Convention and the Domestic Laws on Secured Transactions. Editor Souichiou Kozuka. Springer. Switzerland, 2017.

Международное признание, или надлежащее "оформление" вещного права, лежало в основании признания права собственности на имущество, национализированное Советским

государством в первые годы советской власти. Советскому государству пришлось вести длительную борьбу за признание его права собственности на национализированное имущество в международных кругах <1>. Вопрос признания собственности Российской Федерации ставился и в связи с прекращением существования СССР и признанием собственности Российской Федерации как государства-продолжателя на имущество, находящееся за рубежом. В настоящее время этот же вопрос возникает в связи с другими территориальными изменениями <2>.

<1> Подробнее о признании со стороны иностранных государств советских законов о национализации банков, страховых обществ, промышленных, транспортных и других предприятий см.: Лунц Л.А. Международное частное право. М., 1949. С. 198 - 206.

<2> См.: Федеральный конституционный закон от 21 марта 2014 г. N 6-ФКЗ "О принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов - Республики Крым и города федерального значения Севастополя" (в ред. от 28 декабря 2017 г.) // СЗ РФ. 2014. N 12. Ст. 1201.

В связи с распадом СССР потребовалась перерегистрация недвижимости, принадлежащей СССР, в собственность Российской Федерации. Перерегистрацию вещных прав долгое время сдерживало то, что правительства Австрии, Ирландии, КНДР, Румынии, Швейцарии, Японии долгое время не давали своего согласия на переоформление права собственности РФ на имущество бывшего СССР, ссылаясь на претензии Украины на часть собственности бывшего СССР.

Для периода глобализации экономики характерно появление международной регистрации объектов вещных прав. Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, подписанная в Кейптауне в 2001 г. (Кейптаунская конвенция), является примером проявления этой тенденции. Кейптаунская конвенция предусматривает единообразные правила, обеспечивающие защиту вещных прав в сделках с подвижным оборудованием на основании международной регистрации таких прав. "В соответствии с поставленными в Конвенции задачами предусматривается использование международных гарантий в форме обеспечительных мер вещно-правового характера: залога, продажи с резервированием права собственности, лизинга" <1>. Защита вещного права основана на международном признании "обеспечительного интереса" (**security interest**) в предмете сделок, совершаемых с подвижным оборудованием. За рамками сферы действия Конвенции суды применяют коллизионные нормы, чтобы определить право, применимое для защиты "обеспечительного интереса".

<1> Подробнее о Кейптаунской конвенции см.: Отдельные виды обязательств в международном частном праве. М.: Статут, 2008 (гл. 2 "Правовое регулирование банковских обязательств в сфере международного торгового оборота". Автор - Т.П. Лазарева. С. 70).

§ 2. Коллизионные вопросы вещных прав

1. Общий коллизионный принцип, применяемый к вещным правам. Господствующим коллизионным принципом в отношении вещного права в законодательстве и доктрине России, как

и других стран СНГ, признается **закон места нахождения вещи (lex rei sitae)**.

В Российской Федерации принцип **lex rei sitae** выражен в норме ст. 1205 ГК РФ. В этой статье предусматривается, что "право собственности и иные вещные права на недвижимое и движимое имущество определяются по праву страны, где это имущество находится" <1>.

<1> СЗ РФ. 2001. N 47. Ст. 4552.

Применение общего принципа **закона места нахождения вещи** характерно для многих стран. Обращение к нему по-разному объясняется в доктрине международного частного права различных государств. Когда-то данный принцип выводили из учения о вещных правах как правах господства лица над вещью. Отечественная доктрина объясняла господство указанного принципа тесной связью вещных прав с производственными (социально-экономическими) отношениями, основанными на государственной собственности. С развитием рыночных отношений в Российской Федерации вновь возникает необходимость в акценте на отношении правообладателя собственно к вещи, а не ко всем третьим лицам, в выделении основных признаков вещных прав в противоположность обязательственным и в совершенствовании способов защиты вещных прав.

Защита вещного права государства обеспечивает защиту национальных интересов за рубежом. Связь общего принципа с защитой национальных интересов можно найти в доктрине ряда иностранных государств. Так, в германской доктрине международного частного права применение этого принципа объяснялось стремлением обеспечить защиту финансовых интересов государства, составляющих основу его внутренней и внешней экономической политики <1>. Связь действия рассматриваемого коллизионного принципа с национальными интересами, политикой государства объясняет сложности в постановке и решении проблемы защиты вещных прав собственника, осуществляющего инвестиции.

<1> См.: Раапе Л. Международное частное право. М., 1960. С. 530.

Коллизионный принцип **lex rei sitae** происходит из теории статутов, в основе которой лежит территориальное разграничение законодательной компетенции в регулировании вещно-правовых отношений. Территориальный принцип связан с признанием за иностранцами их прав в пределах территории того или иного государства. На основе указанной теории статутов был предложен метод, согласно которому для каждой категории гражданских правоотношений был сформулирован подходящий коллизионный принцип. Для вещно-правовых отношений господствующим был признан принцип **lex rei sitae**.

Распространению и всеобщей рецепции принципа **lex rei sitae** в различных национальных правовых системах способствовали простота, ясность и определенность его применения, а также стремление расширить пространственную сферу применения национального закона путем отнесения того или иного имущества к категории недвижимого. Названные обстоятельства предопределили принятие принципа **lex rei sitae** как общего принципа в регулировании коллизионных вопросов вещных прав и в действующем законодательстве.

Новым в части третьей ГК РФ является то, что принцип **lex rei sitae** применяется как общий принцип, характерный для вещного статута, даже если он применим в обязательственных отношениях. Эта новелла отражает произошедшие в мировых экономических отношениях и в экономике различных стран изменения, связанные прежде всего с особенностями движения капитала, с перемещением различного вида комплексов имуществ (активов), которые выявляются, в частности, в практике рассмотрения инвестиционных споров.

2. Сфера действия права, подлежащего применению к вещным правам. Отсылая к правопорядку страны, где находится имущество, коллизийная норма ст. 1205 не касается вопроса, например, к какой категории (движимого или недвижимого) будет отнесено имущество, являющееся предметом спора, и связанные с ним иные вопросы: могут ли вообще совершаться сделки с тем или иным объектом вещных прав, т.е. какова оборотоспособность объекта вещных прав, каково содержание вещного права, каков порядок осуществления вещного права и его защита. Ответы на эти вопросы можно найти в ст. 1205.1 ГК РФ, определяющей круг отношений, на которые распространяется действие коллизийной нормы ст. 1205. В разных странах сфера применения вещного статута может быть различной, так как понятия, которыми оперирует закон одной страны, могут не соответствовать понятиям, применяемым в другой стране.

Право страны, где имущество находится, определяет **виды объектов вещных прав**. В п. 1 ст. 1205.1 решается вопрос квалификации объекта вещных прав как движимого или недвижимого имущества. **Толкование понятий движимого и недвижимого имущества** согласно этому правилу дается **по праву страны, где это имущество находится**.

Если принадлежность вещи к движимому или недвижимому имуществу определяется по российскому праву, то применяется ст. 130 ГК РФ, согласно которой все, что прочно связано с землей, относится к недвижимому имуществу. "Прочно" означает, что объект невозможно переместить без того, чтобы нанести ему или его назначению несоразмерного ущерба.

К недвижимым вещам относятся земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты, леса, многолетние насаждения, здания и сооружения. К недвижимым вещам законом может быть отнесено и иное имущество <1>. К недвижимым вещам отнесены, например, подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты (п. 2 ст. 130 ГК РФ). Государственная регистрация прав на воздушные суда и сделок с ними осуществляется в соответствии с Федеральным законом РФ от 14 марта 2009 г. N 31-ФЗ "О государственной регистрации прав на воздушные суда и сделок с ними". При этом в Законе прямо указано, что государственная регистрация является юридическим актом признания права собственности и других вещных прав на воздушные суда в соответствии с ГК РФ, т.е. как на недвижимое имущество.

<1> Например, в соответствии с Водным кодексом РФ к недвижимым вещам относятся водные объекты, которые определены в указанном Водном кодексе как "сосредоточение вод на поверхности суши в формах ее рельефа либо в недрах, имеющее границы, объем и черты водного режима" (ст. 1). К недвижимым вещам относятся также и недра, находящиеся в земле. Извлеченные полезные ископаемые как вещи, не связанные с землей, следует относить к категории движимого имущества. В отношении этой категории имущества заключаются сделки, в которых устанавливается режим полезных ископаемых, извлеченных на поверхность земли, по

условиям соответствующего соглашения о разделе продукции.

Предприятие как самостоятельный объект вещных прав также относится к недвижимым вещам. При этом в состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие (фирменное наименование, товарные знаки обслуживания), другие исключительные права, если иное не предусмотрено законом или договором (ст. 132 ГК РФ).

Гражданский кодекс РФ устанавливает границу между движимым и недвижимым имуществом методом исключения. Все, что не является недвижимым имуществом, следует относить к движимому имуществу. Особо подчеркивается принадлежность к категории движимых вещей денег и ценных бумаг (п. 2 ст. 130 ГК РФ). При этом и деньги, и ценные бумаги могут находиться в обороте в виде телесных (осязаемых) предметов и в форме бестелесного имущества (безналичные деньги, бездокументарные ценные бумаги).

Проводимая в последние годы работа над концепциями изменений в российском гражданском законодательстве затрагивает вопрос о границе между движимыми и недвижимыми вещами. Так, было отвергнуто предложение исключить из числа объектов недвижимости предприятие как имущественный комплекс на том основании, что в состав предприятия входят права требования, денежные средства, ценные бумаги, которые являются движимым имуществом. Сохраняет свое действие и иная аргументация: чтобы предотвратить злоупотребления и защитить права кредиторов, предприятие должно остаться отдельным объектом оборота, права на который могут переходить как на основании закона, так и по сделкам <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография В.В. Витрянского "Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги" включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2018 (2-е издание, исправленное и дополненное).

<1> Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства. М., 2017. С. 104.

Предполагаемое в будущем расширение перечня объектов вещных прав не меняет существа коллизионной нормы, содержащейся в ст. 1205 Гражданского кодекса РФ, в силу действия которой принадлежность имущества к движимым или недвижимым вещам определяется по праву страны, где это имущество находится.

Действие общего принципа ст. 1205 распространяется также и на **оборотоспособность объектов вещных прав** (п. 2 ст. 1205.1). Если применимым является право России, то применяются положения ГК РФ, касающиеся имущественного оборота. Собственник может передавать свое имущество в доверительное управление другому лицу (доверительному управляющему). Передача имущества в доверительное управление не влечет перехода права собственности к доверительному управляющему (п. 4 ст. 209 ГК РФ). Земля и другие природные ресурсы могут отчуждаться или переходить от одного лица к другому в той мере, в какой их

оборот допускается законами о земле и других природных ресурсах (ст. 129 ГК РФ). Соответственно, владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами в той мере, в какой их оборот допускается законом, осуществляются свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов других лиц (п. 3 ст. 209).

Виды вещных прав (п. 3 ст. 1205.1). Закон места нахождения вещи определяет круг вещных прав, т.е. решает вопрос о том, какие вещные права вообще возможны, что может быть предметом собственности. Гражданское право различных государств по-разному определяет перечень прав, которые относятся к категории вещных. Принцип замкнутого круга вещных прав был воспринят и при разработке Гражданского кодекса РФ.

В некоторых иностранных государствах к вещным относятся права лиц, не являющихся собственниками, например право владения, залога или иные установленные законом права. Согласно английскому праву, например, к вещным правам относятся не только право залога, но и право аренды на длительный срок, когда речь идет о недвижимом имуществе, под которым понимается земля и все права, связанные с землей <1>. Безусловное право собственности (fee simple) и аренда на определенный срок (lease for a term of years) признаются вещными правами и в США. Их особенностью является то, что эти права сами могут быть объектом сделки <2>. Учитывая особый порядок осуществления защиты вещного права, квалификация субъективного права как вещного по праву того или иного государства приобретает особое значение.

<1> См.: Stone P. Conflicts of Laws. London, 1995. P. 353.

<2> См.: Merrill T.W., Smith H.E. Optimal Standardization in the Property Law: The Numerus Clausus Principle // The Yale Law Journal. 2000. Vol. 110. N 1. P. 13.

Содержание вещных прав (п. 4 ст. 1205.1). Содержание вещных прав может состоять из одного или нескольких правомочий (владения, пользования, распоряжения). В разных странах с разной степенью детализации дается определение содержания вещного права.

Согласно коллизионной норме ст. 1205 ГК РФ, распространяющей свое действие на содержание вещных прав, **если вещь находится в России, содержание вещных прав определяется по российскому закону.**

В случае применения российского законодательства следует обращаться к ГК РФ и иным законодательным актам, например Земельному и Лесному кодексам, нормы которых включают в себя примерный перечень правомочий собственника недвижимого имущества. Собственник недвижимого имущества (земельного участка, другой недвижимости) вправе требовать от собственника соседнего земельного участка, а в необходимых случаях и от собственника другого земельного участка (соседнего участка) предоставления права ограниченного пользования соседним участком (сервитута). При этом обременение земельного участка сервитутом не лишает собственника участка прав владения, пользования и распоряжения этим участком (ч. ч. 1, 2 ст. 274 ГК РФ).

В соответствии со ст. 40 Земельного кодекса РФ собственник земельного участка имеет

право использовать для собственных нужд имеющиеся на земельном участке общераспространенные полезные ископаемые, пресные подземные воды, а также закрытые водоемы в соответствии с законодательством Российской Федерации; возводить жилые, производственные, культурно-бытовые и иные здания, строения, сооружения в соответствии с целевым назначением земельного участка и его разрешенным использованием с соблюдением требований градостроительных регламентов, строительных, экологических, санитарно-гигиенических, противопожарных и иных правил, нормативов; проводить в соответствии с разрешенным использованием оросительные, осушительные и другие мелиоративные работы, строить пруды и иные закрытые водоемы в соответствии с установленными законодательством экологическими, строительными, санитарно-гигиеническими и иными специальными требованиями; осуществлять другие права на использование земельного участка, предусмотренные законодательством.

Собственник земельного участка имеет право собственности на посеvy и посадки сельскохозяйственных культур, полученную сельскохозяйственную продукцию и доходы от ее реализации, за исключением случаев, когда он передает земельный участок в аренду, постоянное (бессрочное) пользование или пожизненное наследуемое владение либо безвозмездное срочное пользование. Собственник обладает правом пользования расположенными на земельном участке многолетними насаждениями, за исключением случаев, установленных Лесным кодексом Российской Федерации.

Собственник лесного фонда и лесов, входящих в лесной фонд, несет бремя затрат на охрану, защиту, воспроизводство и организацию рационального использования принадлежащих ему объектов вещных прав и имеет право на получение доходов от использования лесного фонда и лесов, не входящих в лесной фонд.

Владение, пользование и распоряжение лесным фондом и не входящими в лесной фонд лесами осуществляются с учетом глобального экологического значения лесов, их воспроизводства, длительности выращивания и иных природных свойств леса.

Применительно к движимым вещам принцип *lex rei sitae* означает, что, если движимая вещь попадает на территорию другого государства, изменяется статут (закон) вещи и содержание прав собственника будет определяться по праву страны, где имущество находится. Собственник должен исходить из законов того государства, где вещь находится в момент совершения соответствующих действий.

Коллизионная норма ст. 1205 распространяется и на **случаи возникновения и прекращения вещных прав**. В п. 5 ст. 1205.1 говорится о том, что действие коллизионной нормы ст. 1205 будет распространяться также и на отношения, связанные с возникновением и прекращением вещных прав, в том числе переход права собственности (см. подробнее ниже [п. 3 настоящего параграфа](#)).

Осуществление вещных прав (п. 6 ст. 1205.1). Под осуществлением вещного права подразумеваются действия обладателя объекта вещных прав. Если речь идет о российском праве, то это прежде всего реализация правомочий собственника имущества, как они определены в ст. 209 ГК РФ. Собственник вправе по своей воле совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону, иным правовым актам, не нарушая интересы других лиц. В практике МКАС рассматривался спор, связанный с правомочием собственника по распоряжению имуществом (дело N 124, решение от 1 ноября 1998 г.) <1>. Суд

руководствовался российским правом и тем, что контрактом предусматривалось сохранение за продавцом права собственности на проданное транспортное средство <2>.

<1> См.: Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. С. 116.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

<2> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. К.Б. Ярошенко и Н.И. Марышева. М.: Контракт, 2014. С. 500, 501.

Защита вещного права. Действующим российским законодательством предусматривается абсолютная защита прав собственников от нарушений, в том числе и не связанных с лишением владения. Собственник может требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения (ст. 304 ГК РФ).

Гражданским кодексом предусматривается также защита вещного права лица, обладающего вещным правом, но не являющегося собственником, владеющего имуществом на праве пожизненного наследуемого владения, хозяйственного ведения, оперативного управления либо по иному основанию, предусмотренному законом или договором, включая защиту его владения против собственника (ст. 305 ГК РФ).

Коллизионный вопрос о защите права собственности решается, следуя ст. 1205 и п. 7 ст. 1205.1, иначе, чем это было предусмотрено в ранее действовавшем законодательстве, а именно в соответствии с общим коллизионным принципом "по месту нахождения имущества". Ранее допускался выбор собственником подлежащего применению права между правом страны, где имущество находится, правом страны, в суде которой заявлено требование, и правом страны, где имущество (например, транспортное средство) внесено в государственный реестр. В любом из указанных случаев защита вещного права предоставлялась в соответствии с вещно-правовым статутом, т.е. против любого лица.

Если речь идет о защите права на вещь, являющуюся предметом сделки, то и в этом случае может возникнуть вопрос о защите вещного права, так как лицо, передающее вещь по сделке, должно априори обладать неоспоримым титулом собственника. Если возникший конфликт не попадает в сферу действия вещного статута, то применяется ст. 1210 ГК РФ. При этом согласно п. 1 ст. 1210, определяющему обязательственный статут вещи, выбор сторонами по сделке применимого права не может наносить ущерб правам третьих лиц <1>. Упоминание о правах третьих лиц означает, что и в отношении предмета сделки может возникнуть спор о его действительной принадлежности.

<1> См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова. М.: Юрист, 2002. С. 422 (автор комментария к ст. 1210 - И.С. Зыкина).

3. Право, подлежащее применению к возникновению и прекращению вещных прав (ст. 1206 ГК РФ). Вопрос о **возникновении вещного права** играет самостоятельную роль прежде всего для целей признания этого права в иностранном государстве: если право возникло на территории одного государства, оно получает признание в другом.

Нередко для признания права собственности, возникшего на территории какого-либо государства, необходимо заключить международный договор. Так, при разделе имущества бывшего СССР потребовалось заключение международного договора между бывшими союзными республиками, чтобы обеспечить признание в третьем государстве права собственности каждой республики на имущество, находящееся в этом государстве.

Норма п. 1 ст. 1206 предусматривает общее положение, которое может применяться к любому случаю возникновения и прекращения вещного права, если иное не предусмотрено законом. Слова "если иное не предусмотрено законом" позволяют толковать указанное правило как норму, допускающую **исключения** из общего правила. И такие исключения содержатся, прежде всего, в последующих пунктах данной статьи, а также в других статьях разд. VI (например, в ст. 1224), а также в некоторых специальных законах.

Возникновение и прекращение вещных прав связывается с различными юридическими фактами, которые по закону влекут за собой возникновение или прекращение таких прав у конкретных лиц, например приобретение права собственности по договору купли-продажи, переход права собственности на имущество в порядке наследования. При этом различают первоначальные (создание новой вещи, переработка, сбор и добыча общедоступных для этих целей вещей, приобретение права собственности на бесхозяйное имущество, в том числе имущество, от которого собственник отказался) и производные способы приобретения права собственности.

Согласно **общему положению** п. 1 ст. 1206 возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество определяются **по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для возникновения либо прекращения права собственности и иных вещных прав, если иное не предусмотрено законом**. К специальным положениям относятся:

- положение, согласно которому "возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав по сделке, заключаемой в отношении находящегося в пути движимого имущества, определяются по праву страны, из которой это имущество отправлено, если иное не предусмотрено законом" (п. 2 ст. 1206);

- норма о праве, применимом к возникновению и прекращению права собственности и иных вещных прав в силу согласия сторон по сделке (п. 3 ст. 1206);

- правило о праве, применимом к возникновению права собственности и иных вещных прав в силу приобретательной давности (п. 4 ст. 1206).

Нормы ст. 1206 ГК РФ более последовательно, чем прежнее законодательство, разграничивают вопросы вещного и обязательственного статуса. Они не затрагивают случаи возникновения и прекращения вещных прав на имущество, являющееся предметом сделки <1>.

<1> Имеется в виду, что обязательственный статус вещи, т.е. права и обязанности сторон по договору, определяются в соответствии с правом, подлежащим применению к заключаемому договору. Когда в основании возникновения и прекращения вещного права лежит волеизъявление сторон по сделке, то подлежит применению выбранное ими право (п. 1 ст. 1210). При этом выбор сторонами подлежащего применению права имеет обратную силу и считается действительным с момента заключения договора (п. 3 ст. 1210). Это правило применяется "без ущерба для прав третьих лиц", что означает, что вопрос о наличии титула собственника у стороны в договоре будет решен в соответствии с вещно-правовым статусом.

В литературе можно встретить мнение о возможности применения ст. 1206 к отношениям, связанным с **переходом права собственности** по договору. В основе его лежит стремление урегулировать вопросы перехода права собственности в рамках договора международной купли-продажи. Данная позиция связана с понятием "вещный договор" в гражданском праве, основной целью которого является передача права собственности, и направлена на то, чтобы соглашением сторон в сделке обеспечивать "вещный эффект сделок" <1>.

<1> Плеханов В.В. Переход права собственности по договору международной купли-продажи товаров: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

С указанными предложениями вряд ли можно согласиться, поскольку определение вещно-правового статуса связано с применением норм, носящих императивный характер. В договорных отношениях стороны, действуя в соответствии с п. 1 ст. 1210 ГК РФ, могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору.

Обращение к коллизионным критериям, характерным для договорного права, при регулировании вещных отношений объясняется также и тем, что в современных условиях все чаще заключаются международные конвенции, целью которых является **усиление защиты вещных прав стороны в контракте**. В Конвенциях о международном финансовом лизинге, международном факторинге, об обеспечительных мерах при совершении сделок с мобильным оборудованием (об этих Конвенциях см. подробнее [гл. 11](#)) предусматриваются специальные правила, направленные на усиление защиты прав лица, участвующего в договоре. При этом в Кейптаунской конвенции одновременно предусматривается, что любые дополнительные способы защиты прав согласно применимому праву, включая способы, согласованные сторонами, могут использоваться в той мере, в какой они не вступают в противоречие с императивными положениями, которые содержатся в Конвенции <1>. Императивный характер норм при обращении к конвенционному режиму при регулировании определенных сделок свидетельствует о специальном предназначении указанных Конвенций в части защиты вещного права.

<1> Статья 12 Кейптаунской конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г. См.: Отдельные виды обязательств в международном частном праве. М.: Статут, 2008. С. 426.

Существование различных коллизионных критериев для возникновения и прекращения вещного права на имущество по сделке и для случаев, когда основанием возникновения или прекращения вещного права служит "действие или обстоятельство", может быть объяснено тем, что в одном случае речь идет о праве собственности или ином вещном праве на имущество, находящееся в статическом состоянии, а в другом - на имущество, находящееся в движении, когда право собственности переходит от одного лица к другому. Из общего правила ст. 1206, определяющего вещно-правовой статут отношения, вытекает, что право собственности на вещь, раз возникшее по закону места ее нахождения, не прекращается в результате перемещения вещи в другую страну.

Статьи 1205, 1205.1 и 1206 о праве, подлежащем применению к возникновению и прекращению вещных прав, охватывают весь спектр проблем правового регулирования вещного правоотношения. При этом коллизионные нормы, которые содержатся в ст. ст. 1205 и 1206, определяют применимое право как право страны местонахождения имущества. Однако для случая возникновения и прекращения права собственности и иного вещного права определяющим является местонахождение имущества **на момент**, когда имело место действие или иное обстоятельство, служащее основанием для возникновения или прекращения права собственности или иного вещного права (п. 1 ст. 1206). Это общее положение п. 1 ст. 1206 касается трех определенных в данной статье обстоятельств возникновения и прекращения права собственности на вещи, находящиеся в коммерческом обороте: когда право собственности и иные вещные права возникают в результате сделок, которые совершаются в период нахождения товара в пути (п. 2 ст. 1206); когда стороны договариваются о переходе права собственности (п. 3 ст. 1206); когда право собственности и иные вещные права возникают в силу приобретательной давности (п. 4 ст. 1206).

Местонахождение имущества, находящегося в пути, т.е. в момент движения товара, определяется по праву страны, из которой оно отправлено (п. 2 ст. 1206). Специальное регулирование возникновения и прекращения права собственности и иного вещного права в отношении такого имущества обусловлено тем обстоятельством, что сделка в отношении этого имущества, а следовательно, и передача права собственности на него, может быть совершена в то время, когда имущество движется, и привязка может быть дана либо к точке отправления, либо к точке назначения движущегося товара. По российскому праву эта точка обозначена как точка отправления.

Коллизионные нормы ст. 1206 объединяет то, что местонахождение имущества определяется с учетом воли сторон в сделке, совершаемой с целью возникновения или прекращения вещного права. Это касается как сделок с товаром, находящимся в пути, так и иных коммерческих сделок, в частности сделки, связанной с возникновением вещного права как обеспечительной меры (п. 3 ст. 1206).

Важно подчеркнуть, что установление в ст. 1206 для возникновения и прекращения права собственности или иного вещного права **особенностей определения местонахождения** имущества в процессе его международного оборота является условием достижения единообразия в практике применения общего коллизионного принципа, сформулированного в ст. 1205 ГК РФ.

Этой цели, в частности, подчинены Гаагские принципы о выборе права, подлежащего применению к международным коммерческим договорам. В этом международном документе, касающемся унификации международного частного права, предусмотрены критерии применения принципа автономии воли сторон, позволяющие выделить в международных коммерческих отношениях отношения, соответствующие вещно-правовому статусу и требующие применения иного принципа - принципа местонахождения вещи, являющейся предметом сделки <1>.

<1> См.: Муратова О.В. Преддоговорные отношения в международном коммерческом обороте: от материально-правового к коллизионному регулированию: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017.

Для возникновения и прекращения права собственности и иных вещных прав на основании приобретательной давности важно определить место нахождения имущества в момент окончания срока приобретательной давности. При решении споров о культурных ценностях возникновение права собственности по этому основанию может иметь решающее значение <1>.

<1> См.: Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 7-е изд. М.: Норма, 2016. С. 224.

Все три случая определения местонахождения имущества, предусмотренные в п. п. 2 - 4 ст. 1206, представляют собой самостоятельные коллизионные нормы для случаев возникновения или прекращения права собственности или иного вещного права, возникающих в международной коммерческой практике (нахождение в пути движимого имущества, достижение соглашения между сторонами сделки и приобретательная давность).

Статья 1206, так же как и ст. 1205, не ограничивается регулированием права собственности, а касается всех вещных прав. При обращении к российскому праву учитываются особенности возникновения права собственности и иных вещных прав по российскому законодательству.

Земельный кодекс содержит нормы, где специально регулируется приобретение земельных участков (и совершение сделок с ними) иностранными гражданами, лицами без гражданства и иностранными юридическими лицами (п. 3 ст. 15, п. 1 ст. 22, п. 5 ст. 28, п. 5 ст. 35) <1>. Особенности предоставления участков из земель сельскохозяйственного назначения иностранным лицам предусматриваются в **Законе об обороте земель сельскохозяйственного назначения**. Особый режим правового регулирования применяется в этом Законе не только к иностранным лицам, но также и к юридическим лицам, в уставном (складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более чем 50% (подп. 5 п. 3 ст. 1).

<1> СЗ РФ. 2001. N 44. Ст. 4147.

Возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на движимое

имущество, находящееся в пути. Пункт 2 ст. 1206 касается коллизий, связанных с возникновением и прекращением права собственности и иных вещных прав **по сделке, заключаемой в отношении движимого имущества, находящегося в пути.** В отличие от правил п. 1 возникновение и прекращение вещного права в отношении такого имущества (находящегося в пути) определяются по праву страны, из которой это имущество отправлено. В соответствии с п. 2 ст. 1206 возникновение и прекращение права собственности в отношении таких товаров определяется **по праву страны отправления, если иное не предусмотрено законом.** Существенно, что ст. 1206 допускает установление "иного" регулирования **законом**, что подчеркивает императивный характер коллизионной нормы, касающейся возникновения или прекращения вещного права. Не во всех странах указанная норма носит императивный характер.

В ГК РФ коллизионные вопросы относительно движимого имущества, находящегося в пути, решены исходя из вещно-правового статута этого имущества, который может быть определен, т.е. "оформлен", только в соответствии с законом того или иного государства. Такой же характер исключения из действия общего принципа вещного статута носит коллизионная норма п. 3 ст. 1206.

Возникновение права собственности и иных вещных прав на движимое имущество. Стороны могут договориться о применении к возникновению и прекращению права собственности и иных вещных прав на движимое имущество права, подлежащего применению к их сделке, без ущерба для прав третьих лиц. Вещно-правовой статут имущества договаривающихся сторон и право, подлежащее применению к сделке, определены в новой части третьей ст. 1206. Пункт 3 ст. 1206 в редакции, предусмотренной Федеральным законом от 30 сентября 2013 г., содержит новое правило общего характера применительно к сделкам, связанным с возникновением и прекращением права собственности и иных вещных прав на движимое имущество. Согласно этому правилу стороны могут договориться о применении к возникновению и прекращению права собственности и иных вещных прав на движимое имущество права, подлежащего применению к их сделке, без ущерба для прав третьих лиц.

Когда речь идет о возникновении и прекращении вещных прав на основании договора, заключаемого по поводу движимого имущества, то, как правило, к соответствующей сделке применяется обязательственный статут. В соответствии с п. 1 ст. 1210 ГК РФ стороны могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору. Принятие новой нормы п. 3 ст. 1206, предусматривающей возможность выбора сторонами к возникновению и прекращению вещных прав на движимое имущество права, подлежащего применению к их сделке, служит цели усиления защиты одной из сторон в договорных отношениях путем придания коллизионному регулированию их имущества в условиях отдельного вида договоров характеристик вещно-правового статута.

Появление новых подходов к коллизионному регулированию связано с развитием в доктрине отдельных стран теории вещно-правовых договоров <1>, а также с расширением практики заключения договоров на передачу уступки требования как одной из форм финансирования хозяйственной деятельности <2>. Действительно, при характеристике договора зарубежное право исходит из того, что экономическая сторона факторинга проявляется в том, что он позволяет предпринимателю, особенно мелкому и среднему, повысить ликвидность активов, оборотоспособность своего капитала и тем самым рентабельность своей деятельности.

<1> В германском праве регулирование уступки требования осуществляется в соответствии с характерным для него делением сделок на "обязывающие" и "распорядительные" ("вещные"). См.: Отдельные виды обязательств в международном частном праве. М.: Статут, 2008. С. 90.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (3-е издание, стереотипное).

<2> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Изд. второе. М.: Статут, 2005. Кн. 1: Общие положения. С. 468, 469.

В Типовом законе ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках предусматривается, что в государстве, которое приняло Типовой закон, суд или иной орган будет использовать нормы коллизионного права, предусмотренные гл. VIII этого Закона, для определения материально-правовых норм государства, которые регулируют такие вопросы, как **создание, сила в отношении третьих сторон, приоритет и реализация обеспечительного права**, а также взаимные права и обязательства праводателя и обеспеченного кредитора и права и обязательства в отношениях между третьими сторонами, принявшими на себя обязательства, и обеспеченными кредиторами. Как мы видим, международный документ ЮНСИТРАЛ разграничивает обеспечительное право, создаваемое по согласию сторон, и права сторон по сделке. Взаимные права и обязательства в отношениях между третьими сторонами и обеспеченными кредиторами предоставляют последним защиту на уровне защиты вещного права.

В настоящее время договор часто используется для обеспечения и защиты прав инвестора как лица, осуществляющего финансирование какой-либо деятельности. Наиболее распространенным способом финансирования является инвестирование свободных денежных средств на рынке ценных бумаг. К договорным формам инвестиций относятся различные регулируемые Гражданским кодексом договоры, например договор лизинга. В международных контрактах вопросам финансирования может быть уделено специальное внимание, к примеру в договоре финансирования под уступку права требования (факторинг). Во всех этих случаях возникает проблема предоставления дополнительных мер защиты приобретенных по договору прав. При этом требуется, чтобы защита прав была адекватна принимаемому на себя стороной в договоре инвестиционному риску <1>. Решение проблемы защиты прав, возникающих из договора, лежит в сфере регулирования инвестиций, а точнее, международного оборота движимого имущества.

Норма п. 3 ст. 1206, согласно которой стороны могут договориться о применении к возникновению и прекращению права собственности и иных вещных прав на **движимое имущество** права, подлежащего применению к их сделке, без ущерба для прав третьих лиц, отражает унифицированный подход к решению некоторых коллизионных вопросов относительно передачи движимых активов, как материальных (оборудование, инвентарные запасы), так и нематериальных (дебиторская задолженность, право требования с банковского счета). Разработанное Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) Руководство

для законодательных органов по обеспеченным сделкам включает в себя рекомендации, касающиеся всех вопросов, к которым законодатель должен обратиться при разработке законодательства об **обеспечительных правах в движимых активах** <1>.

<1> Базинас С.В. Право, применимое к обеспечительным правам на движимое имущество в соответствии с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. N 2. С. 116.

Рекомендации по праву, применимому к обеспеченным сделкам, касаются соглашений об обеспечении, предусматривающих взаимные права и обязанности сторон: лица, предоставившего обеспечение, и обеспеченного кредитора, а также вопросов создания, придания силы в отношении третьих стран, приоритета и реализации обеспечительных прав. Рекомендованные правила, применяемые к обеспечительному праву в дебиторской задолженности, могут применяться ко всем видам уступки дебиторской задолженности, как это предусмотрено в Конвенции об уступке дебиторской задолженности, чьи материально-правовые и коллизионные нормы применяются как к прямой передаче дебиторской задолженности, так и к обеспечительному праву в дебиторской задолженности <1>.

<1> Там же. С. 126.

Применение гражданско-правовых договоров при осуществлении инвестиций внешне выражается в том, что договоры, относящиеся к категории "финансовые сделки", заключаются на определенный срок, а поэтому разрыв между моментом передачи имущества и моментом исполнения своего обязательства другой стороной требует принятия обеспечительных мер. Примечателен перечень объектов прав, к которым не применяется названное Руководство. Это сделки, совершаемые на международных финансовых рынках <1>, договоры, заключаемые в отношении подвижного оборудования <2>, интеллектуальной собственности и недвижимого имущества. В отношении большинства указанных объектов прав действуют специальные международные конвенции.

<1> Ценные бумаги, права на получение платежа, предусмотренные финансовыми договорами, права на получение платежа, регулируемые соглашениями о взаимозачете, права на получение платежа, предусмотренные в рамках валютных сделок.

<2> Воздушные суда, железнодорожный подвижной состав, космические объекты и морские суда, а также другие категории подвижного оборудования.

Имея в виду, что сторона в договоре, передающая имущество, является носителем вещного права, избранное сторонами право применяется и при разрешении спора, связанного с переходом вещного права от одной стороны в договоре к другой. Императивные же нормы о возникновении и прекращении вещных прав (см. п. 1 ст. 1206) применяются только при решении вопроса о том, является ли сторона, передающая вещное право, его добросовестным обладателем. Для остальных

случаев высказывались аргументы в пользу распространения правила ст. 1210 ГК РФ и на отношения, урегулированные ст. 1211 ГК РФ <1>.

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части третьей / Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. М., 2004. С. 380.

Обращение к коллизионным критериям, характерным для договорного права, объясняется усилением роли международных конвенций, целью которых является обеспечение защиты прав стороны в контракте. В конвенциях о международном финансовом лизинге, международном факторинге, об обеспечительных мерах при совершении сделок с мобильным оборудованием предусматриваются специальные правила.

Некоторыми специалистами высказывается мнение о происходящей "модернизации" коллизионной нормы: "Чтобы обеспечить исполнение по сделке, не вступая во владение предметом сделки, сохраняя титул собственника, действия, совершенные в стране А (стране-экспортере), должны получить признание или дополниться элементами, требуемыми законодательством в стране Б (в стране-импортере)" <1>. Однако наилучшим способом решения проблемы исполнения по сделке остается все же обращение к международному договору. Так, согласно ст. 12 Кейптаунской конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г. любые дополнительные способы защиты прав согласно применимому праву, включая любые способы защиты прав, согласованные между сторонами, могут использоваться в той мере, в какой они не вступают в противоречие с императивными положениями, которые содержатся в Конвенции <2>.

<1> Good R., Kronke H., McKendrick E., et al. Transnational Commercial Law. Oxford University Press, 2007. P. 71.

<2> См.: Отдельные виды обязательств в международном частном праве. М.: Статут, 2008. С. 436.

Возникновение права собственности и иных вещных прав в силу приобретательной давности. Коллизионная норма о возникновении права собственности по истечении срока приобретательной давности (п. 4 ст. 1206) содержится в гражданских кодексах многих стран.

Содержание института приобретательной давности сводится к тому, что у лица, не являющегося собственником имущества, но добросовестно, открыто и непрерывно владеющего им в течение установленного законом срока как своим, возникает право собственности. По российскому праву этот срок зависит от того, является ли имущество движимым или недвижимым. Для недвижимого имущества срок приобретательной давности составляет 15 лет, для любого иного - 5 лет (ст. 234 ГК РФ).

Судебная практика Российской Федерации исходит из того, что для признания права собственности на недвижимое имущество по истечении срока приобретательной давности, так же как и права собственности, возникшего на любом ином законном основании, необходима

регистрация в соответствии с **Законом о регистрации прав на недвижимость**. Отсутствие такой регистрации препятствует осуществлению защиты возникшего права. Лицо, считающее, что стало собственником в силу приобретательной давности, вправе обратиться в суд с заявлением о признании за ним права собственности. Решение суда об удовлетворении этого заявления является основанием для регистрации уполномоченным органом права собственности лица на недвижимое имущество <1>. При этом следует иметь в виду, что материальные нормы ГК РФ о приобретательной давности не применяются в случаях, когда лицо владеет имуществом на основании договора (аренды, хранения, безвозмездного пользования). Данное положение будет применяться, если имущество, являющееся предметом спора, будет находиться на территории России в момент окончания срока приобретательной давности. Коллизионная норма п. 4 ст. 1206 о возникновении и прекращении права собственности и иных вещных прав на имущество в силу приобретательной давности определяет применимое право как право страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности.

<1> См.: Гражданский кодекс России. Текст ГК. Разъяснения по вопросам судебной практики: Алфавитно-предметный указатель / Сост. О.Ю. Шилов. 2-е изд., испр. и доп. М.: МЦФЭР, 2002. С. 857.

4. Право, подлежащее применению к вещным правам на суда и космические объекты (ст. 1207 ГК РФ). В коллизионном регулировании права собственности и иных вещных прав на транспортные средства, суда, космические объекты и иное имущество, подлежащее государственной регистрации, есть особенности.

Право собственности и иные вещные права на воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты, подлежащие государственной регистрации, определяются в России по праву страны, где эти суда и объекты зарегистрированы (ст. 1207 ГК РФ).

Появление объектов вещных прав, требующих регистрации и, соответственно, подчиняющихся праву страны их регистрации, связано с различными обстоятельствами. Например, требование регистрации воздушных судов может быть объяснено особыми свойствами объектов вещных прав. Необходимость их регистрации связана с требованием обеспечения безопасности пользователей этих объектов и третьих лиц. Исполнение этого требования и ответственность за соответствие воздушного судна всем требованиям безопасности лежит в конечном счете на государстве, осуществляющем регистрацию. Такое объяснение подтверждается действием Чикагской конвенции о международной гражданской авиации, которая была подписана 7 декабря 1944 г. и вступила в силу 4 апреля 1947 г. В ней участвуют 185 государств, в том числе Россия как правопреемник СССР с 14 сентября 1970 г. <1>.

<1> Чикагская конвенция предусматривает условия участия воздушных судов и членов персонала в международной навигации. Соблюдение государством принятых международных правил и стандартов по всем вопросам аэронавигации, перечисленным в Конвенции, обеспечивается системой регистрации и сертификации воздушных судов, а также отдельных его частей. В соответствии со ст. 40 Конвенции "ни одно воздушное судно, а также ни один член персонала, имеющие удостоверения или свидетельства с указанными отметками, не участвуют в

международной навигации иначе, как с разрешения государства или государств, на территорию которых они прибывают. Регистрация или использование любого такого воздушного судна или любой его сертифицированной части в любом ином государстве, кроме того, в котором оно первоначально сертифицировано, остаются на усмотрение государства, в которое импортируется воздушное судно или его часть". Текст Конвенции см.: Международное публичное право / Сост. К.А. Бекашев, А.Г. Ходаков. М.: Бек, 1996.

Важным представляется то, что требование регистрации может относиться как к движимым, так и к недвижимым вещам. При этом наибольшее распространение в законодательстве различных стран получило требование регистрации недвижимого имущества. В российском праве требование регистрации также связывается с квалификацией имущества как недвижимого. Воздушные суда, а также морской и речной транспорт относятся к недвижимым вещам (абз. 2 п. 1 ст. 130 ГК РФ). В то же время Федеральный закон "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" не распространяется на воздушные, морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты.

Законодательно закрепленное требование регистрации, с которым связано применение права страны, где зарегистрировано имущество, все более широко используется для целей регулирования рыночных отношений, при этом не всегда это требование связано с квалификацией имущества как недвижимого. В условиях рынка требование регистрации чаще связано с необходимостью обособления имущества как единого комплекса с целью его привязки к определенной национальной правовой системе. Это вызвано расширением международного экономического сотрудничества, в частности увеличением объемов иностранных инвестиций.

Значение регистрации судов и иных объектов транспорта связано не столько с их характеристикой как недвижимого имущества, сколько с требованием **предоставления этим судам защиты в рамках национальной правовой системы конкретного государства, где бы эти суда ни находились**. Судно как объект вещного права обладает той особенностью, что его предназначением является перемещение и пересечение государственных границ. Космические объекты предполагают движение в пространстве, свободном от юрисдикции какого-либо государства, но и для них важным является **свойство государственной принадлежности**. Именно это свойство имущества в условиях его постоянного перемещения в пространстве требует более определенной формулировки, чем привязка к праву страны места его нахождения.

В развивающемся международном обороте указанный подход имеет большое значение и с точки зрения налогообложения собственника объекта. Международное налоговое право, выраженное в модельных международных соглашениях, оказывает влияние на развитие института вещного права в международном частном праве в силу того, что экстерриториальное действие налогового права становится заметной тенденцией развития международного сотрудничества <1>. В силу действия этой тенденции государственная принадлежность налоговой базы становится критерием выбора применимого права и в случае определения вещного права на космические объекты.

<1> Модельную налоговую конвенцию на доходы и капитал (Model Tax Convention on income and on capital) Организации экономического сотрудничества и развития - ОЭСР, а также Модельную конвенцию об избежании двойного налогообложения в отношениях между развитыми

и развивающимися странами, принятую Организацией Объединенных Наций - ООН, см.: Хаванова И.А. Международные договоры об избежании двойного налогообложения / Под ред. И.И. Кучерова. М.: Юриспруденция, 2016.

В праве многих стран предусмотрено, что право собственности и иное вещное право в отношении морских судов определяется по месту их регистрации. В российском законодательстве это отражено в Кодексе торгового мореплавания (КТМ). Из положений о регистрации морских судов, содержащихся в КТМ, вытекает, что целью регистрации морских судов является не регистрация права собственности на судно как на недвижимое имущество, а **установление национальности судна** (ст. 16 КТМ). При этом национальность судна может быть иной, чем национальность собственника морского судна. Именно судно, а не его собственник, пользуется правом плавания под Государственным флагом Российской Федерации.

С национальностью судна обычно связываются определенные преимущества, например исключительное право на осуществление каботажных перевозок <1>. Предоставление права плавания под национальным флагом закон может связывать с выполнением определенных требований, предъявляемых при допуске иностранцев в национальный торговый флот. Согласно п. 1 ст. 15 КТМ только судам, находящимся в собственности граждан, юридических лиц РФ, а также государства Российской Федерации, субъектов РФ, его муниципальных образований может предоставляться право плавания под Государственным флагом Российской Федерации. Если судно перестает соответствовать требованиям п. 1 ст. 15 (меняет собственника), оно утрачивает право плавания под Государственным флагом Российской Федерации (ст. 18 КТМ).

<1> Кейлин А.Д. Советское морское право. М., 1954. С. 131.

В российском праве воздушные суда, суда внутреннего плавания, космические объекты также отнесены к категории имущества, право собственности и иные вещные права на которые определяются по праву страны, где они зарегистрированы <1>. В Законе РФ от 20 августа 1993 г. N 5663-1 "О космической деятельности" <2> подчеркивается, что Российская Федерация сохраняет юрисдикцию и контроль над зарегистрированными в ней космическими объектами во время нахождения этих объектов на Земле, на любом этапе полета в космос или пребывания в космосе, на небесных телах, а также после возвращения на Землю за пределами юрисдикции какого-либо государства (п. 2 ст. 17).

<1> В соответствии с Кодексом внутреннего водного транспорта Российской Федерации средствами идентификации судна являются его название и номер, которые необходимы для осуществления государственной регистрации судна (п. 1 ст. 13).

<2> Российская газета. 1993. 6 окт.

В последнее время актуальной становится проблема обособления отдельных частей (оборудования) воздушных судов для целей защиты вещного права на них в случае передачи их в аренду (лизинг). При этом речь идет об обособлении наиболее дорогостоящих их частей, например авиационных двигателей. На основе регистрации такого имущества, которое не

подпадает под характеристику "воздушное судно", но зато обладает характеристикой имущества, перемещаемого из одного государства в другое, определяется порядок осуществления и защиты вещного права на это имущество. Он предусматривается в Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, подписанной в Кейптауне 16 ноября 2001 г., упомянутой в начале главы в связи с необходимостью унификации правового регулирования института вещного права <1> (подробнее о Кейптаунской конвенции см. [гл. 12](#)).

<1> В подписании Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования участвовали 58 государств, в том числе и Российская Федерация. Конвенция о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования вместе с Протоколом об авиационном оборудовании является продолжением работы Международного института унификации частного права (УНИДРУА) в области международного финансового лизинга.

5. Международные договоры о правовой помощи как инструмент унификации правового регулирования вещных прав. Единообразие в регулировании коллизионных вопросов права собственности и иных вещных прав достигается при заключении международных договоров о правовой помощи. В них содержатся коллизионные нормы, применять которые государства договорились при разрешении гражданско-правовых споров между лицами договаривающихся государств. Двусторонние договоры о правовой помощи связывают различные государства, в том числе и страны СНГ.

Помимо двусторонних международных договоров в практике стран СНГ применяется также многосторонняя Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанная в Минске в 1993 г. (Минская конвенция).

Содержащаяся в некоторых двусторонних международных договорах коллизионная норма касается права собственности как центрального института вещных прав. Она определяет основной коллизионный принцип в отношении недвижимого имущества (**lex rei sitae**); коллизионную норму в отношении права собственности на транспортные средства и иное имущество, подлежащее государственной регистрации, а также коллизионную норму в отношении возникновения и прекращения права собственности или иного вещного права.

В ст. 38 Минской конвенции указанные положения дополнены также нормой, применяемой при квалификации имущества в качестве движимого или недвижимого. Вопрос о том, какое имущество является недвижимым, решается в соответствии с законодательством страны, на территории которой оно находится.

§ 3. Защита вещных прав и вопросы иностранных инвестиций

1. Для рыночной системы ведения хозяйства характерно то, что в ее основе лежит защита частной собственности, кому бы она ни принадлежала - отечественному или иностранному производителю. В России основы рыночной экономики и соответствующие ей принципы защиты вещных прав физических и юридических лиц заложены в Конституции РФ, согласно которой "права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности

государства" (ст. 55). Следует иметь в виду и то, что иностранным лицам согласно ст. 62 Конституции РФ предоставляется национальный режим (см. [гл. 5](#)).

Под иностранными инвестициями понимается вложение иностранного капитала.

Закон говорит о капиталовложении инвестора в объекты предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, если такие объекты не изъяты из оборота и не ограничены в обороте в соответствии с федеральными законами. Указанные вложения могут осуществляться в любой форме, в том числе в виде денег, ценных бумаг (в иностранной валюте и валюте РФ), иного имущества, имущественных прав, имеющих денежную оценку исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), а также услуг и информации (ст. 2 Федерального закона "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации").

В определении иностранных инвестиций важным является то, что объекты, которые могут выступать в качестве вложения капитала (материальные, т.е. имущество, нематериальные объекты, т.е. услуги и информация, имущественные права), должны иметь **денежную оценку**, чтобы они могли рассматриваться как инвестиции или как капитал ^{<1>}. В этой связи особая роль в регулировании инвестиций отводится валютному законодательству. Регулирование иностранных инвестиций на рынке ценных бумаг в настоящее время подчиняется в том числе и действию Федерального закона "О валютном регулировании и валютном контроле".

^{<1>} См.: Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Государство и регулирование инвестиций (гл. 1 "Понятие и виды инвестиций"). М.: Городец, 2003.

Особенностью нового валютного регулирования является то, что в понятие "валютные ценности" вводится категория "внешние ценные бумаги". К **внутренним ценным бумагам** закон относит эмиссионные ценные бумаги, номинальная стоимость которых выражена в рублях, а их выпуск зарегистрирован в Российской Федерации, а также все иные ценные бумаги, выпущенные на территории Российской Федерации и дающие право на получение валюты Российской Федерации. К **внешним ценным бумагам** относятся ценные бумаги, в том числе и в бездокументарной форме, которые не относятся к внутренним ценным бумагам.

В начале 1990-х гг. практически все страны СНГ приняли законы об иностранных инвестициях, которые представляли собой почти зеркальное отражение Основ законодательства об иностранных инвестициях, принятых в СССР. Практически одновременно с Основами в 1991 г. был принят первый Закон об иностранных инвестициях в РСФСР и в других бывших союзных республиках - странах СНГ ^{<1>}.

^{<1>} В РСФСР - Закон от 4 июля 1991 г. N 1545-1 "Об иностранных инвестициях в РСФСР"; в Республике Беларусь - Закон от 14 ноября 1991 г. N 1242-XII "Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь"; в Казахстане - Закон от 7 декабря 1990 г. N 383-XII "Об иностранных инвестициях в Казахской ССР"; в Республике Кыргызстан - Закон от 28 июня 1991 г. N 537-XII "Об иностранных инвестициях в Республике Кыргызстан"; в Таджикистане - Закон от 10

марта 1992 г. N 555 "Об иностранных инвестициях в Республике Таджикистан".

2. В Российской Федерации Закон об иностранных инвестициях в новой редакции был принят 9 июля 1999 г. Он ограничил сферу действия предоставлением **государственных гарантий прав иностранных инвесторов при осуществлении ими инвестиций на территории РФ**. Закон не распространяется на отношения, связанные с вложениями иностранного капитала в банки и иные кредитные организации, а также в страховые организации. Он не распространяет свое действие на отношения, связанные с инвестициями в некоммерческие организации для достижения определенной общественно полезной цели.

Российский закон об иностранных инвестициях существенно расширяет перечень государственных гарантий - он включает в себя также и **гарантию от неблагоприятного для инвестора изменения законодательства**. В литературе эта гарантия получила название "дедушкиной оговорки", так как она предполагает сохранение действия "старого" действовавшего на момент осуществления инвестиций законодательства в случае неблагоприятного для инвестора изменения этого законодательства. Закон также ограничивает сферу применения льгот (налоговых и таможенных), с одной стороны, инвестициями в форме приоритетных инвестиционных проектов, с другой - коммерческими организациями с иностранными инвестициями, в которых доля иностранного участия составляет более чем 25%. Закон предусматривает порядок аккредитации филиалов иностранных юридических лиц и уточняет требования, которые должны быть соблюдены головной организацией при открытии филиала на территории РФ. Закон также регулирует порядок создания и ликвидации коммерческих организаций с иностранными инвестициями.

Законы об иностранных инвестициях представляют собой сложные (комплексные) правовые акты, которые включают в себя не только нормы международного частного права, но также и нормы, определяющие условия допуска и осуществления иностранных инвестиций, т.е. по своей правовой природе нормы административно-правовые. Следует особо выделить нормы, касающиеся гарантии выплаты компенсации иностранным инвесторам за ущерб, причиненный вследствие принятия государством действий или мер регулирования, нарушающих вещные права иностранного инвестора.

Важную роль в защите вещных прав инвесторов играет **Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. N 57-ФЗ "О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства"**. Этот Закон обеспечивает прозрачность действий органов государства, регулирующих деятельность иностранных инвесторов. Под действие Закона подпадают отношения, связанные с осуществлением иностранными инвесторами или группой лиц инвестиций в форме приобретения акций (долей), составляющих уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение, а также с совершением иностранными инвесторами сделок, в результате которых устанавливается контроль иностранных инвесторов над указанными хозяйственными обществами (см. подробнее об этом в [гл. 6](#)).

Вопросы защиты вещных прав иностранных инвесторов решаются помимо законов об иностранных инвестициях в законах, регулирующих добычу полезных ископаемых (например, в Законах о концессионных договорах, о соглашениях о разделе продукции).

Под **договором концессии** в его классическом, т.е. широко применяемом в первые

послевоенные годы виде понимали прежде всего разрешение государства иностранному лицу осуществлять деятельность при соблюдении последним ряда условий (которые создавали впечатление договорных условий). К настоящему времени договоры концессии претерпели значительные изменения; в их основе лежит изменение самой природы отношений государства с иностранным частным инвестором. Из публично-правового акта договоры концессии превратились в гражданско-правовую гарантию государства, предоставляемую иностранному инвестору в форме обязательства компенсировать последнему затраты, которые могут возникнуть в связи с неблагоприятным изменением законодательства. Обязательству государства противостоит обязательство иностранного инвестора при достижении цели, предусмотренной договором концессии, точно исполнять действующее законодательство, включая налоговое и таможенное.

Одной из форм гражданско-правового договора концессии, называемого часто в зарубежной литературе "государственным контрактом", является **соглашение о разделе продукции**, широко используемое в практике нефтедобывающих государств. Взаимность в исполнении обязательств сторонами (или, другими словами, баланс интересов в государственном контракте) может быть достигнута разными способами. В соглашении о разделе продукции она достигается специфическим способом - путем раздела добытой нефти в пропорции, предусмотренной самим соглашением. В договоре концессии - стабилизационной оговоркой.

И договор концессии, и соглашение о разделе продукции являются **договорными формами гарантий прав иностранного инвестора**.

Государственные гарантии защиты прав иностранных инвесторов, предусматриваемые в законах об иностранных инвестициях, отличаются тем, что обращены к неопределенному кругу лиц. Иностраный инвестор заинтересован в том, чтобы государство исполнило свои обязательства по гарантии как сторона в гражданском договоре, т.е. выплатило бы при наступлении определенных в договоре обстоятельств сумму компенсации в размере, определенном в договоре.

В Федеральном законе от 21 июля 2005 г. N 115-ФЗ "О концессионных соглашениях" предусматривается, что концессионер имеет право на возмещение убытков, причиненных ему в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации (п. 2 ст. 18) <1>. В Законе предусмотрены также и другие гарантии, которые повторяют содержание государственных гарантий, указанных в других законодательных актах, посвященных инвестициям, например отказ со стороны концедента от применения мер дискриминационного характера (ст. 19), предоставление концессионеру права требовать изменения договора в случае неблагоприятного для него изменения законодательства (ст. 20). Как любой гражданско-правовой договор, концессионное соглашение может быть расторгнуто по соглашению сторон или решением суда по требованию стороны концессионного соглашения (ст. 13). Закон не касается некоторых особенностей концессионных соглашений, выявленных в практике их заключения. Он не затрагивает, например, случаев совершения концедентом правомерных действий, влекущих возникновение материального ущерба для концессионера, случаев возникновения ответственности концедента при принятии им мер регулирования, приравненных к экспроприации. В Законе отсутствуют также коллизионные нормы, которые могли бы применяться в случае, когда концессионером является иностранное юридическое лицо,

как это предусмотрено в ст. 5 Федерального закона "О концессионных соглашениях".

<1> СЗ РФ. 2005. N 30 (ч. II). Ст. 3126.

Принимаемое на себя государством по договору концессии обязательство компенсировать затраты инвестора, в том числе вызванные резким изменением законодательства в течение срока исполнения договора, является одной из форм выражения гарантии, содержащейся в Законе об иностранных инвестициях. В Законе о концессионных соглашениях указанная норма должна отразить все особенности данного гражданско-правового договора.

Другими формами гарантии следует считать **обязательство государства в случае национализации частной собственности или при решении иных вопросов защиты прав иностранного инвестора подчиниться юрисдикции специализированного арбитража по разрешению инвестиционных споров**, как это предусмотрено Вашингтонской **конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств 1965 г.** <1>, и **выплатить компенсацию, следуя условиям Сеульской конвенции об учреждении Международного агентства по гарантиям инвестиций (МАГИ) 1985 г.** <2>. Названные Конвенции создали международно-правовой механизм, обеспечивающий реализацию гарантий, предоставляемых государством по гражданско-правовым договорам, заключаемым с иностранными инвесторами. Он применяется к государственным контрактам, называемым часто инвестиционными соглашениями, в силу участия государства в гражданско-правовых отношениях.

<1> Вступила в силу 14 декабря 1966 г. В ней участвуют более 100 государств. Россия подписала Конвенцию 16 июня 1992 г., но не ратифицировала ее.

<2> Вступила в силу 12 апреля 1988 г. В ней участвует более 110 государств. Россия ратифицировала Конвенцию 29 декабря 1992 г.

3. Участие государства в качестве стороны в гражданско-правовом договоре порождает определенные трудности в случае возникновения спора: государство может воспользоваться своим правом суверена и, ссылаясь на иммунитет, не подчиниться юрисдикции чужого государства (см. [гл. 7](#)). Участие государства в гражданско-правовом споре нередко служит препятствием для его разрешения в рамках своей национально-правовой системы, что может выражаться в использовании различных средств затягивания процедуры разрешения споров, оказания давления на органы государственной судебной системы.

Для преодоления трудностей, связанных с участием государства в гражданско-правовых отношениях, в практике межгосударственных отношений применяются двусторонние международные соглашения о взаимной защите и гарантиях инвестиций, а также названная Вашингтонская конвенция.

В соответствии с **двусторонними международными соглашениями о взаимной защите капиталовложений** инвестиционные споры могут разрешаться в компетентных судах или

арбитражах договаривающихся государств, в третейских судах **ad hoc** или в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), созданном в соответствии с Вашингтонской конвенцией <1>. Споры, возникающие из отношений, связанных с необходимостью выплаты государством компенсации иностранному инвестору, получают свое решение благодаря участию государства в международной системе страхования инвестиций (Сеульская конвенция об учреждении Международного агентства по гарантиям инвестиций (МАГИ) 1985 г.).

<1> Например: ст. 8 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Словацкой Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений // Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России: Сборник нормативных актов и документов. М., 1995. С. 130.

Подчинение международному арбитражу (третейскому суду по своей правовой природе) в принципе рассматривается как одна из важных гарантий иностранных инвестиций, поскольку в международной торговле третейский суд, или арбитраж, обеспечивает необходимую для этих случаев независимость от государственной судебной системы, или альтернативный порядок разрешения споров (см. [гл. 23](#)). МЦУИС (в английской аббревиатуре "ИКСИД" - **ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes**) занимает особое место среди институциональных арбитражей. Он создан на основе международной конвенции и отличается от национальных институциональных арбитражей тем, что процедура международного арбитража в этом случае определяется нормами международной конвенции и нормы международного права в этом случае пользуются преимуществом <1>.

<1> См.: Лебедев С.Н. Международный арбитраж и проблема защиты иностранных инвестиций // Тезисы докладов научно-практической конференции "Правовые проблемы иностранных инвестиций в СССР". М., 1991. С. 87, 88.

Особенностью международного механизма, созданного специально для разрешения инвестиционных споров, является то, что в данном случае положения международного договора образуют "собственный, автономный закон арбитража", включая средства контроля за деятельностью арбитража, которые в обычном международном коммерческом арбитраже сохраняются за национальными судебными органами. Эта особенность позволяет преодолеть препятствия, вызванные непосредственным участием в споре государства.

Вопросы, связанные с разрешением инвестиционных споров и выплатой компенсации иностранному инвестору, находят свое прагматическое решение в другой многосторонней конвенции, посвященной иностранным инвестициям, - в Сеульской конвенции 1985 г., учредившей Международное агентство по гарантиям инвестиций (МАГИ), в задачу которого входит страхование от некоммерческих рисков, связанных с инвестированием иностранного капитала.

В основе защиты интересов иностранных инвесторов в данном случае лежит коммерческий договор страхования (контракт), сторонами в котором являются международная организация -

МАГИ (страховщик, суброгат в отношениях с государством - участником Конвенции) и иностранный инвестор (страхователь, держатель гарантии).

В соответствии с заключенным контрактом одна сторона - МАГИ обязуется выплатить другой стороне - Держателю гарантии определенную в договоре сумму, которая составляет обычно процент от суммы убытков, понесенных Держателем гарантии в результате указанного в контракте случая (введение ограничений в переводе валюты за границу, экспроприация имущества иностранного инвестора, нарушение контракта, заключенного иностранным инвестором с государством, например договора концессии, военные действия и гражданские волнения на территории государства, принимающего иностранные инвестиции). Все эти случаи относятся к категории некоммерческих рисков иностранного инвестора, и их покрытие обеспечивается путем участия государства в капитале созданной на основе международного договора страховой организации, каковой является МАГИ.

Помимо действующих многосторонних международных договоров в области иностранных инвестиций разработаны также и **другие документы**, касающиеся вопросов защиты иностранной собственности. Сильная конкуренция в сфере воздушных перевозок создала предпосылки для развития новых форм предпринимательской деятельности на основе договора лизинга и появления новых форм гарантий защиты вещных прав. Использование договора лизинга для целей финансирования компаний-перевозчиков потребовало создания международных гарантий защиты "интереса собственника" на случай банкротства должника - приобретателя объекта вещных прав. Эта форма защиты применяется в отношении самой дорогой части транспортного средства (например, двигателя самолета) <1>.

<1> См.: Implementing The Cape Town Convention and the Domestic Laws on Secured Transactions. Editor Souichiou Kozuka. Springer. Switzerland, 2017. P. 15.

Правовая основа для развития тенденции "интернационализации" вещного права была создана в середине XX в. международно-правовыми документами, относящимися к определению правовых последствий национализации иностранной собственности. Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН по вопросу национализации иностранной собственности сохраняют свою актуальность в случаях защиты иностранных инвестиций.

§ 4. Национализация частной собственности

Вопросы, связанные с национализацией, впервые были подняты в связи с **защитой государственных интересов СССР** в иностранных судах. Проблема защиты российских государственных интересов возникала в связи с тем, что национализация без выплаты собственнику компенсации **рассматривалась судами капиталистических стран как мера наказания по уголовному праву (конфискация)**. На этом основании суды отказывались признавать и, соответственно, применять советские декреты о национализации имущества, когда речь шла о находящемся на территории иностранного государства имуществе национализированных русских банков и страховых обществ. Для того чтобы избежать применения советского закона о национализации, американские суды квалифицировали национализацию как карательное мероприятие, извращая сущность советских законов. Это означало, по существу,

отказ в признании актов национализации, принятых Советским государством.

В отечественной доктрине отказ в признании актов национализации, принятых Советским государством, рассматривался как нарушение собственного, т.е. действующего в стране суда, коллизионного права. При этом советское международное частное право исходило из того, что акты государства, включая меры правового регулирования, не относящиеся к гражданскому законодательству, обладают экстерриториальностью и их законность не может обсуждаться в иностранном суде.

Акты национализации, так же как и другие меры государственного регулирования, как правило, признаются в судах и арбитражах различных государств. Это в равной степени относится к мерам регулирования внешней торговли (запрещение импорта, экспорта, отказ в выдаче лицензий), к мерам валютного регулирования (ограничения в операциях с иностранной валютой) и к мерам регулирования иностранных инвестиций, к числу которых относятся и акты национализации иностранной собственности.

В отечественной доктрине международного частного права указанные меры рассматриваются как **административно- или государственно-правовые акты, применение которых не может быть основанием для возникновения коллизий законов**. Даже если иностранный суд и игнорирует принятые нормативные акты, речь идет не об отказе в применении иностранного закона, а "о непризнании тех или иных гражданско-правовых последствий такого рода актов" <1>.

<1> Лунц Л.А. Курс международного частного права: Общая часть. М., 1973. С. 179.

Однако при разрешении споров, связанных с принятием мер государственного регулирования, в сфере гражданско-правового регулирования, а следовательно, и в сфере международного частного права остаются вопросы **действительности денежного обязательства**, если речь идет о валютных мерах ограничительного характера, **действительности договорного обязательства**, если отказано в выдаче лицензии на экспорт предмета договорного обязательства, а также вопросы **определения размера компенсации**, выплачиваемой собственнику национализированного имущества, являющегося иностранной частной инвестицией.

В этих случаях в ходе применения иностранными судами коллизионной нормы могут возникнуть коллизии в связи с толкованием тех или иных понятий, используемых в этой норме, т.е. так называемые **скрытые коллизии**. "Применение коллизионной нормы требует надлежащего разрешения вопроса о порядке ее толкования: знаменитый вопрос о "квалификации" в международном частном праве утратил свое былое значение там, где суд не считает себя связанным определенной коллизионной нормой, но там, где такая норма действует, проблема "квалификации" остается" <1>.

<1> Лунц Л.А. К вопросу о квалификации в международном частном праве // Советское государство и право. 1980. N 2.

Проблема скрытых коллизий, или проблема выбора критерия толкования коллизионной нормы, часто возникает при разрешении инвестиционных споров, связанных с национализацией собственности иностранного инвестора. В основе указанной категории споров лежит признание акта национализации, а значит, признание права собственности на национализированное имущество. Квалифицировать фактический состав такого правоотношения (включая акт национализации, принятый государством) одинаково допустимо **как по закону суда, так и по закону страны, к которой относится иностранный элемент**. В соответствии с ранее действовавшим законодательством предусматривалось, что "права собственника в случае предъявления им вещных требований о защите права собственности определяются по его выбору правом страны, где его имущество находится, правом страны, в суде которой заявлено требование, или правом страны, в которой транспортное средство внесено в государственный реестр" (п. 4 ст. 164 Основ). В настоящее время это правило не действует, поскольку в части третьей ГК РФ оно не предусмотрено.

Для скрытых коллизий в зарубежной практике применялись различные критерии, например критерий **lege causae** (право, относящееся к самому обязательству).

В 1954 г. английский апелляционный суд утвердил решение суда первой инстанции, по которому были признаны обоснованными требования испанской казны в отношении находящихся в Англии ценных бумаг, принадлежавших лицу, умершему в Испании и там же domiciliрованному <1>.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: Общая часть. С. 289.

В практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров защита вещных прав иностранного инвестора осуществляется путем толкования коллизионных норм с применением **автономной квалификации** (см. [гл. 4](#)).

Одним из самых первых примеров применения критерия автономной квалификации в инвестиционном споре может служить квалификация фактического состава правоотношения, лежащего в основании рассмотрения дела Лена Гольдфильдс. В зарубежной литературе оно получило оценку как одно из "достижений правительств и арбитражных судов" в мирном разрешении экономических споров <1>.

<1> См.: Arbitrating for Peace. How Arbitration Made. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC). Editors: Ulf Franke, Annette Magnusson, Joel Dahlquist. Kluwer Law International D.V. The Netherlands. 2016 (Lebedev S.N., Doronina N.G. Arbitrating Russian Concession Contracts: The Lena Goldfields Case). P. 45 - 54).

Спор возник в связи с невозможностью исполнения иностранным концессионером (английской компанией Лена Гольдфильдс Лимитед) заключенного им в 1925 г. с советским правительством концессионного договора и с требованием английской компании выплатить ей 13 млн ф. ст. убытков и упущенную прибыль, что составило в общей сложности 350 млн ф. ст. Спор был разрешен в порядке арбитража **ad hoc** в Лондоне 12 февраля 1930 г. В качестве применимого

права суд впервые избрал не национальное право, а "общие принципы права", выведенные на основе сравнения института неосновательного обогащения в английском и советском праве. Таким образом, защита прав иностранного концессионера в деле Лена Гольдфильдс строилась на основании автономной квалификации института неосновательного обогащения по английскому и советскому гражданскому праву <1>.

<1> См.: Пергамент М.Я. Лена Гольдфильдс // Международная жизнь. 1930. N 12.

В практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров примером обращения к общим принципам права может служить разрешение спора между американской компанией "Тексако" и Ливийской Арабской Республикой (1979 г.).

Вопрос признания актов национализации в инвестиционных спорах является лишь частным случаем общей проблемы **признания актов государства**. При этом следует отметить, что, как правило, вопросы признания действия различного рода актов административного регулирования в международных экономических отношениях решаются на основе межгосударственных договоров, т.е. договоров международного публичного права. Так, признание действия валютного запрещения имеет своим основанием Бреттон-Вудское соглашение о Международном валютном фонде 1944 г. Признание мер административного регулирования в области внешнеэкономических отношений, в том числе отношений, связанных с иностранными инвестициями, лежит в основании соглашений, подписанных в рамках ГАТТ - Генерального соглашения по тарифам и торговле 1947/1994 гг. Результатом действия этих соглашений является признание гражданско-правовых последствий, связанных с актами административного регулирования, принимаемыми государством.

В области регулируемых нормами гражданского права отношений, когда участниками сделок являются организации и фирмы, принадлежащие иностранным государствам, может возникнуть **вопрос о признании гражданских прав и обязанностей, возникших под действием иностранного закона**. С развитием правового регулирования иностранных инвестиций в развивающихся странах вопрос о признании актов государственного регулирования, в том числе актов о национализации иностранной собственности, а также актов административного регулирования вновь приобрел свою актуальность.

Решение вопроса о признании актов национализации, принятых в 1960-х гг., отличается от решения указанной проблемы в связи с декретами о национализации, принятыми советским правительством. Споры, связанные с признанием советских декретов о национализации, в конечном счете привели к тому, что эти декреты, несмотря на то что национализация проводилась без выплаты компенсации, получили признание де-факто как государственные акты, направленные на создание новой социально-экономической системы. Признание же действия национализации иностранных монополий в развивающихся странах, проводившейся в 1960-х гг., получило в международном праве несколько иное решение.

В резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН, принятых в 1970-х гг., признавалась законность актов национализации только **при условии выплаты компенсации собственникам национализированного имущества** <1>. Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН в какой-то степени возвращали всех к действовавшей до Революции 1917 г. в международном праве норме,

согласно которой выплата иностранному инвестору компенсации в связи с национализацией (экспроприацией) собственности признавалась обязательной.

<1> См.: Res.1803 (XVII) On Permanent sovereignty over Natural Resources // UN Doc. A/5217 (1962); Res. 3201 (S-VI) The Declaration on the Establishment of New Economic Order // UN Doc.A/9559 (1979); Res 3281 (XXIX) Charter of Economic Rights and Duties of States // UN Doc/A/9631 (1974).

Дело "фабрики Хорзов" рассматривалось в 1928 г. в Международном суде в Гааге по иску Германии к Польше в связи с экспроприацией Польшей имущества - фабрики Хорзов, находящегося в собственности гражданина Германии. В решении по делу "фабрики Хорзов" предусматривалось, что "основным принципом разрешения конфликта, вызванного принятием незаконного акта, каким является акт экспроприации иностранной собственности, является уплата суммы репарации в таком объеме, который позволит устранить все неблагоприятные последствия и восстановит то состояние, которое сложилось к моменту принятия этого акта" <1>.

<1> Об этом деле подробнее см.: Norton P.M. A Law of the Future or the Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation // The American Journal of International Law. 1991. Vol. 85. P. 474 - 505.

Однако если в начале века акты экспроприации, национализации имущества рассматривались как незаконные, то в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН, в отличие от решения Международного суда в 1928 г., утверждалось суверенное право народов (государства) распоряжаться своими естественными богатствами и ресурсами, в том числе и право на их национализацию. Как следствие признания законности этого акта подтверждается необходимость выплаты компенсации собственнику национализированного имущества.

Закрепленный в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН принцип защиты вещных прав в случае национализации частной собственности находит отражение в национальном праве практически всех государств. После Второй мировой войны указанный принцип признали страны Восточной Европы. В настоящее время этот принцип отражен в законах об иностранных инвестициях стран СНГ в статьях, касающихся вопросов национализации собственности иностранных инвесторов. В статье 307 Модели ГК для стран СНГ предусматриваются последствия прекращения права собственности в силу закона. В случае принятия закона, прекращающего право собственности, причиненные собственнику в результате принятия этого акта убытки возмещаются государством.

Национализация имущества иностранных компаний часто приравнивается по своему экономическому эффекту к актам, направленным на досрочное расторжение концессий, а также к актам административно-правового регулирования, существенным образом меняющим режим деятельности иностранной компании в стране. Компетентным "судьей" во всех таких спорах всегда остается само государство, принявшее эти акты. Это обстоятельство делает недостаточными коллизионные критерии, применяемые при защите вещных прав в инвестиционных спорах. Связанные с этим сложности были в определенной степени сняты путем

создания адекватных правовых институтов, например путем создания на основании Вашингтонской конвенции 1965 г. Международного центра по урегулированию инвестиционных споров. Обращение к таким специальным международно-правовым средствам защиты прав иностранных инвесторов рассматривается (как и международный коммерческий арбитраж) в качестве альтернативного способа разрешения споров, подлежащих разрешению в рамках национальной правовой системы.

Другим вопросом защиты иностранной собственности, еще не получившим разрешения в международном праве, остается вопрос о **размере выплаты компенсации собственнику национализированного имущества**. Расчет суммы подлежащей выплате компенсации мог бы лежать в основе договоров, заключаемых иностранным инвестором непосредственно с государством. Когда-то такого рода договоры, называемые концессионными договорами, составляли основу правового регулирования иностранных инвестиций. В современных условиях такие контракты лишь условно можно назвать концессионными договорами, поскольку в практике различных государств их гражданско-правовая природа обеспечивается присутствием в договоре гарантии или обязательства государства устранить неблагоприятные последствия гражданско-правового характера, вызванные различного рода актами регулирования, принимаемыми государством. Нормы международного частного права, регулирующие этот вид гражданско-правовых договоров, могут содержать в себе решение вопроса о защите вещных прав иностранного инвестора в части определения размера компенсации.

Одной из форм гражданско-правовых последствий принятия государством акта регулирования является **реституция**, или возвращение сторон в первоначальное положение. Такая форма компенсации собственникам национализированного имущества была, в частности, предложена в законодательстве некоторых стран Прибалтики <1>. В российской доктрине сохраняется позиция, которую занимало советское правительство и которая сводится к тому, что национализация, если она лежит в основании изменения социально-экономического строя в стране, не влечет за собой обязанности государства выплатить компенсацию. Положения Федерального закона "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации", касающиеся государственных гарантий, в том числе гарантий выплаты компенсации в случае национализации имущества иностранного инвестора, могут получить необходимую конкретизацию в виде договорных гарантий, например гарантий государства как стороны в договоре концессии.

<1> См.: Закон Эстонской Республики от 19 января 1993 г. N 21 "О возвращении сестрам и братьям прежнего собственника или их нисходящим родственникам находящихся на земле прежнего собственника зданий и сооружений прежнего собственника"; а также: Постановление Правительства Эстонской Республики от 5 февраля 1993 г. N 36 "О порядке возвращения противоправно отчужденного имущества".

§ 5. Защита права собственности Российской Федерации за рубежом

Проблема защиты вещных прав возникает также в связи с определением правового режима имущества Российской Федерации, находящегося за рубежом. Вопрос о признании права собственности Российской Федерации наиболее остро встал в связи с прекращением

существования СССР <1>. От надлежащего "оформления" раздела собственности зависит решение вопроса, кто в настоящее время является собственником зданий и сооружений, построенных за рубежом в период существования СССР, а значит, и признание вещных прав государств - участников международного общения.

<1> По некоторым оценкам, стоимость такого имущества достигает 500 млрд долл., однако проблема заключается в том, что оно не до конца инвентаризовано. См.: Лобанов С.А. Особенности правового режима российской собственности за рубежом // Юрист. 2008. N 6. С. 55.

В международном публичном праве существует "общий ориентир" в решении данной проблемы. Так, в отношении недвижимой собственности государства-предшественника, находящейся за пределами его территории, предполагается, что она принадлежит государствам-преемникам в "справедливых долях" <1>.

<1> Речь идет о Венской конвенции о правопреемстве государств, так и не вступившей в силу. См. об этом: Звеков В.П. Международное частное право. М., 1999. С. 243.

В целях правового обеспечения государственной собственности за рубежом между государствами - бывшими союзными республиками были заключены Соглашения от 6 июля 1992 г. о распределении всей собственности бывшего Союза ССР за рубежом <1> и от 9 октября 1992 г. о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности <2>.

<1> В Соглашении участвуют государства - правопреемники в лице Республики Армения, Республики Беларусь, Республики Казахстан, Республики Кыргызстан, Республики Молдова, Российской Федерации, Республики Таджикистан, Республики Туркменистан, Республики Узбекистан и Украины. Соглашение вступило в силу 6 июля 1992 г.

<2> В соглашении участвуют девять государств, в том числе Республика Армения, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Республика Кыргызстан, Республика Молдова, Российская Федерация, Республика Таджикистан, Республика Туркменистан, Республика Узбекистан. Соглашение вступило в силу 9 октября 1992 г.

В **Соглашении от 6 июля 1992 г.** стороны признали вещные права по поводу движимой и недвижимой собственности бывшего Союза ССР за пределами его территории и инвестиции, находящиеся за рубежом, которые имелись на момент правопреемства во владении, пользовании и распоряжении бывшего Союза ССР, его государственных органов и иных структур общесоюзного значения, находившихся под его юрисдикцией и контролем. Вышеуказанная собственность подлежит разделу и переходит к Сторонам в указанных Соглашением долях, которые определяются с учетом обязательства государства участвовать в погашении и нести расходы по обслуживанию государственного внешнего долга бывшего Союза ССР.

В **Соглашении от 9 октября 1992 г.** предусматривается взаимное признание права

собственности на имущество, находящееся на территории государств - правопреемников бывшего Союза ССР. "Стороны взаимно признают осуществленный в соответствии с их национальным законодательством переход в их собственность имущества, в том числе финансовых ресурсов, предприятий, учреждений, организаций, их структурных единиц и подразделений бывшего союзного подчинения, расположенных на территориях Сторон" (ст. 1). Признание касается и государственного имущества, т.е. имущества, находившегося в ведении органов государственного управления других бывших союзных республик в составе Союза ССР (ст. 2). Имущественные вопросы Вооруженных сил и железнодорожных войск, а также пассажирских и транспортных судов бывшего Министерства морского флота регулируются специальными соглашениями между Сторонами (ст. 3).

Указанные международные соглашения подготавливают условия для того, чтобы Россия могла принять на себя все права на "недвижимую и движимую собственность бывшего СССР, находящуюся за рубежом, а также обеспечить выполнение всех обязательств, связанных с использованием этой собственности" <1>. Это решение впоследствии было закреплено в Указе Президента РФ от 8 февраля 1993 г. N 201 "О государственной собственности бывшего Союза ССР за рубежом" <2>.

<1> Звеков В.П. Международное частное право. С. 244.

<2> Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. N 7. Ст. 560.

Кроме того, Правительством РФ 5 января 1995 г. было принято Постановление N 14 "Об управлении федеральной собственностью, находящейся за рубежом" <1> и 12 декабря 1995 г. - Постановление N 1211 "Об инвентаризации собственности Российской Федерации, находящейся за рубежом" <2>.

<1> СЗ РФ. 1995. N 3. Ст. 203.

<2> СЗ РФ. 1995. N 51. Ст. 5063.

Указ Президента РФ от 29 июня 1998 г. N 733 "Об управлении федеральной собственностью, находящейся за границей" <1> предусматривает возможность создания акционерных обществ на основе находящегося на территории иностранных государств имущества Российской Федерации, в том числе недвижимого.

<1> СЗ РФ. 1998. N 27. Ст. 3149.

Все вышеперечисленные решения Российского государства в отношении недвижимого имущества, находящегося за рубежом, действуют при условии их соответствия международным договорам, где в той или иной форме выражено признание права собственности России на указанное имущество.

В основе признания права собственности Российской Федерации на недвижимое имущество предприятий, учреждений и организаций бывшего союзного подчинения лежат международные соглашения, подписанные бывшими союзными республиками.

Принятие в Российской Федерации законодательства, регулирующего порядок владения, пользования и распоряжения имуществом, находящимся за рубежом, а также достижение договоренности между государствами - бывшими республиками СССР о правовом режиме этого имущества являются необходимыми, но не исчерпывающими условиями для осуществления защиты вещных прав Российской Федерации на имущество, находящееся за рубежом. В каждом конкретном случае совершения юридических действий с указанным имуществом требуется признание права собственности Российской Федерации на указанное имущество со стороны каждой из бывших союзных республик для того, чтобы правомерность таких актов признавалась государством, на чьей территории располагается недвижимость.

В соответствии со ст. 6 Соглашения о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности "каждая Сторона имеет право продать, обменять, передать в залог, сдать в аренду, передать безвозмездно или на договорных началах свою собственность другой Стороне, ее физическим и юридическим лицам". Это положение международного договора может быть реализовано лишь при условии, что указанные действия совершаются "в соответствии с законодательством Стороны местонахождения объектов собственности, если иное не предусмотрено другими соглашениями Сторон" <1>. Под "другими" соглашениями подразумеваются международные договоры, заключаемые государствами-участниками с целью признания передачи прав на недвижимое имущество.

<1> Международное частное право / Сост. К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков. М.: Бек, 1997. С. 171.

§ 6. Защита вещных прав на культурные ценности

Признание права собственности на культурные ценности имеет большое значение для развития международного культурного сотрудничества. В целях защиты вещных прав на культурные ценности и сохранения культурных ценностей как части культурного наследия Российской Федерации был принят **Закон РФ "О вывозе и ввозе культурных ценностей"**.

Закон дает определение понятия "**культурные ценности**". К ним относятся "движимые предметы материального мира, находящиеся на территории Российской Федерации", в том числе приобретенные в результате добровольных обменов, полученные в качестве дара или законно приобретенные с согласия компетентных властей страны, откуда происходят эти ценности.

Основной целью принятия Закона была защита культурных ценностей от незаконного вывоза, ввоза и передачи права собственности на них. Для достижения этой цели Закон среди различных мер регулирования предусматривает **ряд ограничений для собственников культурных ценностей**. Не допускается передача собственником правомочий по владению, пользованию и распоряжению указанными ценностями, а также их продажа, если эти действия могут способствовать незаконному вывозу и ввозу культурных ценностей.

В соответствии с Основами законодательства РФ о культуре, принятыми в 1992 г., граждане

имеют право вывозить за границу с целью экспонирования, иных форм публичного представления, а также с целью продажи результаты своей творческой деятельности в порядке, определяемом законодательством Российской Федерации. При совершении собственником культурной ценности различного рода юридических действий необходимо принимать во внимание также и положения Закона РФ "О вывозе и ввозе культурных ценностей".

В связи с развитием в Российской Федерации экономических реформ и демократизацией общества особую актуальность в последнее время приобрели проблемы, связанные с обеспечением условий доступности, открытости и сохранности культурных ценностей, находящихся в собственности государства. С целью защиты вещных прав Российского государства на культурные ценности, попавшие на ее территорию в результате Второй мировой войны, потребовалось принятие **Федерального закона от 15 апреля 1998 г. N 64-ФЗ "О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации"**.

Проблемы "перемещенных культурных ценностей" связаны прежде всего с признанием права собственности на эти предметы Российского государства. Закон выделяет культурные ценности, попавшие на территорию Российского государства в качестве компенсаторной реституции, т.е. в результате применения международно-правовой ответственности к государству-агрессору. Все культурные ценности, перемещенные на территорию России в осуществление ее права на компенсаторную реституцию, признаются федеральной собственностью России за двумя исключениями. Исключение касается тех перемещенных культурных ценностей, в отношении которых существует гарантия права собственности Республики Беларусь, Латвийской Республики, Литовской Республики, Республики Молдова, Украины и Эстонской Республики (ст. 7). Другое исключение касается перемещенных культурных ценностей, которые попали на территорию Российской Федерации не в качестве компенсаторной реституции (ст. 8). На такие перемещенные культурные ценности могли бы быть заявлены вещные права их истинными собственниками, например государством, представившим доказательства о заявленном требовании их реституции до истечения сроков, установленных мирными договорами, заключенными между воевавшими государствами по окончании войны <1>.

<1> СЗ РФ. 1998. N 16. Ст. 1799.

Закон предусматривает **условия международного сотрудничества в вопросах выявления и возвращения культурных ценностей**. К таким условиям относится соблюдение определяемого в Законе порядка заявления претензии заинтересованным государством (ст. 9). Закон также предусматривает условия возврата в Российскую Федерацию ее культурных ценностей, разграбленных и незаконно вывезенных с территории Союза ССР оккупационными войсками бывших неприятельских государств. Основанием такого возврата также является признание права собственности на перемещенные культурные ценности.

В Законе приводится перечень международных договоров, в которых может быть выражено признание вещных прав на культурные ценности договаривающимися государствами в целях развития культурного сотрудничества. Российская Федерация будет заключать международные договоры, в том числе:

- об урегулировании вопросов, связанных с возмещением затрат на сохранение и восстановление перемещенных культурных ценностей, переданных иностранным государством во внедоговорном порядке или по международным договорам, не предусматривающим такое возмещение;

- о равноценном обмене перемещенных культурных ценностей на культурные ценности, находящиеся за пределами России <1>;

<1> Срок установлен до 15 марта 1948 г. в мирных договорах с Болгарией, Венгрией, Италией и Румынией, до 15 сентября 1948 г. - в мирных договорах с Финляндией, до 1 февраля 1950 г. - в мирном договоре с Германией (п. 1 ст. 8).

- о содействии учреждениям культуры Российской Федерации в осуществлении сотрудничества по обмену культурных ценностей на культурные ценности, вывезенные с территории России в разное время на законных основаниях, а также о выкупе таких ценностей;

- о правительственных гарантиях обеспечения принимающим государством сохранности и неприкосновенности перемещенных культурных ценностей при их демонстрации в художественных салонах, на зарубежных выставках и экспозициях;

- о возврате в Россию ее культурных ценностей, разграбленных и незаконно вывезенных с территории Союза ССР оккупационными войсками бывших неприятельских государств (ст. 22).

Приведенный перечень международных договоров включает в себя международные договоры о культурном сотрудничестве на основе уже достигнутого признания права собственности участвующего в нем государства на перемещенные культурные ценности. Он допускает и иные международные договоры, например, направленные на признание государствами-участниками решений органа Российской Федерации по претензиям иностранных государств и ходатайствам иностранных граждан о передаче перемещенных культурных ценностей, которые им ранее принадлежали.

Контрольные вопросы

1. Как решаются коллизии вопросов вещных прав?
2. Как осуществляется защита вещных прав в отношениях, связанных с иностранными инвестициями?
3. Каковы источники правового регулирования национализации иностранной собственности?
4. Каковы особенности передачи права на государственное имущество Российской Федерации, находящееся за рубежом?
5. Что такое "перемещенные культурные ценности"? Каковы особенности защиты права на перемещенные культурные ценности?

Рекомендуемая литература

КонсультантПлюс: примечание.

Монография В.В. Витрянского "Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги" включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2018 (2-е издание, исправленное и дополненное).

1. Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги М.: Статут, 2017; Международное частное право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. С.Н. Лебедев и Е.В. Кабатова. М.: Статут, 2011.
2. Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. М.: Проспект, 2017.
3. Доронина Н.Г., Казанцев Н.М., Семилютина Н.Г. Правовое регулирование экономических отношений: глобальное, национальное, региональное. М.: Норма; Инфра-М, 2017.
4. Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Государство и регулирование инвестиций. Глава 3: Международное право и инвестиции в России. М.: Городец, 2003.
5. Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. М.: Спарк, 2002.
6. Суханов Е.А. Вещное право: Научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017.

Глава 9. ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫЕ ПРАВА

§ 1. Общие положения

Термин "интеллектуальные права" введен в российское законодательство частью четвертой ГК РФ (ст. 1226), которая вступила в силу 1 января 2008 г. Его главное назначение, как отмечает А.Л. Маковский, "состоит в том, чтобы служить обобщающим обозначением всей совокупности возможных субъективных прав на все охраняемые законом результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Такое назначение этого понятия ясно установлено в ст. 1226 ГК" <1>. Кроме того, **Кодекс расширил сферу охраны исключительных прав, включив в нее новые объекты - секреты производства (ноу-хау) и коммерческое обозначение, а также новые виды смежных прав: право изготовителя базы данных и право публикатора произведения литературы, науки или искусства.**

<1> Маковский А.Л. Об интеллектуальных правах // Актуальные вопросы российского частного права. М.: Статут, 2008. С. 220.

Интеллектуальные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации включают исключительное право, являющееся имущественным правом. Интеллектуальные права на результаты интеллектуальной деятельности в случаях, прямо предусмотренных **Кодексом, включают также личные неимущественные и иные права.**

До принятия части четвертой ГК РФ термин "интеллектуальная собственность" применялся в ст. 138 ГК РФ, по сути, как синоним "исключительных прав". С принятием части четвертой ГК РФ ст. 138 ГК РФ была отменена и проведена полная кодификация законодательства об интеллектуальных правах. Ранее термин "интеллектуальная собственность" получил закрепление в ст. ст. 44 и 71 Конституции РФ. Согласно ст. 44 "интеллектуальная собственность гарантируется законом". Правовое регулирование интеллектуальной собственности относится к ведению Российской Федерации (п. "о" ст. 71 Конституции РФ). Тем самым получила четкое нормативное закрепление концепция, согласно которой интеллектуальные и вещные права - это два самостоятельных гражданско-правовых института.

В международных отношениях термин "интеллектуальная собственность" получил широкое распространение главным образом в связи с принятием Стокгольмской конвенции 1967 г., учредившей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС). Наше государство является участником Конвенции как правопреемник Советского Союза, который присоединился к Конвенции в 1968 г. Конвенция объединяет международные союзы в области охраны исключительных прав, независимо от круга охраняемых в рамках соответствующего союза объектов ВОИС. Она не содержит конкретных обязательств ее участников в области регулирования правового режима отдельных объектов интеллектуальных прав. Основная деятельность ВОИС заключается в регистрации международных заявок на изобретения и полезные модели, в международной регистрации товарных знаков, а также в разработке программ содействия сотрудничеству стран-участниц. ВОИС является межправительственной организацией публично-правового характера.

Часть четвертая ГК РФ построена по принципу общей и особенной частей. Она включает гл. 69 "Общие положения" и восемь глав, посвященных отдельным видам интеллектуальных прав (гл. 70 - авторское право, гл. 71 - права, смежные с авторскими, гл. 72 - патентное право и др.). Создание общих положений, содержащихся в гл. 69, признано сегодня важнейшим результатом кодификации, поскольку в ней закреплены основные концептуальные положения, относящиеся ко всем охраняемым объектам. Эти положения не только позволили устранить имеющиеся противоречия, но и значительно обогатили нормативное регулирование.

Кодекс установил единый перечень результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, которым предоставляется правовая охрана (ст. 1225). Важно обратить внимание на то, что этот перечень имеет исчерпывающий характер. На территории РФ охраняются только те объекты, которые в него включены. Этот общий принцип охраны был закреплен ранее в ст. 138 ГК РФ. Но сам круг охраняемых объектов устанавливался в отдельных законах, посвященных охране этих объектов. Кроме того, Кодекс расширил сферу охраны исключительных прав, включив в нее новые объекты - секреты производства (ноу-хау) и коммерческое обозначение, а также новые виды смежных прав: право изготовителя базы данных и право публикатора произведения литературы, науки или искусства (§ 5 и 6 гл. 71).

Общим свойством, присущим всем интеллектуальным правам, признается их **территориальная ограниченность**. Они действуют в пределах территории того государства, где возникли в соответствии с законами этого государства, т.е. в принципе не имеют экстерриториального характера в отличие, например, от права собственности, поскольку для собственника материальных вещей переезд с этими вещами из одной страны в другую не влечет никаких отрицательных последствий, если при их исполнении соблюдаются законы страны

пребывания.

Принцип территориального действия интеллектуальных прав, основанный на предоставлении иностранцам национального режима, прямо закреплен в ст. 1231 ГК РФ. При этом предусмотрены различные правовые условия для признания действия личных неимущественных прав, а также иных интеллектуальных прав на территории России и для признания действия исключительных прав.

Действие личных и иных интеллектуальных прав определяется общими нормами ГК РФ (абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ). Согласно этим нормам к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц применяются общие правила, установленные российским гражданским законодательством для участников гражданского оборота. Следовательно, на территории России признаются личные и иные интеллектуальные права (кроме исключительных прав) иностранцев независимо от того, связаны ли Россия и государство иностранца соответствующим международным договором.

Для признания исключительных прав по другую сторону границы - преодоления территориального действия охраны исключительных прав - требуется договоренность между соответствующими государствами - международный договор. В противном случае охраняемые в одной стране изобретения, товарные знаки, произведения науки или литературы могут свободно использоваться в других странах.

Как правопреемник Советского Союза Россия стала участницей Всемирной (Женевской) конвенции об авторском праве 1952 г. (в ред. 1971 г.), Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., Договора о патентной кооперации 1970 г., Страсбургского соглашения о международной патентной классификации 1971 г., Локарнского соглашения, устанавливающего Международную классификацию промышленных образцов, 1968 г. и Мадридского соглашения о международной регистрации товарных знаков 1891 г.

С 13 марта 1995 г. Российская Федерация присоединилась к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (в ред. 1971 г.), устанавливающей более высокий уровень охраны авторских прав по сравнению со Всемирной (Женевской) конвенцией, и к Женевской конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г. С 26 мая 2003 г. Россия стала участницей Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Римской конвенции) 1961 г. В феврале 2009 г. Россия присоединилась к двум договорам ВОИС: Договору по авторскому праву и Договору по исполнениям и фонограммам (вступили в силу 5 февраля 2009 г.).

Россия ратифицировала также **Женевский акт Гаагского соглашения о международной регистрации промышленных образцов**, принятого на Дипломатической конференции в Женеве в 1999 г., в связи с чем были внесены соответствующие изменения в ГК РФ, которые вступили в силу 1 июля 2018 г.

В 1997 г. Россия присоединилась к Договору о законах по товарным знакам 1994 г., с 24 апреля 1998 г. Россия стала участницей Международной конвенции по охране новых сортов растений 1961 г. (в ред. 1991 г.). В 2009 г. Россия присоединилась к Сингапурскому договору о законах по товарным знакам и к Договору о патентном праве 2000 г.

В декабре 2011 г. Россия присоединилась к ВТО. В комплекс основных документов Соглашения о ВТО входит **Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС)**. Охрана исключительных прав в нем тесно увязана с многосторонними торговыми договорами в рамках единой международной торговой организации. Кроме того, Россия совместно с рядом других стран СНГ подписала в 1993 г. Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторских и смежных прав, а в 1994 г. - Евразийскую патентную конвенцию.

Наряду с этим отношения России со многими странами в области охраны авторских и патентных прав регулируются двусторонними договорами.

Международные договоры в области охраны интеллектуальной собственности позволяют прежде всего преодолеть территориальный характер действия исключительных прав. В ином случае они не могут быть защищены за пределами той страны, где первоначально возникли, за отдельными изъятиями.

В силу международного договора Российской Федерации иностранцу предоставляются те права, которые установлены для российских граждан (принцип национального режима - см. [гл. 5](#) настоящего учебника). Их содержание (действие, ограничения, порядок осуществления и защиты) определяется Кодексом либо также международным договором ("конвенционные права"), независимо от законодательства страны возникновения исключительного права. Именно в этом находит свое выражение территориальная ограниченность исключительных прав. Закон иностранного правообладателя во всяком случае не имеет для этих отношений определяющего значения. Вопрос о выборе между национальными и территориальными законами здесь не возникает <1>.

<1> См.: Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1940. С. 133.

При этом, однако, автор произведения или иной первоначальный правообладатель определяется не по российскому законодательству, а по закону того иностранного государства, с которым заключен международный договор, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для приобретения авторских прав (п. 3 ст. 1256 ГК РФ).

Общие правила действия исключительных прав иностранцев на территории России конкретизируются в главах, посвященных отдельным видам охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.

При этом следует обратить внимание на сравнительно недавно включенные в ГК РФ специальные нормы, определяющие право, подлежащее применению (при отсутствии соглашения сторон) к двум основным договорам в сфере оборота исключительных прав, - к договору об отчуждении (уступке) исключительного права и к лицензионному договору, предметом которого является разрешение на использование охраняемого объекта (п. п. 7 и 8 ст. 1211 ГК РФ).

В отношении договора об отчуждении исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации применяется право страны, на территории которой действует передаваемое по договору исключительное право. С учетом того

что охрана объекта, в отношении которого заключен договор, может одновременно действовать на территории нескольких стран, применяемое право определяется по законодательству страны, где находится место жительства или основное место деятельности правообладателя.

В отношении лицензионного договора применяемое право определяется по законодательству страны, где будет использоваться предмет договора, либо также по месту жительства правообладателя или основному месту его деятельности. Подробнее о гражданско-правовых договорах в сфере оборота интеллектуальных прав см. разделы, посвященные охране соответствующих объектов.

§ 2. Авторское право

1. Интеллектуальные права, возникающие в связи с охраной, защитой и использованием произведений науки, литературы и искусства, представляют собой традиционную категорию авторских прав.

Автору - создателю произведения принадлежат **исключительное право** на произведения науки, литературы и искусства и личные неимущественные права (право авторства, право на имя, право на неприкосновенность произведения (защита произведений от искажений), право на обнародование результата творческого труда). Исключительное право действует в течение всей жизни автора и 70 лет после его смерти, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора. Право авторства, право на имя и право на защиту репутации охраняются бессрочно.

Кроме того, авторам отдельных видов произведений предоставляются так называемые **иные права**: право на отзыв своего согласия на обнародование произведения, а также право доступа и право следования в отношении произведений изобразительного искусства. Так, автор картины, гравюры, скульптуры (другого произведения изобразительного искусства) в случае отчуждения оригинала произведения, во-первых, вправе требовать от собственника оригинала не препятствовать ему, если оригинал произведения необходим автору в целях его копирования (право доступа). Во-вторых, в случаях публичной перепродажи оригинала произведения (включая оригиналы авторских рукописей (автографы), литературных и музыкальных произведений) имеет право на получение от продавца процентных отчислений от цены перепродажи (право следования). Это право действует при условии участия в перепродаже галереи изобразительного искусства, художественного салона, магазина или иной подобной организации.

Право доступа неотчуждаемо и не переходит по наследству. Право следования, которое также неотчуждаемо, может быть завещано или может перейти к наследникам по закону в течение срока действия авторского права. Предоставление авторам права следования входит в число обязательств, которые принимают на себя государства - участники Бернской конвенции (ст. 14 ter).

К иным правам отнесено также право на вознаграждение за служебное произведение, что вызывает определенные сомнения. Дело в том, что к числу концептуальных положений Кодекса относится общая норма, согласно которой автор творческого результата интеллектуальной деятельности признается первоначальным обладателем исключительного права. Он может распорядиться своим исключительным правом как объектом гражданского оборота (п. 3 ст. 1228). Право на вознаграждение за служебное произведение, несомненно, является имущественным правом, основанным, по нашему мнению, на первоначально принадлежащем автору

исключительном праве, то есть входит в его состав.

Исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю, если "трудовым или гражданско-правовым договором между работодателем и автором не **предусмотрено иное**" (п. 2 ст. 1295), т.е. в том случае, когда автор не оговорил в трудовом договоре, что он оставляет исключительное право на служебные произведения за собой. И, следовательно, тем самым выразил согласие уступить это право работодателю, за что работодатель обязан выплатить ему вознаграждение. Однако, если работодатель в течение последующих трех лет не начнет использование произведения сам либо не передаст право использования другому лицу, исключительное право на служебное произведение **возвращается** автору, что подтверждает признание первичного исключительного права автора на все его произведения, включая служебное произведение.

Право работника - автора служебного произведения на вознаграждение за служебное произведение неотчуждаемо и не переходит по наследству.

Перечень объектов авторских прав дан в ст. 1259 Кодекса. Он имеет открытый характер. Следует лишь обратить внимание на программы для ЭВМ, которые ранее, по Закону об авторских и смежных правах 1993 г., признавались разновидностью литературного произведения. Теперь программы ЭВМ выделены в качестве самостоятельного объекта интеллектуальных прав. Они также включены в общий перечень результатов интеллектуальной деятельности, установленный ст. 1225 Кодекса. Программы ЭВМ охраняются в режиме литературного произведения.

Авторские права распространяются **на все произведения, находящиеся на территории РФ**, как на **обнародованные**, так и на **необнародованные**. Основное требование, которое при этом должно быть соблюдено, касается **формы воплощения произведения**. Оно должно быть объективировано в доступном для восприятия виде, что обусловлено нематериальной сущностью результата творческого труда. Форма выражения может быть любой: письменной, устной, может быть звуко- или видеозаписью, иным фиксированным изображением (рисунок, чертеж), объемно-пространственной скульптурой и т.п.

Для возникновения авторских прав и их защиты не требуется соблюдения каких-либо формальностей (регистрации и т.п.). Факультативная государственная регистрация по желанию правообладателя предусмотрена для компьютерных программ и баз данных. Заявка на регистрацию подается правообладателем в патентное ведомство в течение всего срока действия исключительного права на программу или базу данных. Сведения о зарегистрированных программах и базах публикуются в официальном органе ведомства. При уступке прав на зарегистрированную программу или базу другому лицу договор об отчуждении прав также подлежит обязательной регистрации в патентном ведомстве. При возникновении спора об авторстве регистрация признается судебными органами как юридическая презумпция авторства, т.е. считается действительной, пока в судебном порядке не будет доказано иное. Документы на регистрацию могут быть поданы автором охраняемого произведения независимо от его гражданства и места жительства.

2. **Специальные нормы** о действии исключительного права на произведения науки, литературы и искусства на территории Российской Федерации установлены ст. 1256 Кодекса. Они отвечают принципам, установленным международными договорами России, и содержат достаточно детальное регулирование.

Исключительное право распространяется на все произведения, находящиеся на территории России в какой-либо объективной форме, как опубликованные, так и неопубликованные. Произведение также считается впервые опубликованным в России, если разрыв между датой его первого опубликования за рубежом и датой последующего опубликования в России составляет не более 30 дней. Это общий территориальный принцип охраны авторских прав, действующий **независимо от гражданства**, т.е. в отношении российских и **иностранных**, авторов.

Из этого общего правила предусмотрено два изъятия. Во-первых, для российских граждан. Если произведения российского гражданина в какой-либо объективной форме находятся за границей, то за автором произведения, как и его правопреемниками, признаются авторские права в соответствии с российским законодательством. В отступление от территориального принципа здесь действует принцип гражданства автора. И второе изъятие. Исключительное право признается в России за **иностранцами** - авторами (их правопреемниками) произведений, опубликованных за границей, **на основе международных договоров**.

Иностранным гражданам и юридическим лицам тех государств, которые участвуют в этих договорах, в России предоставляется возможность пользоваться теми же авторскими правами, какими пользуются российские граждане и юридические лица. В этом находит свое выражение закрепленный в международных конвенциях принцип охраны авторских прав иностранцев на основе национального режима той страны, где используется произведение.

Так, в соответствии с российским законодательством исключительное право включает право автора (иного правообладателя) использовать произведение и распоряжаться этим правом. Автор может использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом. В частности, в исключительное право входит:

- право на воспроизведение и распространение произведения;
- право на перевод произведения и другую переработку;
- импорт и прокат оригинала или экземпляра произведения (за исключением программ ЭВМ, если программа не является основным объектом проката);
- импорт оригинала или экземпляров произведения;
- публичное исполнение произведения, сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, доведение произведения до всеобщего сведения;
- практическая реализация архитектурного, градостроительного или садово-паркового проекта (ст. 1270 ГК РФ).

Всеми этими правами наравне с российскими гражданами обладают авторы-иностранцы (их правопреемники), произведения которых охраняются в России. При этом автор произведения (иной первоначальный правообладатель) определяется по закону государства, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для обладания авторскими правами. Например, в США весь объем прав на служебную программу для ЭВМ, включая личные неимущественные права, принадлежит работодателю (Свод законов США, раздел "Авторское

право", ст. 201-б). Следовательно, если такая программа разработана и впервые выпущена в США, то в качестве ее автора на территории Российской Федерации также будет признано соответствующее юридическое лицо, а не конкретный разработчик.

Следует подчеркнуть, что по российскому закону обладателем авторских прав может быть признан только гражданин, творческим трудом которого создано произведение. Признание даже в ограниченных случаях авторства юридических лиц, как это имело место ранее по ст. 484 ГК РСФСР, исключается.

3. Распоряжение исключительным правом на произведение включает право его обладателя: уступить другому лицу это исключительное право либо разрешить другому лицу использование охраняемого произведения (выдать лицензию). Основанием распоряжения исключительным правом служит гражданско-правовой договор, заключаемый правообладателем с заинтересованными пользователями (издательствами, театрами, организациями теле- и радиовещания и др.): авторский договор об отчуждении исключительного права либо авторский лицензионный договор. Отношения между автором и заказчиком, предметом которых является создание нового произведения, регулируются договором авторского заказа.

Авторский договор об отчуждении заключается в целях передачи автором (иным правообладателем) другой стороне исключительного права на произведение в полном объеме и, соответственно, на весь срок действия права. В силу такого договора происходит замена правообладателя. Существенным условием возмездного договора признается сумма вознаграждения или порядок его выплаты.

По авторскому **лицензионному** договору исключительное право не передается. Правообладатель - лицензиар предоставляет другой стороне - лицензиату право использования произведения. Договором устанавливается срок и пределы (объем, способы, территория) использования произведения. Если срок не указан в договоре, он считается заключенным на пять лет. В случае прекращения исключительного права договор прекращается.

Следует обратить внимание на предусмотренную ГК РФ норму, защищающую интересы лицензиата: переход исключительного права к новому правообладателю не служит основанием для прекращения или изменения лицензионного договора, заключенного предшествующим правообладателем.

ГК РФ предусматривает два вида **лицензионных договоров на использование готовых произведений**:

- 1) о предоставлении исключительной лицензии;
- 2) о предоставлении неисключительной (простой) лицензии.

По первому договору автор (его правопреемник) предоставляет лицензиату право использовать произведение на установленных в договоре условиях. Он уже не может выдать лицензию на использование этого же произведения другим лицам в течение срока действия договора.

По второму договору автор сохраняет право не только самому использовать произведение,

но и предоставлять разрешение на его использование другим лицам. Следует отметить существенную новеллу, включенную в рассматриваемые правила. В случае выдачи исключительной лицензии лицензиар не вправе сам использовать объект лицензионного договора в тех пределах, в которых право использования по этому договору предоставлено лицензиату.

Наряду с этими традиционными договорами в ГК РФ предусмотрены две сравнительно новые для российского законодательства формы распоряжения исключительными правами, отвечающие новым возможностям использования объектов авторских прав в Интернете. Главная особенность - упрощенный порядок заключения договора. Во-первых, правообладатель может публично (путем сообщения неопределенному кругу лиц) в одностороннем порядке распорядиться своим исключительным правом, заявив о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащее ему произведение науки, литературы или искусства либо объект смежных прав на определенных им условиях в течение указанного им срока. Это так называемая публичная лицензия, которая имеет достаточно широкое распространение в мировой практике. В этих целях правообладатель должен разместить соответствующее заявление в сети Интернет на официальном сайте федерального органа исполнительной власти. Заявление должно содержать сведения, позволяющие идентифицировать правообладателя и соответственно принадлежащее ему произведение или объект смежных прав. Если правообладатель не указывает срок предоставления лицензии, то презюмируется пятилетний срок. В течение этого срока лицензия не может быть отозвана, а предусмотренные в ней права лицензиата не могут быть ограничены. Что касается территории действия лицензии, то, если правообладатель не определил территорию, считается, соответственно, что это территория Российской Федерации.

Во-вторых, существенной новеллой следует признать установленный в ГК новый упрощенный порядок заключения лицензионного договора - предоставление так называемой открытой лицензии на использование произведения науки, литературы или искусства (ст. 1286.1). Следует отметить, что к открытым лицензиям не применяются рассмотренные правила о публичных лицензиях. Основная особенность такого договора - не только упрощенный порядок его заключения, но и предоставление лицензиату очень широких возможностей использования охраняемого произведения, в частности по открытой лицензии может быть предоставлено право на переработку произведения. Кроме того, по такому договору презюмируется право использования лицензиатом объекта договора по всему миру, если в договоре не указана конкретная территория. При этом, однако, возможность заключения договора о предоставлении пользователю открытой лицензии не означает возможность свободного бездоговорного использования произведения.

Договорные формы распоряжения авторскими правами включают также особые условия **издательского** лицензионного договора. Установлена обязанность лицензиата-издателя опубликовать произведение не позднее срока, установленного договором. Если срок не установлен договором, то в случае спора принимается во внимание обычный срок, принятый для такого рода изданий. При нарушении срока опубликования лицензиар вправе расторгнуть договор в одностороннем порядке без возмещения убытков, причиненных таким отказом издателю. Он также вправе требовать выплаты ему вознаграждения, предусмотренного договором, в полном объеме.

Предметом рассмотренных договоров служит готовое произведение. Отношения, возникающие по поводу создания нового произведения, регулируются **авторским договором**

заказа. По этому договору автор обязуется создать обусловленное договаривающимися сторонами произведение (науки, литературы или искусства) и передать его на материальном носителе или в иной форме заказчику. Существенными условиями договора следует признать условия использования заказчиком готового произведения, которые должны быть согласованы сторонами. В авторском договоре заказа должно быть предусмотрено либо отчуждение исключительного права на созданное автором произведение, либо предоставление заказчику права на его использование в соответствии с условиями договора.

Размер и порядок исчисления авторского вознаграждения, как и другие условия использования произведения, определяются договаривающимися сторонами.

Кодекс ограничивает ответственность автора за нарушение его обязательств по всем авторским договорам суммой реального ущерба, причиненного другой стороне. К авторским договорам, заключенным иными правообладателями, эта норма не применяется.

4. Международные договоры открывают дорогу не только для иностранных авторов в Россию, но в равной степени и для россиян в страны - участницы этих договоров. Поскольку признание авторских прав не требует соблюдения каких-либо формальностей процедурного характера, то практически произведения российских авторов, охраняемые в России, одновременно получают охрану во всех других странах - участницах соответствующего международного договора.

Россия активно расширяет международное сотрудничество в сфере охраны и использования художественных произведений, исполнительского творчества и других объектов авторских и смежных прав. Развитию широкого культурного обмена с зарубежными странами, несомненно, способствует участие в основных многосторонних авторско-правовых конвенциях.

4.1. Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений - старейшая авторская конвенция. Она была заключена 9 сентября 1886 г. и вступила в силу с 5 декабря 1887 г. За период ее действия редакция неоднократно пересматривалась (последний раз в Париже в 1971 г.) в целях расширения предоставляемых ею прав и гарантий. Советский Союз не участвовал в Бернской конвенции, поскольку действовавшее тогда в СССР законодательство не отвечало ее требованиям. Принятие Закона об авторском праве и смежных правах 1993 г. устранило эти препятствия, и Россия присоединилась к Конвенции с 13 марта 1995 г.

Одним из основных принципов Конвенции является закрепление национального режима наряду с предоставлением возможности пользоваться правами, предусмотренными самой Конвенцией, которая содержит значительную группу унифицированных норм материального права. Основное содержание авторских прав определяется национальным законодательством, включая систему судебной защиты: авторы пользуются "правами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены соответствующими законами этих стран своим гражданам". Поэтому правовой режим охраны авторских прав в стране происхождения произведения, за некоторыми исключениями, не влияет на их охрану в зарубежной стране.

Содержащиеся в Конвенции унифицированные нормы предусматривают широкий круг предоставляемых автору исключительных имущественных прав (гарантированный объем охраны) на литературные и художественные произведения, под которыми понимаются все произведения в области литературы, науки и искусства. Так, в перечень произведений, защита которых

гарантируется Конвенцией, наряду с традиционными объектами включены также "переделки литературного или художественного произведения", в том числе переводы, адаптации, музыкальные аранжировки, которые охраняются наравне с оригинальными произведениями. Специальные нормы закрепляют исключительные права авторов переводить и разрешать другим лицам переводы, переделки, аранжировки и иные изменения своих произведений в течение всего срока действия авторских прав.

Согласно ст. 3 гарантированные Конвенцией права предоставляются:

1) авторам, которые являются гражданами одной из стран Союза, - в отношении их произведений, как выпущенных, так и не выпущенных в свет (в этих целях к гражданству страны Союза приравнивается обычное место жительства в одной из этих стран);

2) авторам, которые не являются гражданами одной из стран Союза, - в отношении произведений, выпущенных в свет впервые в одной из этих стран или одновременно в стране, не входящей в Союз, и в стране Союза.

Следовательно, Конвенция предоставляет охрану исходя из тех же основных критериев, что и национальное законодательство. Произведения граждан стран - участниц Конвенции (как опубликованные, так и неопубликованные) пользуются охраной с момента их создания во всех странах Союза. Причем страной первого опубликования может быть и страна, не входящая в Конвенцию (критерий гражданства).

Произведения, впервые опубликованные в одной из стран Союза, пользуются охраной во всех странах независимо от гражданства автора (критерий территории - места выпуска произведения в свет). Если автор не является гражданином страны происхождения произведения, в отношении которого ему предоставляется охрана в силу Конвенции, он пользуется в этой стране теми же правами, что и авторы - граждане этой страны. Конвенция (6bis) обязывает страны-участницы предоставлять автору независимо от имущественных прав (и даже после уступки этих прав) неимущественные права: право авторства, право на защиту произведения от каких-либо изменений (извращений, искажений), способных нанести ущерб чести или репутации автора.

Минимальные сроки охраны авторских прав, которые обязаны установить страны - участницы Конвенции, составляют все время жизни автора и 50 лет после его смерти. Соответственно, любая страна может установить и более длительный срок. Во многих европейских странах установлен уже 70-летний срок охраны произведения после смерти автора. Однако иностранному автору не может предоставляться срок охраны более продолжительный, чем установлен в стране происхождения произведения, если только в законе страны, где испрашивается охрана, не предусмотрено иное.

Существенным является принцип действия Конвенции с обратной силой. Он выражается в том, что "Конвенция применяется ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу не стали еще общим достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны" (ст. 18), хотя и были выпущены в свет до этого момента. Зарубежный автор, произведение которого уже не охраняется в его стране (истек срок охраны), не может получить охрану и в любой другой стране, вступившей в Конвенцию после истечения этого срока. Однако при присоединении России к Бернской конвенции Правительством РФ было заявлено <1>, что

действие Конвенции не распространяется на произведения, которые на 13 марта 1995 г. (дата вступления в силу на территории России) уже являлись в России общественным достоянием. Это заявление вызвало неоднозначное толкование, поскольку в соответствии с действующим законодательством режим общественного достояния применялся по двум основаниям: во-первых, в связи с истечением срока охраны и, во-вторых, когда произведение вообще не охранялось в СССР, а затем и в России до вступления в Конвенцию. Основные дискуссии касались именно этой второй категории произведений, причем прежде всего иностранных авторов, которые при буквальном прочтении заявления Правительства не попадали под охрану Конвенции, учитывая, что значительное большинство произведений зарубежных авторов ранее свободно использовалось в России. Не требовалось ни разрешения автора на их опубликование, ни выплаты авторского вознаграждения за использование. Ситуация существенно изменилась, когда в 2004 г. в редакцию ст. ст. 5 и 28 Закона об авторском праве и смежных правах были внесены изменения, согласно которым режим общественного достояния распространялся только на произведения, в отношении которых истек срок действия охраны, установленный в стране происхождения произведения или соответственно в России.

<1> См.: пункт 2 Постановления Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. N 1224 "О присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 года, Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 года и дополнительным Протоколам 1 и 2, Конвенции 1971 года об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм" // СЗ РФ. 1994. N 29. Ст. 346.

4.2. Всемирная конвенция об авторском праве. Вступление в Конвенцию в 1973 г. потребовало внесения в советское законодательство целого ряда новелл, направленных на его демократизацию. В частности, за автором было признано право на перевод его произведения, удлинен срок действия авторского права с 15 до 25 лет после смерти автора, изменен порядок передачи права на использование произведения за рубежом.

Основной задачей учредителей Конвенции было закрепление принципа национального режима для произведений авторов из стран - участниц Конвенции (как выпущенных, так и не выпущенных в свет) и для авторов - граждан других стран, произведения которых были впервые выпущены в свет в стране-участнице. В соответствии с Конвенцией под выпуском в свет понимается воспроизведение в какой-либо материальной форме и предоставление неопределенному кругу лиц экземпляров произведения для чтения или ознакомления путем зрительного восприятия.

Всемирная конвенция об авторском праве ориентирована в основном на внутреннее законодательство и содержит незначительное число унифицированных материальных норм. К ним относятся нормы о минимальном сроке действия авторско-правовой охраны. Этот срок не может быть короче всей жизни автора и 25 лет после его смерти. Далее предусматривается исключительное право автора на перевод его произведения, выпуск в свет переводов, выдачу разрешений на перевод и выпуск в свет произведений, охраняемых на основании Конвенции, что и потребовало внесения соответствующих корректив в действовавшее тогда советское законодательство. Заметим, что при вступлении в Бернскую конвенцию такая проблема не

возникла, поскольку Закон об авторском праве и смежных правах уже основывался на принципах этой Конвенции.

В отличие от Бернской конвенции Всемирная конвенция не обладает обратной силой. Согласно ст. VII она не распространяется на произведения, охрана которых окончательно прекратилась к моменту вступления ее в силу в государстве, где испрашивается охрана. Можно сказать, что действие Всемирной конвенции "определяется моментом возникновения права на произведение". Тогда как действие Бернской конвенции - "моментом прекращения права" - через 50 лет после смерти автора <1>.

<1> См.: Дозорцев В.А. Обратная сила закона об авторском праве // Российское право. 1997. N 8. С. 44.

4.3. **Договор ВОИС по авторскому праву (ДАП)** - это специальное соглашение в смысле ст. 20 Бернской конвенции. Договор расширяет круг охраняемых объектов, включая компьютерные программы и базы данных. "Компьютерные программы охраняются как литературные произведения в смысле ст. 2 Бернской конвенции", независимо от способа и формы их выражения (ст. 4). Под базой данных понимается компиляция данных или другой информации в любой форме, которые по подбору и содержанию представляют результат интеллектуального творчества. Охрана не распространяется на сами данные (ст. 5).

В соответствии со ст. 6 вводится исключительное право автора на продажу (иную передачу права собственности) оригинала и экземпляров своего произведения. При этом определение условий исчерпания прав после первой продажи или иной передачи права собственности на оригинал или экземпляр произведения с разрешения автора отнесено к национальному законодательству. В России действует национальный принцип исчерпания прав. Распространение оригинала или экземпляра произведения в России (независимо от его распространения за рубежом) допускается с согласия правообладателя. В соответствии со ст. 1272 ГК РФ такое согласие не требуется, если распространяемое произведение было уже правомерно введено в гражданский оборот на территории Российской Федерации путем продажи или иного отчуждения, за исключением случаев отчуждения оригинала произведения изобразительного искусства (см. ст. 1293 ГК РФ).

Приведенные положения Договора были имплементированы в российское законодательство до присоединения к Договору.

§ 3. Права, смежные с авторскими

Смежные права - сравнительно новый правовой институт, которому посвящена гл. 71 ГК РФ. Охрана этой категории объектов исключительных прав была введена Основами 1991 г. (ст. ст. 141 - 143), а затем более детально урегулирована в Законе РФ "Об авторском праве и смежных правах".

Сфера действия смежных прав включает новую группу обладателей интеллектуальных прав, а также новые объекты охраны. Категория смежных прав примыкает к авторским правам и тесно с ними связана, что послужило в свое время основанием для их объединения в Законе об охране

авторских и смежных прав. Однако отсюда не следует, что смежные права относятся к авторским. Это самостоятельный институт интеллектуальных прав. Смежные права осуществляются с соблюдением авторских прав на объекты, использованные при создании смежных прав, однако они признаются и действуют независимо от действия авторских прав на такие объекты.

Авторские и смежные права являются объектами различных международных соглашений. Связь между ними выражается главным образом в том, что процесс распоряжения смежными правами нередко включает использование чужого произведения и соответственно возникает необходимость получить согласие автора. Для возникновения смежных прав не требуется какой-либо регистрации или соблюдения иных формальностей (так же как для авторских прав), но необходимо, чтобы их объект был зафиксирован (т.е. объективирован) с помощью тех или иных технических средств.

Субъектами смежных прав признаются:

- исполнитель - автор исполнения;
- изготовитель фонограммы (звуковой записи);
- организация эфирного и кабельного вещания.

За всеми обладателями смежных прав закрепляется исключительное право на принадлежащий им объект смежных прав.

Интеллектуальные права исполнителя включают также личные неимущественные права (в отличие от других субъектов смежных прав): право авторства, право на имя и право на защиту исполнения от внесения в запись или передачу исполнения каких-либо изменений, которые искажают целостность восприятия исполнения.

Интеллектуальные права изготовителя фонограммы включают право на указание имени (наименования) на материальных носителях фонограмм (их упаковке), право на защиту записи от искажения и право на опубликование фонограммы, выпуск в обращение.

Исключительное право на исполнение действует в течение всей жизни исполнителя, но не менее 50 лет, считая с 1 января, следующего за годом, в котором осуществлены исполнение, либо его запись, либо передача в эфир или по кабелю. Исключительное право на фонограмму действует в течение 50 лет с 1 января года, следующего за годом, в котором была осуществлена запись (либо обнародована фонограмма). Эти сроки отвечают нормам о минимальных сроках на исполнение и фонограммы, предусмотренным Соглашением по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (п. 5 ст. 14).

ГК РФ расширил сферу смежных прав, включив в нее дополнительно **права изготовителя базы данных и права публикатора** на произведения науки, литературы и искусства, обнародованные публикатором после их перехода в общественное достояние. Права изготовителя базы данных не следует смешивать с авторскими правами на базы данных, которые охраняются как составные произведения, созданные в результате творческого труда составителя. Основным условием охраны прав изготовителя базы служит вложение "существенных" материальных и организационных ресурсов. Однако изготовитель базы данных не может запрещать использование

отдельных материалов, хотя и содержащихся в базе данных, но правомерно полученных использующим их лицом из иных, чем эта база данных, источников, т.е. не допускается монополия на материалы, которые хотя и содержатся в базе данных, но могут быть получены из других источников.

Право изготовителя базы данных действует 15 лет, считая с 1 января года, следующего за годом ее создания.

Права публикатора возникают у гражданина, который впервые опубликовал (организовал опубликование) ранее не публиковавшееся и находящееся в общественном достоянии произведение, относящееся к кругу произведений, охраняемых авторским правом. Права публикатора действуют 15 лет.

Сфера действия смежных прав хотя и основывается на общих принципах охраны, использования и распоряжения исключительным правом в соответствии со ст. 1229 ГК РФ, однако дифференцируется по отдельным видам объектов.

Смежные права охраняются в России, если охраняемый объект прав был создан на ее территории, если субъектом прав является гражданин России или российское юридическое лицо, а также на основе международных договоров России.

Смежные права граждан России - исполнителей, производителей фонограмм, а также юридических лиц, имеющих официальное место нахождения на территории Российской Федерации, признаются независимо от места первого исполнения, как и места первого опубликования фонограммы (критерий гражданства).

Исключительное право на сообщение или телепередачу организаций эфирного и кабельного вещания признается при наличии двух условий: организация имеет официальное место нахождения на территории Российской Федерации и выходит в эфир (кабельную сеть) с помощью передатчиков, также расположенных в России. При этом имеется в виду право на передачу, созданную самой организацией или другой организацией по ее заказу за счет ее средств.

Следовательно, права **иностранных** исполнителей - артистов, певцов, музыкантов, танцоров, режиссеров-постановщиков спектаклей, дирижеров, иных исполнителей музыкальных или литературных произведений охраняются российским правом, **если первое исполнение имело место на территории России**. Равно это относится к исполнителям, чье исполнение записано на охраняемую в России фонограмму или (не будучи записанным) впервые прозвучало в охраняемой передаче в эфире или по кабельному вещанию. В иных случаях охрана исключительного права на исполнение может быть предоставлена на основе международного договора России.

Нормы ГК РФ о действии исключительного права на исполнение на территории России отвечают правилам Римской конвенции (ст. ст. 2 и 4), обязывающим страны-участницы предоставлять национальный режим охраны артистам-исполнителям.

Территориальный критерий действует и в отношении фонограммных прав иностранных граждан и иностранных организаций. Условием признания смежных прав зарубежных производителей фонограмм служит первое опубликование фонограммы в России либо официальное место нахождения звукозаписывающей организации (юридического лица) на

территории России. Под опубликованием фонограммы в соответствии с Кодексом понимается выпуск в обращение ее экземпляров в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики, исходя из характера фонограммы. Иные условия признания исключительных прав основываются на международных договорах.

Особые условия установлены для признания исключительных прав иностранного изготовителя (гражданина или юридического лица) базы данных и публикатора. Они основаны по существу на так называемом принципе взаимности. Исключительное право иностранного изготовителя базы данных и иностранного публикатора признается в России при условии, что законодательством соответствующего иностранного государства предоставляется российскому гражданину (юридическому лицу) охрана исключительного права на эти объекты (ст. 1336 ГК РФ).

2. Международные договоры России в сфере охраны смежных прав. Россия участвует в трех международных договорах:

- в Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (Женевская конвенция);
- Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Римская конвенция);
- Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам.

Основной целью **Женевской конвенции об охране интересов производителей фонограмм** является объединение усилий стран-учредителей для борьбы с пиратством - незаконным (без согласия производителя) производством и распространением копий фонограмм, включая ввоз таких копий с целью их распространения (ст. 2). Конвенция полностью опирается на внутренние нормы. За государствами-участниками сохраняется право определения юридических мер, посредством которых должно быть обеспечено применение Конвенции на территории государства (ст. 3). Для иностранных правообладателей она действует в каждой стране с момента ее вступления в силу в этой стране - в России с 13 марта 1995 г.

Римская конвенция направлена на согласование интересов обладателей охраняемых смежных прав, которые сталкиваются при создании определенных произведений: исполнителей ("лиц, которые... участвуют в исполнении литературных и художественных произведений"), производителей фонограмм, вещательных организаций. Объекты охраны - исполнение, фонограммы, передачи в эфир. Как и большинство международных конвенций в области охраны интеллектуальной собственности, Конвенция, в принципе, исходит из предоставления зарубежным обладателям смежных прав национального режима той страны, где испрашивается охрана. Государство-участник обязано также обеспечить на территории своей страны минимальный уровень охраны смежных прав, предусмотренный Конвенцией. Причем для каждой категории смежных прав определены критерии предоставления охраны и минимальный объем предоставляемых прав. Например, каждое государство-участник обязано предоставить охрану зарубежным артистам-исполнителям при соблюдении следующих условий: исполнение имело место в другом Договаривающемся государстве, исполнение записано на охраняемой фонограмме или (не будучи записанным на фонограмме) распространяется путем охраняемой передачи в эфир. Предоставляемая артистам-исполнителям охрана включает право воспрепятствовать передаче их

исполнения в эфир или публичному сообщению, записи исполнения и воспроизведению записи без их согласия за установленными исключениями. Условия охраны и объем охраны определены также для зарубежных производителей фонограмм и организаций вещания.

Минимальный срок действия охраны, установленный Конвенцией, - 20 лет. Этот срок исчисляется с конца года, в котором была осуществлена запись исполнения, включенного в фонограмму, или исполнялось произведение, не записанное на фонограмму, или прозвучала передача в эфире. Российское законодательство об охране смежных прав формировалось с учетом уровня охраны, установленного Конвенцией, и с этой точки зрения не было препятствий для вступления России в Конвенцию.

Признанию взаимных обязательств, направленных на защиту интересов граждан стран СНГ - бывших сограждан Союза, оказавшихся после распада СССР по разные стороны границ, призвано служить **Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав**, которое было заключено в Москве одиннадцатью странами СНГ 24 сентября 1993 г. В него вошли Азербайджан, Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан, Туркмения, Узбекистан, Украина. Позднее - 10 февраля 1995 г. - к нему присоединилась Грузия. Соглашение открыто для подписания другими странами, ранее входившими в СССР.

Учитывая, что СССР участвовал во Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1952 г., все страны подтвердили, что они считают себя связанными ее положениями. Причем вытекающие из Конвенции обязательства признаются действующими на территории договаривающихся государств с 27 мая 1973 г., т.е. с даты вступления ее в силу для бывшего СССР. Вместе с тем предусмотрено, что во взаимных отношениях договаривающихся государств положения Конвенции будут применяться также к произведениям, "охранявшимся по законодательству стран-участниц до этой даты на условиях предоставления национального режима" (т.е. с обратной силой).

В отношении сроков охраны Соглашение исходит из того, что может быть применен принцип материальной взаимности, т.е. государство, где испрашивается охрана, не обязано предоставлять охрану на более продолжительный срок, чем срок охраны, установленный в стране происхождения. Предусматривается, кроме того, "совместная работа по борьбе с незаконным использованием объектов авторского права и смежных прав", принятие мер по созданию и функционированию национальных авторско-правовых организаций, решение вопросов об избежании двойного налогообложения авторского вознаграждения, определении порядка взаимных расчетов и принятии мер для своевременного их осуществления.

Наряду с многосторонними конвенциями Россия заключила со многими странами новые **двусторонние соглашения о взаимной охране авторских прав**. Для примера можно привести Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Армения о взаимной охране авторских прав (Москва, 25 июня 1993 г.), Соглашения с Австрией, Швецией, Польшей, Словакией, Чехией и рядом других стран.

§ 4. Патентное право

1. Институту патентных прав посвящена гл. 72 ГК РФ. Ее основу составляют специальные нормы, определяющие **условия охраны, использования и защиты интеллектуальных прав на изобретения, полезные модели, промышленные образцы**. В соответствии с установленным в

ГК РФ определением к объектам патентных прав относятся результаты интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, отвечающие установленным ГК РФ требованиям к изобретениям, полезным моделям, а также результаты интеллектуальной деятельности в сфере дизайна, отвечающие установленным ГК РФ требованиям к промышленным образцам.

Гражданский кодекс, в принципе, закрепляет уже сложившуюся в России систему патентной охраны, что немаловажно для правоприменительной практики, ее стабильности. Последние изменения и дополнения, которые были внесены в нормативное регулирование патентно-правовых отношений, корреспондируют с общими нормами гл. 69 ГК РФ. Они направлены прежде всего на усиление защиты прав авторов, других правообладателей и значительно более полное регулирование имущественного оборота патентных прав.

К патентным правам относятся:

- право авторства;
- право на получение патента;
- исключительное право на изобретение, полезную модель, промышленный образец;
- право на вознаграждение за служебный объект патентных прав.

Автором изобретения, полезной модели, промышленного образца могут быть признаны только конкретные физические лица, творческим трудом которых созданы эти технические новшества. Критерием творческого вклада служит создание технического или художественно-конструкторского новшества, отвечающего требованиям, предъявляемым к охраняемым объектам. Если в создании такого объекта участвовало несколько человек, все они считаются авторами (соавторами) независимо от степени творческого участия каждого из них. Величина творческого вклада влияет на определение доли имущественных благ, получаемых каждым из авторов (вознаграждения, патентных или лицензионных платежей).

Право авторства неотчуждаемо и непередаваемо. Отказ от этого права ничтожен.

Официальным документом, подтверждающим патентные права на объекты всех трех видов, служит **патент**. Патент удостоверяет личные права автора - его авторство, имущественные права патентообладателя - исключительное право на охраняемый патентом объект, приоритет изобретения, полезной модели, промышленного образца.

В условиях выдачи и действия патента в зависимости от вида охраняемого объекта имеются определенные различия.

Патент на изобретение действует в течение 20 лет с даты подачи первоначальной заявки (т.е. даты поступления правильно оформленной заявки в патентное ведомство); патент на полезную модель - в течение 10 лет с правом продления не более чем на следующие три года. А патент на промышленный образец действует в течение пяти лет с правом неоднократного продления этого срока, но не более чем на 25 лет.

Продление двадцатилетнего срока действия патента на изобретение возможно, если патент

выдан на лекарственные средства, пестициды и агрохимикаты. Дело в том, что запатентованные лекарственные средства, пестициды и агрохимикаты, для применения которых необходима апробация компетентных органов, допускаются к использованию только после такой апробации, удостоверенной в установленном порядке компетентными органами (сертификатами Минздрава и т.п.). На практике такая апробация нередко затягивается на несколько лет, и в результате к моменту получения необходимых сертификатов срок реального действия полученного патента практически уже истек. Разработчики (затратившие, как правило, значительные средства на создание патентуемой новинки) уже не могли воспользоваться своей законной монополией.

Срок действия такого патента по ходатайству патентообладателя продлевается патентным ведомством на период, исчисляемый с даты подачи заявки до даты получения первого разрешения на применение продукта за вычетом пяти лет. Максимальный срок продления ограничен пятью годами. Запись о продлении срока действия вносится в патент, который возвращается патентообладателю. Соответствующие записи вносятся также в Государственный реестр изобретений РФ и публикуются в официальном бюллетене патентного ведомства.

Патентная охрана предоставляется объектам, отвечающим установленным в ГК РФ требованиям, подтвержденным государственной регистрацией, которая возложена на патентное ведомство. Вместе с тем следует обратить внимание на особый перечень технических решений, которые вообще не могут охраняться патентами (п. 4 ст. 1349 ГК РФ). Это способы клонирования человека и его клон, а также способы модификации генетической целостности клеток зародышевой линии человека, использование человеческих эмбрионов в промышленных и коммерческих целях, иные решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали.

На территории РФ признаются исключительные права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, удостоверенные российскими патентами, а также зарубежными патентами, имеющими силу в России в соответствии с международными договорами.

2. Первоначальное право на получение патента принадлежит автору. Оно может перейти к другому лицу (правопреемнику) в порядке универсального правопреемства по общим нормам гражданского права. Автор может передать свое право на получение патента по договору (в том числе по трудовому договору). Такой договор заключается в письменной форме под страхом его недействительности. Причем, если стороны не договорились иным образом, риск получения в последующем отказа патентного ведомства на выдачу патента (вследствие непатентоспособности заявленного изобретения, полезной модели или промышленного образца) принимает на себя заявитель.

В ГК РФ четко и полно (хотя и не исчерпывающе) раскрыто **содержание исключительного права**, т.е. имущественных правомочий патентообладателя. В течение всего срока действия исключительного права патентообладатель может сам использовать изобретение, полезную модель, промышленный образец любыми не противоречащими закону способами, в том числе способами, указанными в п. 2 ст. 1358 ГК РФ. Кроме того, что практически самое важное, он может также самостоятельно **распоряжаться своим исключительным правом**, которое действует до прекращения действия патента.

Предоставляемая иностранным гражданам и организациям возможность равной охраны их исключительных прав относится как к кругу объектов, объему охраняемых прав, так и к способам

их реализации и защиты.

Специальные правила касаются представительства лиц, постоянно проживающих вне России, а также иностранных юридических лиц, имеющих постоянное местонахождение за пределами России. Дела таких граждан и юридических лиц, связанные с защитой патентных прав, ведут российские патентные поверенные, за исключением случаев, когда международным договором предусмотрено для этой категории заявителей право самостоятельно вести дела с патентным ведомством.

Правительство России заключило двусторонние соглашения с правительствами Азербайджана, Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Украины и Узбекистана о сотрудничестве в области охраны промышленной собственности. Граждане и юридические лица этих стран, подавая заявки на получение российского патента, не обязаны обращаться к услугам патентных поверенных России. Они могут это сделать сами либо через своих патентных поверенных. Российские граждане и юридические лица могут также непосредственно вести дела в патентных ведомствах сотрудничающих стран.

3. Заявка о выдаче патента подается в патентное ведомство на русском языке. Остальные документы, прилагаемые к заявке: описание изобретения (промышленного образца, полезной модели), чертежи, реферат, а также иные материалы - могут быть поданы иностранным заявителем с приложением перевода на русский язык. Перевод следует представить в установленный срок.

По общему правилу **заявочный приоритет** устанавливается по дате поступления правильно оформленной заявки в патентное ведомство. Иностранные заявители из государств - участников Парижской конвенции могут использовать предоставляемую Конвенцией льготу по приоритету - "конвенционный приоритет". В этом случае заявка на изобретение и полезную модель должна поступить в патентное ведомство, где испрашивается патент, не позднее 12 месяцев со дня подачи первой правильно оформленной заявки, а на промышленный образец - не позднее 6 месяцев. Этот срок при наличии уважительных причин (когда заявитель по независящим от него обстоятельствам не смог уложиться в 12 или соответственно в 6 месяцев) может быть продлен, но не более чем на два месяца. В соответствии с Парижской конвенцией дата подачи заявки в одной из стран-участниц признается датой, определяющей приоритет последующих заявок на тот же объект, поданных тем же заявителем или его правопреемником в других странах - участниках Конвенции.

Для использования приоритетной льготы заявитель должен приложить к заявке заявление на приоритет, указав в нем номер первой заявки, на которую он ссылается, дату испрашиваемого приоритета, код страны подачи заявки по стандарту ВОИС. Срок подачи заверенной копии первой заявки на изобретение или полезную модель не может превышать 12 месяцев (а на промышленный образец - шесть) с даты подачи заявки в иностранное патентное ведомство государства - участника Парижской конвенции.

Промышленным образцам, зарегистрированным в соответствии с международными договорами Российской Федерации, предоставляется правовая охрана на территории Российской Федерации, если они соответствуют условиям патентоспособности, предусмотренным ст. 1352 ГК РФ.

4. Только патентообладатель вправе **использовать** запатентованное решение и

распорядиться принадлежащим ему правом использования (в силу принадлежащего ему **исключительного права** на запатентованное решение). Распоряжение исключительным правом на запатентованное научно-техническое или художественно-конструкторское решение включает право его обладателя: **передать** другому лицу это исключительное право либо **разрешить** другому лицу использование охраняемого объекта (выдать лицензию). В обоих случаях основанием распоряжения исключительным правом служит гражданско-правовой договор, который в первом случае будет договором об отчуждении исключительного права (договором об отчуждении патента), а во втором - лицензионным договором.

И тот и другой договор заключаются в письменной форме и подлежат обязательной регистрации в патентном ведомстве. Сведения о зарегистрированном договоре вносятся соответственно в Государственный реестр изобретений РФ, в Государственный реестр полезных моделей РФ, в Государственный реестр промышленных образцов РФ. Несоблюдение требования о регистрации влечет недействительность договора.

Договор вступает в силу с момента его регистрации. В соответствующем официальном бюллетене патентного ведомства публикуются: дата и номер регистрации, определение сторон договора, предмет договора, объем передаваемых прав.

Презюмируется возмездный характер как договора об отчуждении исключительного права, так и лицензионного договора. Стороны могут договориться и иным образом. В случае заключения возмездного договора к его существенным условиям ГК РФ относит согласование сторонами размера вознаграждения (как за передачу прав, так и за предоставление разрешения на использование предмета договора). В зависимости от договоренности сторон лицензионное вознаграждение обычно выплачивается либо в виде твердой суммы, либо в виде периодических (ежемесячных, ежеквартальных) процентных отчислений от выручки, прибыли, объема продаж готовой продукции и т.п.

По **договору об отчуждении патента** патентообладатель передает исключительные права на патент в полном объеме другому физическому или юридическому лицу. В этом случае на основе сингулярного правопреемства происходит замена патентообладателя.

Лицензионный договор имеет две разновидности. На основе этого договора патентообладатель (лицензиар) может предоставить пользователю (лицензиату) исключительную либо неисключительную лицензию на использование изобретения, полезной модели или промышленного образца.

По **исключительной лицензии** лицензиат получает исключительное право использовать объект договора в обусловленном объеме на обусловленной территории. При этом лицензиар не вправе выдать еще кому-либо лицензию и сам не может использовать предмет договора в обусловленных пределах. За ним сохраняется право на использование лишь в пределах, не передаваемых лицензиату (на другой территории, в другой технической отрасли и т.п.). Поэтому во избежание споров, в особенности в договорах с иностранным участием, следует очень четко определять способы и пределы использования, на которые лицензиат получает исключительные права.

При **неисключительной лицензии** лицензиар, разрешая использование запатентованного изобретения, полезной модели, промышленного образца в обусловленном в договоре объеме,

сохраняет за собой все права, вытекающие из патента, включая выдачу лицензии третьим лицам, не нарушая интересов первого лицензиата.

Договоры об уступке патента и выдаче лицензии, а также другие договоры, содержащие эти условия, должны быть зарегистрированы в патентном ведомстве под страхом недействительности. Заключаться договоры могут с даты принятия решения о выдаче патента (свидетельства) и до окончания срока его действия.

Элементы обязательственных отношений, связанных с передачей исключительных прав, содержатся и в других договорах, предметом которых является создание новых технологий или использование охраняемых объектов интеллектуальной собственности. К ним относятся договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, договоры о передаче технологий, а также договоры коммерческой концессии (гл. 54 ГК РФ), или "комплексной предпринимательской лицензии", - "франчайзинг" и др. В России договор коммерческой концессии, предусматривающий предоставление прав на использование изобретения, полезной модели, промышленного образца, подлежит обязательной регистрации в патентном ведомстве (ст. 1028 ГК РФ).

5. Автор (его правопреемник) вправе подать заявку в зарубежное патентное ведомство любой страны. Однако предварительно, если изобретение или иной объект были созданы в стране заявителя, он обязан подать первую заявку в патентное ведомство своей страны.

Зарубежное патентование обычно диктуется коммерческими интересами патентообладателя (выходом на внешний рынок со своей продукцией, в которой применены охраняемые технические или художественно-конструкторские решения, возможностью продажи лицензий и др.). Получение патента и поддержание его в силе требует затраты определенных валютных средств, как правило, весьма значительных. Все расходы по патентованию в рублях и валюте несет заявитель.

Для патентования за рубежом изобретения, полезной модели или промышленного образца необходимо соблюдать правила российского законодательства о подаче заявок в зарубежные патентные ведомства. Кроме того, необходимо иметь в виду, что, во-первых, в каждой стране защита объектов промышленной собственности осуществляется по закону этой страны (территориальное действие патентного законодательства) и, во-вторых, условия зарубежного патентования определяются также правилами международных договоров, в которых участвуют как страна заявителя, так и страна патентования, в которую подается заявка на патент.

Зарубежная заявка на изобретение или полезную модель, созданные в России, может быть подана не ранее шести месяцев после подачи российской (национальной) заявки в российское патентное ведомство. В течение этого периода проверяются материалы заявки с точки зрения защиты государственных интересов. В случае обнаружения в ней сведений, которые могут быть отнесены к государственной тайне, заявитель не позднее шести месяцев извещается об имеющихся возражениях против зарубежного патентования.

Процесс получения за рубежом патента на изобретение или полезную модель значительно облегчен для тех заявителей, которые могут воспользоваться **международной заявкой** в соответствии с процедурой, установленной Договором о международной патентной кооперации, а также Евразийской патентной конвенцией. Зарубежное патентование созданных в России

изобретений и полезных моделей в соответствии с этими договорами допускается без предварительной подачи российской (национальной) заявки на патентуемые решения. Эти правила распространяются на международные заявки (в которых Россия указана в качестве одной из стран патентования), поданные в Роспатент, а также евразийские заявки, поданные в Евразийское патентное ведомство через Роспатент. В Российской Федерации международная заявка подается через российское патентное ведомство. Заявка составляется в соответствии с требованиями Договора, в частности в ней следует указать страны, где заявитель желает получить патент.

Подаявая заявку за рубеж, следует также иметь в виду льготы, связанные с конвенционным и выставочным приоритетом, предоставляемые заявителям из стран - участниц Парижской конвенции. Кроме того, процедура получения патента в двух и более европейских странах может быть существенно облегчена подачей заявки на получение **Европейского патента** (с соблюдением отечественного законодательства) независимо от того, является ли страна заявителя участницей Европейской патентной конвенции.

Следует отметить, что до 1990 г. советский гражданин не имел права свободного выхода на зарубежное патентование и не мог быть обладателем иностранного патента на изобретение, защищенное в Союзе авторским свидетельством. Действовал специальный порядок патентования советских изобретений за границей, обязывающий авторов после получения патента (решения зарубежного патентного ведомства о выдаче патента) переуступать его "патентующей организации", которая определялась компетентными советскими органами.

6. Прекращение и восстановление действия патента. В течение всего срока действия патента он может быть оспорен и признан недействительным полностью или частично по следующим основаниям:

- охраняемый объект не отвечает условиям патентоспособности;
- неправомерно расширена его формула;
- при нарушении прав кого-либо из заявителей в случае совпадения даты приоритета по нескольким идентичным заявкам.

Возражения по этим основаниям против выдачи патента рассматриваются патентным ведомством.

Кроме того, патент признается частично недействительным, если в нем неправильно указаны авторы или патентообладатели.

Споры об авторстве или о неправильном указании патентообладателя, как и другие гражданско-правовые споры, связанные с охраной и использованием патента, рассматриваются в судах.

Патент, признанный недействительным на основании решения патентного ведомства или суда, аннулируется. При частичной недействительности выдается новый патент (например, с уточненной формулой, с указанием действительных авторов). При полной недействительности патент аннулируется и признается недействительным с самого начала, что отвечает мировой

практике. Однако лицензионные договоры, заключенные на основе патента, признанного впоследствии недействительным, сохраняют свою силу в той мере, в какой они были исполнены к моменту вынесения решения о недействительности.

Такой подход обусловлен правовым характером самого решения об аннулировании патента. Оно принимается патентным ведомством, т.е. государственным органом, является публично-правовым актом, который вступает в действие с момента его принятия.

Не все патенты сохраняют силу до истечения максимального срока их действия. Патент может утратить силу досрочно: во-первых, когда патентообладатель отказался от поддержания патента и, во-вторых, когда пропущен установленный срок для уплаты ежегодной пошлины.

Отказ от патента оформляется путем подачи патентообладателем заявления в патентное ведомство. Отказ от патента возможен в любое время, однако он не должен нарушать интересы лицензиатов. В иностранном патентном законодательстве на этот счет можно встретить специальные правила, предусматривающие, что без согласия указанных лиц отказ от патента не регистрируется. Патентовладелец должен представить доказательства, подтверждающие, что он согласовал отказ с заинтересованным лицом. В противном случае отказ регистрируется через определенный срок, в течение которого могут быть заявлены возражения третьих лиц против досрочного прекращения действия патента.

При досрочном прекращении действия патента вследствие неуплаты патентной пошлины допускается его восстановление. ходатайство о восстановлении должно быть подано в патентное ведомство лицом, которому принадлежал патент, в течение трех лет с даты истечения срока уплаты пошлины, но до истечения общего срока действия патента.

Право на восстановление патента - это существенная льгота для обладателей тех патентов, возможность использования которых выявляется не сразу, а спустя какое-то время после их выдачи. Однако для защиты интересов тех лиц, которые в период, когда патент не действовал, начали использовать запатентованное изобретение, полезную модель или промышленный образец (либо сделали необходимые к этому приготовления), введен так называемый институт послепользования. Этот институт аналогичен праву преждепользования - традиционной форме ограничения исключительных прав. Послепользователь (как и преждепользователь) сохраняет право на безвозмездное дальнейшее использование запатентованного новшества и после даты опубликования сведений о восстановлении патента, но без расширения объема использования. Однако следует отметить, что послепользователь применяет запатентованное чужое решение, тогда как преждепользователем признается обладатель самостоятельно созданного творческого результата, который он своевременно не запатентовал.

7. Защита прав авторов и патентообладателей. Споры, связанные с защитой нарушенных или оспариваемых патентных прав, рассматриваются в судебном порядке в соответствии с общими правилами процессуального законодательства о подведомственности гражданско-правовых споров. В Гражданском кодексе воспроизведен примерный перечень таких споров, в частности, об авторстве, об установлении патентообладателя, о нарушении исключительного права на запатентованные решения, о праве преждепользования, о праве послепользования, о размере, сроке и порядке выплаты вознаграждения и др.

В качестве компенсации за нарушение патентных прав правообладатель вправе потребовать

от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации в установленных ГК РФ размерах.

Дела, связанные с оспариванием решений патентного ведомства, вынесенных в процессе рассмотрения заявки на получение патента, а также связанные с оспариванием выданных патентов, предварительно рассматриваются в административном порядке патентным ведомством. Решение патентного ведомства может быть обжаловано в суд.

К нарушителям патентных прав применяются соответственно общие нормы части четвертой ГК РФ о защите личных неимущественных прав и о способах защиты исключительных прав.

В отличие от общих норм о деликтной ответственности требование о пресечении действий, нарушающих патентные права или создающих угрозу их нарушения, может быть заявлено правообладателем и подлежит удовлетворению независимо от вины нарушителя и за его счет, если не будет установлено, что нарушение произошло вследствие чрезвычайных и неотвратимых при данных условиях обстоятельств.

Уголовные санкции за нарушение патентных прав предусмотрены ст. 147 Уголовного кодекса Российской Федерации - "Нарушение изобретательских и патентных прав".

8. Международные договоры.

8.1. Одним из первых международных договоров европейских стран в сфере исключительных прав стала **Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г.** Россия участвует в Конвенции во всех ее редакциях.

Парижская конвенция является наиболее представительным договором по составу участников. Кроме того, она охватывает широкий круг объектов промышленной собственности, в том числе: изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и наименования места происхождения. Основная цель Конвенции - облегчить гражданам и юридическим лицам взаимную защиту прав на охраняемые объекты промышленной собственности.

Участники Конвенции образовали Международный союз по охране промышленной собственности (Парижский союз). К гражданам Союза приравниваются граждане не участвующих в нем стран, если они имеют на территории одной из стран Союза место жительства, "действительные или серьезные предприятия".

К важнейшим **конвенционным правам**, которые государства - участники Конвенции обязаны предоставить гражданам и организациям этих государств, относятся: право иностранцев пользоваться теми же правами, которые имеют в данной области собственные граждане и организации страны, где испрашивается охранный документ (национальный режим), право на получение конвенционного приоритета, право на получение выставочного приоритета, право изобретателя на указание его имени в патенте.

Конвенция содержит ряд материально-правовых норм, определяющих допустимые ограничения исключительных прав: об условиях свободного использования изобретений и промышленных образцов, о праве преждепользования, о принудительных лицензиях и др.

8.2. Договор о патентной кооперации (принятая аббревиатура - РСТ - Patent cooperation treaty). Участником Договора может стать любое государство - участник Парижской конвенции. Договор призван упростить и удешевить национальную процедуру выдачи патента (свидетельства) на изобретение или полезную модель.

В этих целях предусмотрена возможность подачи одной так называемой международной заявки, в которой указываются все страны, где заявитель испрашивает охрану. Все стадии экспертизы по желанию заявителя проводятся централизованно (международный поиск, международная предварительная экспертиза и др.). Эти функции возлагаются на определенные патентные ведомства стран-участниц, обладающие необходимой материальной базой. В частности, российское патентное ведомство выполняет функции Международного поискового органа и Органа международной предварительной экспертизы по международной заявке, поданной в соответствии с процедурой, установленной Договором. Тем самым исключается необходимость подачи заявки в каждое национальное ведомство, где заявитель заинтересован получить патент. Правильно оформленная международная заявка имеет силу национальной заявки в каждом указанном государстве.

Полная экспертиза международной заявки проходит две стадии: международную фазу и национальную фазу.

На первой стадии проверяются формальные требования, предъявляемые к международной заявке, проводится международный поиск и международная предварительная экспертиза. Эти функции выполняет одно из получающих ведомств, к числу которых относится и Российское патентное ведомство. По завершении формальной экспертизы получающее ведомство пересылает один экземпляр заявки в Международное бюро ВОИС. Результаты международного поиска оформляются в виде отчета о поиске и сообщения о патентоспособности заявленного изобретения, которые направляются заявителю и в Международное бюро ВОИС.

Национальная стадия рассмотрения заявки в каждом национальном ведомстве начинается после того, как заявитель представит в установленные сроки перевод заявочных материалов (на язык страны патентования) и оплатит национальные пошлины в те ведомства, где он испрашивает патент. Для совершения этих действий установлен срок - не позднее 30 месяцев с даты приоритета.

Однако заключения уполномоченных ведомств являются предварительными. Окончательное решение по заявке с учетом полученных материалов (которые могут быть подвергнуты проверке) принимают национальные патентные ведомства, выдающие патенты.

8.3. Договор о патентном праве 2000 г. и Инструкция к Договору не содержат материальных норм. В них предусмотрены унифицированные правила, касающиеся прежде всего оформления заявочных материалов и иных документов, связанных с процедурой рассмотрения международных заявок в рамках Договора о патентной кооперации. Участником Договора может стать любое государство, которое является участником Парижской конвенции об охране промышленной собственности или членом ВОИС.

8.4. Евразийская патентная конвенция 1994 г., вступившая для России в силу 12 августа 1995 г. Ее участниками являются бывшие республики Советского Союза, территории которых ранее, до распада Союза, представляли единое патентное пространство, где действовало общее

законодательство об охране изобретений. В этом особенности процесса создания Евразийской патентной конвенции. В нее вошли: Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан и Украина. Конвенция относится только к изобретениям и "учреждает Евразийскую патентную систему", целью которой является выдача единого патента, действующего на территории всех стран - участниц Конвенции.

Для выполнения административных задач, связанных с функционированием Евразийской патентной системы, и выдачи патентов создана Евразийская патентная организация, находящаяся в г. Москве. Официальным языком организации признан русский.

Основными нормативными документами Евразийской системы наряду с Конвенцией являются: Патентная инструкция, Положение о пошлинах, Административная инструкция и Положение о евразийских патентных поверенных. Конвенция и Инструкция к ней не только определяют процедуру получения патента, но и содержат достаточно детальные материальные нормы. Сюда относятся требования, предъявляемые к патентоспособным изобретениям, правила о предоставлении конвенционного и выставочного приоритета (с отсылкой к ст. 4 Парижской конвенции), правила о правах патентообладателя, об определении объема правовой охраны, о толковании формулы изобретения и др. Срок действия евразийского патента - 20 лет с даты подачи заявки.

Евразийская патентная система не затрагивает национальные системы. Выбор патента (евразийского или только национального) предоставляется заявителю. Кроме того, имеются прямые отсылки к национальному законодательству, в частности гражданско-правовая и иная ответственность за нарушение евразийского патента в каждом Договариваемом государстве определяется его национальным законодательством.

Разрешение споров о нарушении патента, действительности патента и осуществлении патентных прав отнесено к компетенции национальных судов (или других компетентных органов в данной стране). Решение, вынесенное национальным органом государства, имеет силу на его территории.

Заявка на евразийский патент подается заявителями из стран-участниц через национальное патентное ведомство, если это предусмотрено законодательством этой страны. Заявка может быть также подана непосредственно в Евразийское ведомство. Если заявитель не имеет постоянного места жительства или постоянного места нахождения на территории какого-либо Договариваемого государства, он должен быть представлен патентным поверенным, зарегистрированным в Евразийском ведомстве.

Рассмотрение заявки и выдача патента осуществляются по системе отсроченной экспертизы. Патент выдается на основании положительного решения экспертизы, проведенной по существу заявленного изобретения, при условии уплаты пошлины за выдачу патента и его публикацию. Ведомство ведет Реестр евразийских патентов, в частности, в него вносятся сведения о выданных патентах и обо всех изменениях его правового статуса, а также о выданных лицензиях.

Пошлины за поддержание патента в силе после его выдачи уплачиваются ежегодно на дату, соответствующую дню подачи заявки. Для продолжения действия патента патентовладелец должен указать государства, в которых он намерен поддерживать действие патента, о чем следует уведомить Евразийское ведомство одновременно с уплатой пошлины. Пошлина за поддержание

патента в силе в каждом указанном государстве уплачивается непосредственно Евразийскому ведомству.

Российское патентное ведомство в рамках Евразийской конвенции выполняет функции, связанные с получением, проверкой и пересылкой евразийской заявки в Евразийское патентное ведомство.

Россия заключила **двусторонние соглашения** с отдельными странами СНГ, в частности межправительственные соглашения с Арменией, а также с Украиной о сотрудничестве в области охраны промышленной собственности, в которых предусматривается как упрощение самой процедуры взаимного патентования, так и ряд дополнительных льгот, а также содействие в становлении национальных патентных систем

8.5. Существенным этапом европейской патентной интеграции стало принятие **Европейской патентной конвенции 1973 г.** (вступила в силу 1 июня 1978 г.), которая предусматривает выдачу **единого европейского патента**. Россия не является ее участницей. Однако условия Конвенции не препятствуют российским заявителям получать европейский патент на свои изобретения, что широко используется в практике защиты российских изобретений в странах Европы.

В рамках Конвенции создано Европейское патентное ведомство в г. Мюнхене. Этот международный орган ведет всю работу, связанную с рассмотрением заявок на европейский патент и его выдачей. Патент действует во всех Договаривающихся странах (которые были указаны в заявке) как национальный. Споры с Европейским патентным ведомством по поводу выдачи патента, а также толкования правил Конвенции подсудны Суду Европейского сообщества. Споры, связанные с действительностью патента, нарушением прав патентообладателя и др., рассматриваются национальными судебными органами. Патент действует 20 лет со дня подачи заявки. Выдача европейского и национального патентов на одно и то же изобретение не допускается.

8.6. Следует отметить также ратификацию Россией **Женевского акта Гаагского соглашения о международной регистрации промышленных образцов 1999 г.**, в соответствии с которым на территории России предоставляется правовая охрана промышленным образцам, зарегистрированным в соответствии с международными договорами РФ.

§ 5. Право на товарный знак и знак обслуживания

1. В соответствии с законодательством России **товарными знаками** признаются словесное, изобразительное, объемное, другие обозначения, выполненные в любой цветовой гамме и служащие для индивидуализации - отличия товаров (или услуг) одних производителей от товаров (услуг) других производителей.

К товарным знакам приравняются **знаки обслуживания**, используемые организациями и гражданами-предпринимателями, деятельность которых заключается в оказании различных услуг (гостиницы, прачечные, транспортные предприятия, туристические бюро и др.).

Установлена **регистрационная система охраны товарных знаков**. Правовая охрана предоставляется на основании государственной регистрации знака Российским патентным ведомством или на основании международной регистрации в силу международного договора.

Сведения о поданных заявках на регистрацию товарного знака публикуются в официальном бюллетене патентного ведомства. Любое лицо может ознакомиться с публикацией и представить возражения против регистрации, если имеются основания считать, что заявленное обозначение не соответствует требованиям, предъявляемым к охраняемым обозначениям.

Регистрационная система означает, что право на защиту товарного знака не может быть обосновано не только охраной тождественного товарного знака за рубежом, но и его фактическим использованием на территории России (при импорте товаров, экспонировании на выставках без последующей своевременной регистрации и т.п.) в силу принципа территориального действия охраны товарных знаков. Согласно п. 3 ст. 6 Парижской конвенции "знак, надлежащим образом зарегистрированный в какой-либо стране Союза, рассматривается как независимый от знаков, зарегистрированных в других странах Союза, включая страну происхождения".

2. На зарегистрированный товарный знак выдается **свидетельство**, которое удостоверяет приоритет товарного знака и исключительное право на товарный знак в отношении товаров, указанных в свидетельстве. На товарные знаки, охраняемые в соответствии с международным договором Российской Федерации - Мадридским соглашением, свидетельства не выдаются. Срок действия свидетельства - 10 лет с даты поступления заявки на государственную регистрацию. Практически же охрана знака не ограничена во времени, поскольку владелец свидетельства может неоднократно возобновлять регистрацию на очередные 10 лет при условии своевременной подачи об этом заявления в патентное ведомство и уплаты пошлины. Срок действия международной регистрации - 20 лет с правом неограниченного дальнейшего продления при условии уплаты пошлины.

Основное требование, предъявляемое к изображению регистрируемого знака, - отличительные свойства, с помощью которых достигается индивидуализация маркируемых товаров. Соответственно, не допускается регистрация товарного знака, не обладающего различительной способностью. В Кодексе детально регламентированы и другие основания, по которым заявленное обозначение не может быть признано охраноспособным в качестве товарного знака, в том числе согласно условиям Парижской конвенции (ст. 6 ter) не допускается регистрация обозначений, воспроизводящих государственную символику, а также символику международных организаций. Обмен информацией о таких обозначениях осуществляется странами-участницами через Международное бюро ВОИС. Не допускается регистрация ложных обозначений, способных ввести в заблуждение потребителя товаров, противоречащих общественным интересам, принципам гуманности и морали, что отвечает общепризнанным нормам мирового оборота.

В России товарный знак может быть зарегистрирован на имя юридического лица или гражданина, занимающегося предпринимательской деятельностью. Специальные правила установлены для регистрации коллективных товарных знаков на имя объединений предприятий (союзов, хозяйственных объединений и т.п.) для обозначения продукции, выпускаемой (или реализуемой) предприятиями, входящими в объединение.

Иностранные обладатели товарных знаков пользуются правами на охрану, использование и защиту товарных знаков на основе международных договоров Российской Федерации.

3. В России заявка на регистрацию товарного знака подается в патентное ведомство на русском языке или с приложением перевода на русский язык. Перевод должен быть представлен не позднее трех месяцев со дня поступления заявки. Иностранные заявители, постоянно

проживающие за границей, ведут дела, связанные с регистрацией товарных знаков, через патентных поверенных. В соответствии с двусторонними соглашениями между странами СНГ допускается взаимная подача заявок на регистрацию непосредственно заявителем.

Иностранные заявители могут зарегистрировать товарный знак в России как путем подачи заявки в Роспатент, так и на основе международной заявки, поданной в Международное бюро ВОИС.

Российские заявители также могут получить охрану товарных знаков **в зарубежных странах** на основе международной регистрации. Для международной регистрации знака (помимо уплаты национального сбора) требуется предварительная уплата международной пошлины, включающая: основную пошлину, дополнительную пошлину за каждый класс товаров или услуг (сверх трех), для которых применяется знак, и добавочную пошлину за каждое заявление о территориальном расширении охраны.

Российские и иностранные заявители могут также воспользоваться льготами Парижской конвенции по конвенционному и выставочному приоритету. Для товарных знаков приоритетная льгота по обоим основаниям составляет 6 месяцев соответственно со дня подачи первой заявки или со дня открытого показа экспоната, на котором помещен товарный знак, на официально признанной международной выставке, проходящей на территории одного из государств - участников Парижской конвенции. Приоритет товарного знака может также устанавливаться по дате международной регистрации товарного знака в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

4. Исключительное право на товарный знак, удостоверенное государственной регистрацией, означает, что его обладатель может использовать зарегистрированный товарный знак любым не противоречащим закону способом и распоряжаться своим исключительным правом. Открытый перечень способов использования товарных знаков дан в п. 2 ст. 1484 ГК РФ.

Существенным условием действия исключительного права на товарный знак является требование об **обязательном использовании товарного знака самим владельцем или другим лицом по договору с владельцем**. Если товарный знак не применялся непрерывно для маркировки соответствующих товаров в течение любых трех лет после его государственной регистрации, то по требованию заинтересованного лица его регистрация может быть прекращена досрочно в отношении всех товаров или части товаров.

Использованием товарного знака в целях подтверждения своего исключительного права признается его использование самим правообладателем, лицом, которому такое право предоставлено на основании лицензионного договора (лицензиатом), либо **"другим лицом, осуществляющим использование товарного знака под контролем правообладателя"** в целях его введения в гражданский оборот. При этом использованием признается также применение товарного знака с изменением его отдельных элементов, не меняющих существа товарного знака и не ограничивающих охрану, предоставленную товарному знаку.

В международной торговле одним из основных договоров, посредством которых осуществляется продвижение и (или) организация сбыта товара иностранного производителя на зарубежной территории, **является дистрибьюторский договор**. В этой связи в российской судебной практике неоднократно возникали дела, возбуждаемые заинтересованными лицами, по

спорам о досрочном прекращении действия товарного знака иностранного правообладателя, экспортирующего свой товар, маркированный российским товарным знаком, через дистрибьютора. Мотивируя свои требования, истец обычно указывает на отсутствие лицензионного договора между правообладателем и дистрибьютором на использование товарного знака, хотя лицензионного договора в этом случае не требуется, поскольку экспорт товара через дистрибьютора осуществляется по прямому договору с правообладателем товарного знака, т.е. "под его контролем".

5. Распоряжение исключительным правом на товарный знак осуществляется на основе гражданско-правовых договоров:

- об отчуждении исключительного права на товарный знак;
- о предоставлении лицензии на использование товарного знака;
- о коммерческой концессии.

Договор об отчуждении исключительного права на товарный знак может быть заключен в отношении всех (полная уступка) или части товаров, для индивидуализации которых он зарегистрирован. Уступка не допускается, если это может ввести потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя.

Лицензионный договор о предоставлении права использования товарного знака в определенных договором пределах также может быть заключен в отношении всех или отдельных видов товаров, внесенных в реестр. Российский закон возлагает на лицензиата обязанность выпускать лицензированный товар не ниже качества товара лицензиара. Соответственно лицензиару предоставлено право контроля за выполнением этого условия. По требованиям, предъявляемым к лицензиату как изготовителю товаров, лицензиат и лицензиар несут солидарную ответственность.

Оба договора подлежат обязательной регистрации в патентном ведомстве. Без такой регистрации они считаются недействительными.

Договор коммерческой концессии - сравнительно новый договорный институт, введенный ГК РФ (гл. 54). Основным обязательством, определяющим особенности договора, является предоставление правообладателем пользователю комплекса исключительных прав на использование объектов интеллектуальной собственности, а также деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме. Договор коммерческой концессии заключается с целью создания новых хозяйственных комплексов - магазинов, ресторанов, гостиниц и т.п. под фирмой правообладателя. Обязательным условием договора становится предоставление права использовать комплекс исключительных прав, включающий права на **товарный знак (и/или знак обслуживания), коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау)**. Этот перечень открытый. Стороны могут предусмотреть в договоре передачу прав и на другие объекты исключительных прав на изобретения, промышленные образцы, программы ЭВМ.

Следует отметить, что в сложившейся практике и ранее типичным для этого договора было включение в его предмет права использовать товарный знак (знак обслуживания) для товаров, которые будет выпускать (продавать) пользователь, или для оказываемых им услуг, хотя договор

мог охватывать и другие объекты интеллектуальной собственности, например изобретения, промышленные образцы (охраняемую внешнюю форму изделия) или программу для ЭВМ.

Договор заключается в письменной форме. Кроме того, поскольку передаются права на товарный знак, договор подлежит обязательной регистрации в патентном ведомстве. При несоблюдении этого требования (как и письменной формы) договор считается ничтожным и наступают последствия, предусмотренные ст. 165 ГК РФ.

6. Права владельца свидетельства на товарный знак защищаются от незаконного использования охраняемого знака в судебном порядке в соответствии с общими нормами ГК РФ о защите гражданских прав.

Незаконным использованием признается использование без разрешения правообладателя товарного знака или сходного с ним обозначения в гражданском обороте на территории Российской Федерации. Имеется в виду использование товарного знака для индивидуализации тех товаров (услуг), для которых этот знак был зарегистрирован, или однородных товаров. Товары, упаковки товаров, этикетки, на которых незаконно размещены товарные знаки или сходные с ними обозначения, признаются контрафактными.

Правообладатель, исключительные права которого нарушены, вправе потребовать прекращения нарушения, а также потребовать по своему выбору возмещения убытков от нарушителя или выплаты компенсации. Помимо этого, он может требовать изъятия из оборота и уничтожения за счет нарушителя контрафактных товаров, а также публикации судебного решения в целях восстановления деловой репутации.

7. Общеизвестные товарные знаки. Процедура признания и охраны общеизвестных товарных знаков в соответствии с требованиями ст. 6 bis Парижской конвенции регулируется специальными нормами, предусмотренными в ст. ст. 1508 и 1509 ГК РФ.

Общеизвестными могут быть признаны как охраняемый на территории Российской Федерации товарный знак (в силу государственной регистрации или международного договора), так и обозначение, используемое в качестве товарного знака, но не имеющее в России правовой охраны. Для такого признания должно быть установлено, что товарный знак в результате интенсивного использования стал широко известным (узнаваемым) среди соответствующих потребителей товаров, выпускаемых под этим знаком, в частности благодаря большому торговому обороту и интенсивной рекламе.

Охрана общеизвестному товарному знаку предоставляется на основании решения патентного ведомства, которое принимается по заявлению обладателя знака. При положительном решении заявителю выдается свидетельство на общеизвестный товарный знак, действующее бессрочно.

8. Международные договоры в области охраны товарных знаков.

8.1. Основной международный договор - Мадридское **соглашение о международной регистрации знаков** 1891 г. Россия также участвует в **Ницком соглашении о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков** 1957 г., в **Сингапурском договоре о законах по товарным знакам** 2006 г., который был принят в развитие Договора ВОИС о законах по товарным знакам.

Товарные знаки входят в круг объектов **Парижской конвенции об охране промышленной собственности**. Охрана товарных знаков входит также в **Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности**.

Текст Мадридского соглашения неоднократно пересматривался, последние изменения внесены 28 сентября 1979 г. Действует также Инструкция к Мадридскому соглашению, детализирующая положения Соглашения.

1 декабря 1995 г. вступил в силу Протокол к Мадридскому соглашению, а Инструкция была признана общей к Мадридскому соглашению и к Протоколу (была пересмотрена в 1998 г., последние изменения вступили в силу 1 декабря 2008 г.). Россия стала участницей Протокола в июне 1997 г. Мадридская система призвана облегчить процедуру регистрации товарных знаков на территории стран-участниц.

Международная заявка должна отвечать требованиям, установленным Соглашением, Протоколом и Инструкцией. Заявка подается в Международное бюро ВОИС через национальное ведомство страны заявителя (в России через патентное ведомство) по установленной форме на официальном бланке. До международной регистрации товарный знак должен быть зарегистрирован в стране происхождения. Если Международное бюро считает, что международная заявка соответствует предъявляемым к ней требованиям, оно регистрирует знак в Международном реестре и уведомляет об этом все ведомства тех государств, которые указаны в заявке, а также национальное ведомство, представившее заявку. Датой регистрации считается дата подачи заявки в стране происхождения, если Международное бюро получило заявку в течение двух месяцев с момента подачи. В противном случае заявка регистрируется по дате ее получения Международным бюро. Информация о зарегистрированных заявках публикуется в ежемесячном бюллетене ВОИС.

Международная регистрация снимает необходимость подачи заявки в каждой стране, где заявитель заинтересован в охране своего знака. Однако за национальными ведомствами сохраняется право отказать в предоставлении охраны в отношении всех или части товаров, включенных в заявку. Отказ допустим только по тем основаниям, которые в соответствии с Парижской конвенцией предусмотрены национальным законодательством также для отказа в регистрации знака по национальной заявке.

В случае признания зарегистрированного международного знака недействительным его владельцу должна быть своевременно предоставлена возможность защиты своих прав. Решение о признании товарного знака недействительным сообщается в Международное бюро, которое вносит в международный реестр запись о признании международной регистрации недействительной.

8.2. Перспективным шагом в развитии международного сотрудничества признается подписание **Сингапурского договора о законах по товарным знакам**. Сингапурский договор заменил для его участников Договор о законах по товарным знакам 1994 г.

Договор применяется к знакам, состоящим из обозначений, которые в соответствии с законодательством страны-участницы могут быть зарегистрированы в качестве товарного знака или знака услуг. Договор не применяется к коллективным, сертификационным и гарантийным знакам. В основном этот Договор посвящен унификации правил оформления заявок на товарные

знаки и знаки услуг, правил внесения изменений в регистрацию товарных знаков (имен, адресов, владельцев), включая продление сроков действия регистрации, правил регистрации лицензионных договоров.

При этом Россия остается в Договоре о законах по товарным знакам 1994 г. Этот международный договор остается в силе для отношений участников Сингапурского договора с теми государствами, которые не вступили еще в Сингапурский договор, что прямо предусмотрено ст. 27 Сингапурского договора.

§ 6. Право на наименование места происхождения товара

Это сравнительно новый объект исключительных прав, охрана которого введена в России, а также в большинстве других стран СНГ в 1990-х гг. Требования, предъявляемые к обозначениям, охраняемым в качестве наименования происхождения товара, установлены в ст. 1516 ГК РФ.

Под наименованием места происхождения товара понимается: название (как современное, так и историческое, официальное и неофициальное) любого географического объекта - страны, населенного пункта, местности и т.п., ставшее известным в результате его использования. Основное условие охраны - непосредственная связь уникальных свойств товара с особенностями природных условий географической среды (климат, состав воды, почвы и т.п.) того места, откуда происходит товар. И второй существенный элемент - "людовой фактор", в который включаются производственные навыки, многолетние ремесленные традиции, например вятская игрушка, брюссельские кружева и т.п. Особые свойства товара могут быть обусловлены влиянием как одного из них, так и обоих факторов одновременно.

Эти правила распространяются также на "обозначение, которое позволяет идентифицировать товар как происходящий с территории определенного географического объекта, хотя и не содержит наименование этого объекта". В этой связи следует отметить, что расширение условий охраны наименования места происхождения товара отвечает содержащемуся в Соглашении ТРИПС понятию "географические указания" (ст. 22). В международной практике под географическим указанием понимается как наименование места происхождения (обладающего особыми природными свойствами), так и указание на известное место изготовления товара (не обязательно связанное с природными свойствами этого места).

В России действует **регистрационная система охраны наименований**. Исключительное право на использование наименования на территории России признается на основе регистрации заявленного обозначения в патентном ведомстве, "а также в других случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации" (ст. 1517 ГК РФ).

В соответствии с Парижской конвенцией иностранным правообладателям предоставляется **национальный режим**. Географические указания объектов, находящихся в иностранном государстве, могут получить охрану в качестве наименования при условии их охраны в стране происхождения, что должно быть подтверждено соответствующими документами. Если иностранный предприниматель хочет защитить наименование места происхождения своих товаров, поставляемых в Россию, он должен подать заявку в патентное ведомство на получение свидетельства на право пользования этим обозначением. К заявке должны быть приложены документы, подтверждающие его право на заявленное обозначение в стране происхождения товара.

Правовой режим охраны наименований мест происхождения товаров имеет существенные отличия от охраны товарных знаков. Суть в том, что основанием для признания исключительных прав на наименование служат фактические обстоятельства, связанные с производством продукции в данных условиях, что предполагает возможность одновременного использования этих условий несколькими независимыми производителями.

Процедура регистрации включает два этапа.

Если наименование не зарегистрировано, то заявитель должен подать в патентное ведомство заявку, во-первых, на регистрацию самого места происхождения товара и, во-вторых, на предоставление ему права пользоваться обозначением места происхождения товара. Патентное ведомство (на основании положительного решения экспертизы по заявке) производит регистрацию наименования в Государственном реестре наименований мест происхождения товаров и выдает заявителю свидетельство на право пользования наименованием.

Если наименование уже зарегистрировано на имя какого-либо производителя, то последующие производители товара, находящиеся в том же географическом месте и выпускающие товар с теми же свойствами, могут получить на свое имя свидетельство на право пользования зарегистрированным наименованием. Таким образом, своеобразие правового режима охраны наименований выражается в том, что **исключительное право на одно и то же наименование может одновременно принадлежать разным лицам**. Правообладатель может только сам использовать охраняемое наименование, но не может распорядиться своим правом (выдать лицензию или уступить свидетельство).

Свидетельство действует в течение 10 лет, считая с даты поступления заявки в патентное ведомство. Срок действия свидетельства может быть продлен каждый раз на последующие 10 лет.

Наименование используется таким же образом, как и товарный знак: путем обозначения на товарах, упаковке, в документации и т.п. Нарушением исключительных прав владельца свидетельства признается использование зарегистрированного или сходного обозначения лицом, не обладающим свидетельством, на любых товарах, если это может ввести в заблуждение потребителя относительно места происхождения товара и особых свойств товаров.

Споры о незаконном использовании наименования рассматриваются в судебном порядке.

Интенсивное развитие европейской экономической интеграции идет по пути расширения обмена не только высокими технологиями, но и результатами интеллектуальной деятельности, охраняемыми патентным и авторским правом. Существенным элементом такого обмена становится интеллектуальный продукт, что оказывает определяющее влияние на дальнейшее развитие международного сотрудничества в области исключительных прав, которое утрачивает свою изолированность. Этот новый этап знаменуется заключением **Соглашения по торговым аспектам защиты прав интеллектуальной собственности** (сокращенное наименование - ТРИПС - аббревиатура от начальных букв его английского названия). Оно входит в комплекс взаимосвязанных основных документов, составляющих Соглашение об учреждении Всемирной торговой организации (ВТО) 1994 г.

Отмечая особенности Соглашения, специалисты прежде всего указывают на то, что охрана исключительных прав в нем тесно увязана с многосторонними торговыми правами в рамках единой международной торговой организации. При этом одним из основных его принципов является соблюдение членами ВТО обязательств по многосторонним договорам об охране интеллектуальной собственности: Парижской конвенции, Бернской конвенции, Римской конвенции и Договора в отношении интегральных схем (в последнем ни Россия, ни другие страны СНГ не участвуют).

Следует также обратить внимание на обязательства участников Соглашения предоставить гражданам других государств-участников не только национальный режим, но и режим наибольшего благоприятствования.

В отличие от других международных договоров в этой области Соглашение охватывает широкий круг объектов интеллектуальной собственности: изобретения, авторские и смежные права, товарные знаки, географические указания (особо выделяется охрана географических указаний для вин и крепких спиртных напитков), промышленные образцы, топологии интегральных микросхем, конфиденциальная информация. Предусмотрены материальные нормы, обязывающие страны-участницы установить определенный уровень охраны этих объектов. Кроме того, что также является существенным новшеством, Соглашение содержит раздел, посвященный осуществлению исключительных прав. Он включает положения о гражданско-правовой и административной защите прав интеллектуальной собственности, а также особые требования в отношении пограничных мер - таможенных правил, предусматривающих меры по защите прав интеллектуальной собственности.

Контрольные вопросы

1. Каковы основные особенности института исключительных прав? Какими полномочиями обладают владельцы исключительных прав?
2. Какие права предоставляются в России зарубежным авторам, артистам-исполнителям и производителям фонограмм?
3. Какие объекты промышленной собственности охраняются российским законодательством? Какие действия третьих лиц признаются нарушением исключительных прав на товарные знаки?
4. В каких международных договорах в области охраны интеллектуальной собственности участвует Россия?
5. Каковы основные льготы, предоставляемые Парижской конвенцией об охране промышленной собственности гражданам и юридическим лицам стран - участниц Конвенции?

Рекомендуемая литература

1. Гаврилов Э.П. Право интеллектуальной собственности. Промышленные права. XXI век. М.: Юрсервитум, 2016.
2. Европейское право интеллектуальной собственности. Основные акты Европейского Союза / Под общ. ред. Е.А. Павловой. Исследовательский центр частного права им. С.А. Алексеева. М.:

Статут, 2016.

3. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М.: Статут, 2003.

4. Крупко С.И. Оборотоспособность интеллектуальных прав. Проблема определения права, подлежащего применению // Хозяйство и право. 2016. N 3.

5. Право интеллектуальной собственности. Международно-правовое регулирование / Под ред. И.А. Близнеца, В.А. Зимина, Г.И. Тыцкой. М.: Юрайт, 2017.

Глава 10. ДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

§ 1. Общие вопросы

1. Правовое регулирование договорных обязательств занимает важное место в международном частном праве. Это обусловлено ролью и значением гражданско-правовых договоров в регулировании отношений с участием иностранных партнеров. Такие договоры активно применяются в предпринимательской сфере; немалый удельный вес они имеют и в иных областях, например при установлении обязательственных отношений, связанных с удовлетворением личных потребностей физических лиц.

В области международного экономического сотрудничества они охватывают внешнеторговый обмен, научно-технические связи, взаимоотношения в кредитно-финансовой сфере, осуществление совместных строительных проектов, выполнение других работ и оказание различных услуг. Рамки и виды такого сотрудничества постоянно расширяются.

В зависимости от предмета и характера отношений для регулирования их используются различные виды и типы договоров: купли-продажи, аренды, финансовой аренды (лизинга), кредитные договоры, договоры поручения, комиссии, страхования, факторинга, международных перевозок, оказания транспортно-экспедиционных услуг и другие. Договорами оформляется и обмен результатами интеллектуальной деятельности.

Для российских предпринимателей и других лиц, вступающих в деловые контакты с иностранными партнерами, существенное значение имеет расширение круга субъектов, которые могут быть участниками таких отношений, наделение их необходимыми для успешного сотрудничества правами. Эти тенденции, связанные с общими процессами демократических преобразований в стране, нашли отражение в нормах российского международного частного права (разд. VI ГК РФ).

Иностранный элемент, которым может быть осложнено договорное отношение, может относиться к субъекту (иностранцы граждане или иностранные юридические лица, участвующие в гражданско-правовых отношениях) и объекту (нахождение за границей имущества). Отечественная доктрина <1> указывает и на третий вид иностранного элемента - юридический факт, с которым связано возникновение, изменение или прекращение договорного правоотношения (например, совершение сделки за границей).

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. К.Б. Ярошенко, Н.И. Марышева. 4-е изд. М., 2014. С. 391 (автор комментария - А.Л. Маковский); Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. 4-е изд. М., 2017. С. 286.

При анализе системы правовой регламентации указанных отношений необходимо обратить внимание, во-первых, на терминологическую особенность в наименовании таких обязательств и, во-вторых, на ряд общих положений, характеризующих источники правового регулирования этих отношений.

В российском законодательстве и в правовой литературе применительно к договорным обязательствам с участием иностранных партнеров используются понятия "сделка" и "договор". Они близки по своему содержанию, но не тождественны. Договор - это двусторонняя или многосторонняя сделка, выражающая согласованную волю лиц, участвующих в его заключении. Применительно к гражданско-правовым договорам с иностранным элементом в сфере внешнеэкономических связей наиболее часто употребляются понятия "внешнеторговая сделка", "внешнеэкономическая сделка". Сделки могут носить односторонний (когда достаточно выражения воли одного лица, например, при выдаче доверенности, рассматриваемой как односторонняя сделка) или двусторонний (многосторонний) характер. Таким образом, понятие "сделка" шире понятия "договор", в котором участвуют как минимум две стороны. Исходя из содержания и характера рассматриваемых отношений, можно утверждать, что в этих случаях при использовании указанных выше понятий речь обычно идет о двусторонних или многосторонних сделках, т.е. о договорах. Употребление в этих случаях термина "сделка", а не "договор" можно расценивать как дань сложившейся традиции наименования договоров в данной сфере, когда речь не идет о конкретном виде договора (купли-продажи, аренды, подряда и т.д.). В литературе отмечалось, что практически при использовании термина "сделка" применительно к отношениям во внешнеэкономической сфере имеется в виду договор <1>.

<1> См.: Зыкин И.С. Договор во внешнеэкономической деятельности. М., 1990. С. 5.

Регулирование коллизионных вопросов, касающихся односторонних сделок, как правило, осуществляется отдельными нормами (см. ст. 1217 ГК РФ). Вместе с тем есть нормы, в которых говорится о сделках вообще: действие их обычно распространяется и на односторонние, и на двусторонние (многосторонние) сделки. Примером может служить ст. 1209 ГК РФ, содержащая коллизионные нормы, определяющие право, подлежащее применению к форме сделки. Различия в формулировках конкретных положений, относящихся к сделкам, необходимо учитывать при применении соответствующих норм законодательства.

В международно-правовых актах нередко применяются понятия "международный

коммерческий договор", "международная коммерческая сделка". Их можно рассматривать как собирательные, охватывающие различные виды договоров, используемых для регулирования международных экономических отношений, за исключением договоров, заключаемых в потребительских целях (например, по приобретению товаров гражданами для личного потребления или использования). Это наименование указанных договоров не отражает каких-либо их принципиальных отличий от названных выше договоров (сделок).

В правовой литературе используются и другие определения внешнеэкономических сделок: "международные торговые сделки" <1>, "международные трансграничные коммерческие сделки", "международный коммерческий контракт" <2>, которые по сути имеют в виду одни и те же отношения, отличающиеся лишь терминологией.

<1> Тынель А., Функ Я., Хвалеи В. Курс международного торгового права. 2-е изд. М., 2000. С. 138.

<2> Ерыплева Н. Международное частное право: Учебник. М., 2004. С. 187.

Сделки, заключаемые в сфере международных экономических отношений, имеют ряд характерных черт. Все они направлены на осуществление предпринимательской деятельности. В качестве квалифицирующих признаков внешнеэкономических сделок в доктрине отмечается различная национальная (государственная) принадлежность контрагентов, совершающих данные сделки; регулирование сделок нормами иностранного права, международными договорами, международными торговыми обычаями; возможность передачи споров на разрешение иностранных судов и международных арбитражей <1>.

<1> См.: Мусин В.А. Международные торговые контракты. Л., 1986. С. 15; Елисеев И.В. Гражданско-правовое регулирование международной купли-продажи товаров. СПб., 2002. С. 81, 93; Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. М., 2016. С. 18; Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. 4-е изд. С. 286.

Пересечение товаром, являющимся предметом сделки, государственной границы также в большинстве случаев является признаком внешнеэкономической сделки. Это условие связано, как правило, с кругом участников внешнеэкономической деятельности, предприятия которых, как указывалось выше, находятся в разных странах. Однако на практике имеют место случаи, когда по условиям сделки, заключенной иностранными контрагентами, товар реализуется в пределах страны продавца (или изготовителя) и, таким образом, пересечение им государственной границы не имеет места.

Так, международным коммерческим арбитражным судом при ТПП РФ было рассмотрено дело, в котором российское угольное предприятие заключило договор на поставку угля с зарубежной фирмой. Отгрузка его производилась в адрес третьей организации, находящейся на территории РФ и состоявшей в договорных отношениях с иностранной фирмой, приобретавшей уголь у предприятия. Арбитражный суд квалифицировал подписанный российским предприятием и иностранной фирмой договор как внешнеэкономический, хотя пересечения товаром границы

страны экспортера в этом случае не было.

Подобные ситуации дают основание сделать вывод о том, что рассматриваемый признак присущ большинству, но не является безусловно обязательным для всех внешнеэкономических сделок без исключения.

К критериям, характеризующим внешнеэкономические сделки, нередко относят и валюту платежа <1>. В таких сделках выбор валюты платежа осуществляется по соглашению сторон и хотя бы для одной из них она, как правило, является иностранной. Для большинства сделок этот критерий имеет существенное значение. Однако, как справедливо отмечается в литературе, его нельзя признать универсальным для всех без исключения договорных обязательств между субъектами разных стран и он может быть отнесен к факультативным признакам.

<1> Рассматриваемые признаки в ряде работ были признаны не имеющими решающего значения для характеристики внешнеэкономических сделок. См.: Звеков В.П. Международное частное право. С. 279.

Следует обратить внимание на то, что **в российском законодательстве и в международных актах не содержится определения международных коммерческих (внешнеэкономических) сделок.**

В научных исследованиях по этому вопросу высказывались различные точки зрения. Исследуя природу таких сделок, Л.А. Лунц основным признаком внешнеэкономической сделки называл наличие иностранного элемента <1>. Наряду с этим он отмечал, что понятие "внешнеторговая сделка" не может быть стабильным в условиях, когда виды внешнеэкономических отношений множатся, разнообразятся, изменяются <2>.

<1> Подробнее об этом см.: Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа. М., 1972. С. 14.

<2> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права. М., 2002. С. 444.

Исходя из анализа положений действующих международных договоров (Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., **Конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г.** и др.) и национального законодательства ряда стран, многие ученые к внешнеэкономическим сделкам относят совершаемые в ходе осуществления предпринимательской деятельности договоры между лицами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах. Однако термин "коммерческое предприятие" не имеет однозначного толкования. Наиболее распространенным на сегодняшний день является мнение, что его следует трактовать как место основной деятельности участника сделки, постоянное место осуществления деловых операций, которое может не совпадать с местом регистрации компании <1>.

<1> По этому вопросу высказывались разные точки зрения. Подробнее об этом см.: Венская

конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. М., 1994; Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. С. 72 - 73; Он же. Договор во внешнеэкономической деятельности. С. 12; Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. С. 288; Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. С. 16; Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012. С. 430.

2. Регулирование договорных обязательств в сфере международных отношений (отношений, осложненных иностранным элементом) имеет ряд существенных особенностей.

В качестве важнейшего коллизионного правила в российском законодательстве закреплено **положение об автономии воли сторон, вступающих в договорные отношения**. Это касается возможности самостоятельного выбора сторонами, заключающими договор, применимого права, которым будут регулироваться их отношения, а также определения содержания, порядка исполнения и последствий ненадлежащего исполнения договорных обязательств.

Единообразие правового регулирования достигалось до недавнего времени только путем разработки и принятия договаривающимися государствами в рамках универсальных и региональных организаций международных конвенций. После присоединения государств к таким международным документам их правила становились обязательными для всех организаций и предпринимателей данной страны.

Российская Федерация является участницей многих из них. В силу ст. 15 Конституции РФ и ст. 7 ГК РФ эти международные договоры рассматриваются как составная часть правовой системы России и имеют приоритет перед нормами внутреннего законодательства (см. [гл. 2](#) учебника).

В правовом регулировании договорных обязательств между юридическими и физическими лицами разных стран в области внешнеэкономических связей наряду с использованием коллизионных норм широко применяются **унифицированные материально-правовые нормы прямого действия**. Применение унифицированных норм, содержащихся в международных договорах, способствует единообразию условий соответствующих договоров, устраняет разноречивость в регулировании однотипных отношений, что неизбежно при применении норм национального законодательства разных государств, имеющего различия, и тем самым создает необходимую правовую базу для эффективного и равноправного международного сотрудничества.

Особенностью современного периода является использование наряду с международно-правовой унификацией автономной системы регулирования отношений, возникающих в процессе заключения и исполнения международных коммерческих контрактов, - так называемый **метод частноправовой унификации** ^{<1>}. Прослеживается тенденция к расширению применения этого метода. Суть его состоит в том, что правительственные и неправительственные организации разрабатывают на основе и с учетом сложившихся обычаев делового оборота документы, имеющие рекомендательную силу (типовые общие условия, регламенты, рекомендации). Унификация в этом случае достигается путем единообразного применения таких документов участниками международных коммерческих контрактов.

^{<1>} Подробнее об этом см.: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002. С. 49; Проблемы унификации международного частного права / Отв. ред. А.Л. Маковский,

И.О. Хлестова. М., 2012. С. 213.

В отличие от международных конвенций, применение которых осуществляется на основании волеизъявления участвующих в них государств, единообразное применение документов, имеющих рекомендательный характер, происходит в результате обращения к ним самих участников делового оборота. Этому способствует авторитет организаций, создающих такие источники частноправовой унификации <1>. К ним относятся: **Принципы международных коммерческих договоров** (Принципы УНИДРУА в ред. 2010 г.), **Принципы Европейского договорного права** (в ред. 2002 г.), **Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов** (ИНКОТЕРМС в ред. 2010 г.), **Унифицированные правила и обычаи для документарного аккредитива** (в ред. 2006 г.), **Унифицированные правила по инкассо** (в ред. 1995 г.); принципы определения и модельные нормы европейского частного права: **Проект общей справочной системы (DCFR) 2009 г.**, **Свод принципов, правил и требований lex mercatoria 2003 г.** и ряд других (см. § 1 гл. 11 учебника).

<1> Там же. С. 85 и сл.

Имеют свою специфику **условия применения международных договоров**, регулирующих обязательственные отношения между юридическими и физическими лицами разных стран:

1) действие таких актов распространяется на хозяйствующих субъектов и других лиц, вступающих в договорные отношения, при условии, если государства, к которым относятся эти субъекты (лица), являются участниками соответствующего международного договора. Международные договоры могут применяться и в регулировании договорных обязательств между лицами, государства которых не являются участниками определенного международного договора. Для этого стороны должны сделать в договоре отсылку к соответствующему акту как источнику регулирования их отношений. В таком случае нормы избранного ими международного правового акта будут иметь для них силу договорных условий;

2) международные соглашения (договоры) по общему правилу носят для участников договорных отношений диспозитивный характер. В связи с этим стороны вправе избрать в качестве применимого право любой страны, в том числе и третьих стран, не участвующих в данном соглашении. Необходимо только, чтобы воля сторон в подобном случае была достаточно четко и ясно выражена в их соглашении;

3) подчиненность гражданского договора конкретному международному правовому акту не исключает применения в определенных случаях норм национального права, поскольку любой международный акт регулирует складывающиеся между сторонами отношения не исчерпывающим образом. Национальное право применяется в таких случаях на субсидиарной основе.

При отсутствии соглашения сторон о применимом праве данный вопрос решается на основе коллизионной нормы, определяемой юрисдикционным органом, компетентным разрешать споры, вытекающие из соответствующего договора или связанные с ним. Этот вопрос подлежит разрешению при отсутствии соглашения сторон о применимом праве как в тех случаях, когда их отношения не подчинены международно-правовому акту прямого действия (в подобных

ситуациях избираемое на основе коллизионной нормы право регулирует весь комплекс взаимоотношений сторон), так и при наличии такого акта. В последнем случае определяется национальное законодательство, нормы которого подлежат субсидиарному применению наряду с соответствующим международным актом.

Для договорных отношений, складывающихся между партнерами из разных стран, характерно, кроме того, то, что возникающие между ними споры и разногласия разрешаются в большинстве случаев **международными арбитражными судами**, действующими в качестве третейских судов, или третейскими судами, избираемыми сторонами для рассмотрения конкретного дела (**ad hoc**).

В Российской Федерации споры такой категории рассматриваются:

- Международным коммерческим арбитражным судом при ТПП РФ;
- Морской арбитражной комиссией при ТПП РФ;
- коммерческими арбитражами при торгово-промышленных палатах субъектов РФ.

3. Начавшийся в 90-е гг. прошлого столетия процесс либерализации российской экономики существенным образом затронул систему договорных (обязательственных) отношений в международной сфере, что нашло отражение в нормах российского законодательства.

В ГК РСФСР 1964 г. договорным обязательствам с участием иностранных лиц было посвящено всего три статьи: ст. 564, в которой говорилось о праве иностранных предприятий и организаций совершать в РСФСР сделки по внешней торговле и связанным с ней расчетным, страховым и иным операциям с советскими внешнеторговыми объединениями, которым было предоставлено право совершать такие сделки; ст. 565, определявшая закон, применяемый к форме сделки, и ст. 556, посвященная праву, применимому к обязательствам по внешнеторговой сделке.

В Основах 1991 г. раздел, посвященный международному частному праву, был значительно расширен.

Содержавшееся в ГК РСФСР 1964 г. понятие "внешнеторговая сделка" было заменено понятием "внешнеэкономическая сделка", охватывающим более широкий круг договорных отношений. Это соответствовало международной практике сотрудничества организаций разных стран не только в области внешней торговли, но и в других сферах. В статье 166 Основ 1991 г. наряду с понятием "внешнеэкономическая сделка" использовался термин "договор". Он относился к конкретным видам договорных обязательств, для которых определялись соответствующие коллизионные привязки. В перечень таких договоров входили наряду с куплей-продажей договоры имущественного найма, хранения, поручения, дарения, залога, поручительства, перевозки, транспортной экспедиции и др.

Весьма важным было изменение критерия, в соответствии с которым должно определяться применимое право (при отсутствии соглашения сторон по этому поводу). В Основах 1991 г. в качестве субсидиарной привязки предусматривалось применение права страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Для многих договоров

содержалось указание той стороны договора, чье право должно применяться.

Проявившаяся в Основах тенденция более развернутого и предметного регулирования договорных обязательств в международном частном праве получила дальнейшее развитие в части третьей ГК РФ (разд. VI "Международное частное право"). В ней нашли отражение многие основные принципы и институты современного международного частного права, положения международных договоров, сложившаяся отечественная и мировая практика.

В отличие от действовавших ранее нормативных актов коллизионные нормы разд. VI ГК РФ определяют право, подлежащее применению к любым сделкам и договорам, осложненным иностранным элементом, без выделения внешнеэкономических сделок. Лишь в одном случае предусматривается особое регулирование для таких сделок путем установления специальных требований к их форме.

В ст. 1211 ГК РФ содержится развернутый перечень гражданско-правовых договоров, совершаемых в международной сфере, с указанием коллизионных норм, определяющих право, подлежащее применению к ним.

Кроме того, в ГК РФ были включены нормы, разрешающие конкретные вопросы, часто встречающиеся в практике международных обязательственных отношений. В качестве примера можно привести ст. 1216, в которой определяется право, подлежащее применению к уступке требования.

В практике международных отношений при исполнении денежных обязательств (в том числе по оплате товаров, работ, услуг) постоянно возникают вопросы применения мер ответственности за просрочку платежа. Статья 1218 содержит правило, согласно которому основания взимания, порядок исчисления и размер процентов по денежным обязательствам определяются по праву страны, подлежащему применению к соответствующему обязательству, что позволяет обеспечить единый подход к регулированию всего комплекса отношений, складывающихся между участниками договора.

Нельзя не отметить имеющую большое практическое значение в обязательственных отношениях норму, изложенную в п. 3 ст. 1202. Юридическое лицо, говорится в ней, не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, неизвестное праву страны, в которой им совершена сделка, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанном ограничении. Здесь выражено приобретающее все большее значение в гражданском праве требование добросовестности сторон и справедливого подхода в случае возникновения между ними споров.

Помимо норм, непосредственно относящихся к договорным обязательствам с иностранным элементом, актуально для этих отношений четкое правовое регулирование статуса их участников, понятия личного закона физического и юридического лица, являющихся субъектами правоотношений, регулирование вещных прав, объекты которых становятся предметом сделок.

Важные изменения, касающиеся коллизионного регулирования договорных обязательств, были внесены в разд. VI ГК РФ Федеральным законом от 30 сентября 2013 г. N 260-ФЗ "О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации" <1>. Среди

них расширение автономии воли сторон трансграничных договоров, т.е. возможности их участия в выборе применимого права, новые правила, определяющие право, применимое к форме сделок, и др. (см. § 2 и 3 гл. 10 учебника).

<1> СЗ РФ. 2013. N 40 (ч. III). Ст. 5030.

Включение соответствующих норм в ГК РФ укрепляет правовую основу участия российских юридических и физических лиц в международных экономических и других связях, сближая их регулирование с принятыми в законодательстве большинства стран и в международных актах подходами.

§ 2. Право, подлежащее применению к договорным отношениям

При заключении договоров с иностранными юридическими лицами и гражданами в процессе осуществления торгово-экономических и иных международных связей одним из наиболее важных является вопрос об определении права, подлежащего применению к возникшим гражданско-правовым отношениям.

Категорию "применимое право" следует толковать широко, включая в нее нормы национального права, нормы международных договоров, а также в определенных случаях общие принципы права, обычаи и обыкновения международной торговли.

1. В настоящее время в законодательстве большинства стран мира и в ряде международных договоров - Гаагской **конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г.**, Гаагской **конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г.**, Римской **конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г.**, заменившим ее **Регламенте ЕС N 593/2008 "О праве, применимом к контрактным обязательствам"** от 17 июня 2008 г. (Рим-I), Гаагской **конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г.**, **Кодексе Бустаманте 1928 г.**, **Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г.** и др. в качестве основного получил закрепление принцип **автономии воли сторон - lex voluntatis**, означающий свободу сторон подчинить договор избранному ими правопорядку. Данный принцип нашел отражение и в двух документах, принятых в рамках СНГ: **Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г.** (ст. 11) и в **Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.** (ст. 41). Автономия воли участников договорных отношений стала одним из фундаментальных принципов международного частного права <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Лунц Л.А. Международное частное право: В 3 т. М., 2002; Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2008; Дмитриева Г.К., Филимонова М.В. Международное частное право. Действующие нормативные акты. Разд. VI. М., 1999.

Дальнейшее расширение границ принципа автономии воли сторон при заключении трансграничных контрактов предусматривается в новом документе, принятом Гаагской

конференцией по международному частному праву, - **Гаагских принципах выбора права, применимого к международным коммерческим договорам, 2015 г.** (Гаагские принципы) <1>.

<1> См.: Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts [Electronic resource]. URL: <https://www.hcch.net>. Гаагская конференция, как указывается во введении, полагает возможным рассматривать Гаагские принципы в качестве своего рода руководства по наилучшим практикам в области выбора применимого права. Подробнее об этом см.: Зыкин И.С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сборник статей. М., 2016. С. 73 - 93; Бардина М.П. О "нормах права" в Гаагских принципах о выборе права, применимого к международным коммерческим договорам // Кабатов В.А., Лебедев С.Н. Сборник воспоминаний, статей, иных материалов / Сост. А.И. Муранов. М., 2017. С. 385 - 400.

Вместе с тем в доктрине и на практике дискуссионными остаются вопросы определения границ действия воли сторон - может ли свобода их выбора в отношении применимого к договору права быть абсолютно неограниченной. Сформировалось два подхода к этой проблеме - объективный и субъективный, суть которых сводится к следующему.

Объективный подход предполагает возможность выбора сторонами только того права, которое имеет связь с договором. Этот принцип закреплён, в частности, в законодательстве Испании, США.

Субъективный подход не ограничивает волю сторон, предоставляя им полную свободу в выборе применимого права. Он нашел отражение в законодательстве многих стран, в том числе Австрии, Венгрии, Германии, Швейцарии <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Дмитриева Г.К. Международное частное право (часть третья ГК РФ): Учебное пособие. М., 2002. С. 209 и сл.

В договорных отношениях, где позиции и интересы сторон должны, как правило, иметь приоритет, предпочтительным представляется применение избранного ими права без указанных выше ограничений. Этот принцип в большей мере удовлетворяет требованиям международного делового оборота <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Раапе Л. Указ. соч. С. 427.

Он закреплён в таких многосторонних международных договорах, как **Римская конвенция 1980 г.**, **Регламент ЕС "О праве, применимом к контрактным обязательствам" 2008 г.** (Рим I), **Гаагская конвенция 1986 г.**, **Межамериканская конвенция 1994 г.**, **Гаагские принципы 2015 г.**, содержится в **Принципах международных коммерческих договоров** (Принципы УНИДРУА). В рамках СНГ этот принцип закреплён в **Соглашении о порядке разрешения**

споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г.

Возможность выбора сторонами трансграничных контрактов любой правовой системы была поддержана в работах многих российских ученых. Л.А. Лунц писал, что "едва ли целесообразно и отвечает интересам наилучшей организации внешнеторгового обмена установление каких-либо ограничений для избрания сторонами компетентного правопорядка" <1>.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 502.

В отечественном законодательстве принцип автономии воли сторон впервые был сформулирован в Основах 1961 г. (ст. 126), закрепивших многолетнюю практику Внешнеторговой арбитражной комиссии при ТПП СССР, которая при разрешении споров принимала во внимание волю сторон договора <1>. Дальнейшее развитие он получил в Основах 1991 г., ст. 166 которых предусматривала, что права и обязанности сторон по внешнеэкономическим сделкам определяются по праву страны, избранному сторонами при совершении сделки или в силу последующего соглашения.

<1> Подробнее об этом см.: Рамзайцев Д.Д. Внешнеторговый арбитраж в СССР. М., 1957. С. 57; Богуславский М.М. Международное частное право. М., 1998. С. 204; Звеков В.П. Международное частное право. С. 286.

В ГК РФ, воспринявшем основные положения Римской конвенции 1980 г., воле сторон в выборе правопорядка, применимого к их правам и обязанностям по договору, придается первостепенное значение. Кодекс содержит еще более подробную и детальную регламентацию с учетом положений действующего законодательства ведущих стран, международных договоров, а также сложившейся мировой практики.

В соответствии с п. 1 ст. 1210 ГК РФ стороны при заключении договора или в последующем могут выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору. Аналогичные права предусмотрены в законодательстве многих стран, а также в международных договорах, в частности в Гаагских принципах 2015 г. (ст. 2 (4)).

Вместе с тем в законе четко не указываются границы выбора права: допустим ли выбор права стороны контракта или любого иностранного государства, действующих международных соглашений, а также допустима ли ссылка на неформальные своды правил? Проблема возможности выбора сторонами при заключении трансграничного договора в качестве применимого права неформальных регуляторов неоднократно обсуждалась в литературе <1>. Вопрос имеет и важное практическое значение, поскольку в последнее время в заключаемых контрактах в качестве применимого права стороны нередко ссылаются не на нормы национального права, а на "общие принципы права", обычаи и обыкновения международной торговли, **lex mercatoria** и др.

<1> Подробнее об этом см.: Комаров А.С. Внешнеэкономический договор: выбор контрагентами применимого права // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сб. статей. С. 117 и сл.; Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. С. 323 и сл.

На практике при возникновении спора суды по-разному квалифицируют соответствующие условия контрактов. Государственные суды в большинстве случаев не рассматривают такие договоренности в качестве соглашения о применимом праве, которое исключает применение судом коллизионных норм. В международной коммерческой арбитражной практике соглашения о применении неформальных сводов "норм права" или аналогичных источников рассматриваются более благосклонно <1>. Объясняется это тем, что в Законе об МКА содержится специальная норма (п. 1 ст. 28), предусматривающая, что третейский суд (арбитраж) разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. В литературе <2> отмечалось, что в правовом режиме международного коммерческого арбитража термином "нормы права" охватывается не только право в традиционном понимании, но и нормы вненационального права, современного **lex mercatoria** - именно такое толкование давалось этому термину разработчиками Типового закона о международном коммерческом арбитраже 1986 г., на основе которого разработан указанный российский закон. Этот двойной режим регулирования нашел отражение в п. 1 ст. 1186 ГК РФ, где предусмотрено, что особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

<1> Подробнее об этом см.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / Отв. ред. К.Б. Ярошенко, Н.И. Марышева (автор комментария - А.С. Комаров). 4-е изд. С. 533, 534.

<2> Подробнее об этом см.: Бардина М.П. Определение права, применимого к договорам, в новой редакции Гражданского кодекса РФ // Труды ИГП РАН. 2015. N 3. С. 77 и сл.; Комаров А.С. Применение трансграничных норм в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ / Под ред. А.А. Костина. М., 2012. С. 176 - 190.

Позиция, учитывающая требование современного международного экономического сотрудничества признавать негосударственные источники в качестве регуляторов трансграничных договоров, отражена в ст. 3 Гаагских принципов 2015 г. В ней говорится, что правом, выбранным сторонами, могут быть правовые нормы, в целом признаваемые на международном, наднациональном или региональном уровне в качестве нейтрального и сбалансированного свода правил, если только правом государства суда не предусмотрено иное. При этом свобода сторон

выбрать применимое право не связывается с конкретным способом рассмотрения спора: это может быть не только международный коммерческий арбитраж, но и государственный суд.

Новые подходы к определению применимого права, предполагающие право сторон контракта подчинить свои отношения общим принципам и правилам, касающимся международных коммерческих договорных обязательств, в отношении которых существует широкий международный консенсус, предусмотрены и в принятом в феврале 2015 г. Комиссией ИСС по коммерческому праву и практике документе - Вненациональные правила как применимое право в международных коммерческих контрактах со специальной отсылкой к типовым контрактам ИСС <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Вилкова Н.Г. От глобального контрактного права к глобальному применимому праву // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сборник статей / Под общ. ред. А.С. Комарова. М., 2016. С. 47 и сл.

Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть согласно п. 2 ст. 1210 ГК РФ прямо выражено или определенно вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела. Специальных требований к форме соглашения о применимом праве ГК РФ не устанавливает, на основании чего можно сделать вывод о возможности в этих случаях применять общие требования о форме гражданско-правовых сделок, поскольку их применение не будет находиться в противоречии с особым характером и целью такого соглашения <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

<1> Подробнее об этом см.: Комментарий к гражданскому кодексу Российской Федерации / Отв. ред. К.Б. Ярошенко, Н.И. Марышева (автор комментария - А.С. Комаров). 4-е изд. С. 532 и сл.

Соглашения сторон о выборе права нередко включаются в заключаемый ими договор в качестве одного из условий. Они могут быть составлены и в виде отдельного документа. Неопределенность формулировок соответствующих условий создает нередко трудности в случае возникновения между сторонами договора спора. В отдельных случаях арбитражные суды не признавали такие договоренности действующими. Так, в рассмотренном МКАС при ТПП РФ деле (N 151/2011) <1> стороны предусмотрели в договоре, что права и обязанности сторон регулируются одновременно материальным правом России и Украины. Такая оговорка была истолкована составом арбитража как недостижение сторонами договоренности о применимом праве с последующим применением коллизионной нормы ст. 1211 ГК РФ.

<1> См.: Жильцов А.Н. Применение раздела VI части третьей ГК РФ в практике МКАС при

ТПП РФ // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. N 2.

В практике МКАС при ТПП РФ соглашения о применимом праве признавались совершенными в результате обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу либо с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения. Считаются они заключенными и тогда, когда в договоре или корреспонденции сторон, на основании которой договор признается заключенным, имеется ссылка на документ, содержащий условие о праве, подлежащем применению <1>. Может рассматриваться как соглашение сторон о применимом праве, вытекающее из "совокупности обстоятельств дела", и установившаяся между сторонами практика подчинения своих отношений определенной системе права. Так, при отсутствии в одном из нескольких заключенных сторонами договоров указаний о выбранном праве суд или арбитраж имеют серьезные основания для применения аналогии с предшествующими договорами <2>.

<1> В ряде случаев МКАС признавал наличие такого соглашения, исходя из того, что истец в исковом заявлении ссылаясь в качестве применимого права на нормы законодательства определенного государства, а ответчик в отзыве на иск, не оспаривая этой позиции истца, указывал на те же или иные нормы закона того же государства. Признавалось наличие соглашения между сторонами о применимом праве и в тех случаях, когда оно достигалось в ходе судебного разбирательства и фиксировалось в протоколе заседания арбитражного суда. см.: Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. 2-е изд. М., 2002. С. 16 - 19.

<2> Подробнее об этом см.: Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. С. 104 и сл.; Кабатова Е.В. Новый этап развития российского международного частного права // Российский ежегодник международного права, 2003. СПб., 2003. С. 124.

ГК РФ (п. 3 ст. 1210) предоставляет сторонам возможность решить вопрос о подлежащем применению праве и после заключения договора. Такое соглашение имеет обратную силу и считается действительным с момента заключения договора при условии, что оно не будет иметь отрицательных последствий для третьих лиц и для **действительности сделки с точки зрения требования к ее форме с момента заключения договора.**

Следует отметить, что выбор сторонами договора компетентного органа для рассмотрения спора не может автоматически рассматриваться как выбор ими подлежащего применению права <1>. Аналогичная норма содержится в ст. 4 Гаагских принципов 2015 г.

<1> Иная точка зрения высказана в работе зарубежных авторов. См.: Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001. С. 144.

При анализе правовой природы соглашения о подлежащем применению праве в литературе обращается внимание на его юридическую самостоятельность, автономный характер по отношению к договору, в тексте которого оно содержится <1>. Таким образом, признание

контракта недействительным или незаключенным не влияет на действительность соглашения о применимом праве.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 507; Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова. М., 2002. С. 429; Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. С. 105 и сл.

Судебная практика исходит из того, что соглашение о применимом праве сохраняет свое действие и в случае расторжения договора, если иное не установлено соглашением сторон <1>.

<1> Такая позиция была изложена в Постановлении Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. N 35 "О последствиях расторжения договора" // Вестник ВАС РФ. 2014. N 8.

Новеллой российского международного частного права является норма, допускающая возможность выбора сторонами права, подлежащего применению как к договору в целом, так и к отдельным его частям (п. 4 ст. 1210). Подобные положения содержатся в законодательстве многих стран, закреплено оно и в Регламенте Рим-I (ст. 3 (1)), а также в п. 2 ст. 2 Гаагских принципов.

В практике МКАС имеется ряд решений, в которых арбитражный суд при рассмотрении споров применял право различных государств к отдельным частям заключенного сторонами контракта. В качестве примера можно привести решение по делу N 30/2010. В заключенном сторонами договоре предусматривалось, что вопросы ответственности за ненадлежащее исполнение контрактных обязательств регулируются законодательством Республики Казахстан. Право, подлежащее применению к другим отношениям сторон, было определено с помощью коллизионной нормы ст. 1211 ГК РФ, в результате чего компетентным было признано право Германии как право страны продавца. Арбитражный суд применил такой же подход при решении дела N 38/2013. Суд признал правомерным избрание сторонами российского права при определении порядка выплаты штрафа за задержку оплаты по контракту, а в отношении остальных условий договора подлежащим применению признал право Германии на основании отсылки к ст. 1211 ГК РФ <1>.

<1> См.: Жильцов А.Н. Применение раздела VI части третьей ГК РФ в практике МКАС при ТПП РФ // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. N 2.

Отдавая должное предоставленной сторонам возможности более свободно определять право, подлежащее применению к отдельным условиям договоров, необходимо вместе с тем иметь в виду, что в конкретных ситуациях практическая реализация такого права может вызывать определенные трудности. Так, в литературе отмечается, что одновременное применение к договору права различных государств таит в себе немалый риск возникновения противоречий в регулировании отношений сторон из-за несовпадения разнонациональных норм права и может привести к полному или частичному непризнанию юридической силы соглашения о выборе права

ввиду наличия неустранимых пороков содержания <1>. В этой связи высказывается мнение <2> о том, что не только выбор права в отношении различных частей договора должен быть четко определен сторонами, но и избранные правовые порядки должны быть логически совместимыми, т.е. "часть договора" должна быть "отделимой" (severable) от остальной части контракта так, что она должна составлять подгруппу прав и обязанностей, которая может рассматриваться отдельно от основного контракта. Если часть контракта, в отношении которой избирается отдельное право, не является отделимой (severable) или избранное право не является логически совместимым с правом, регулирующим остальную часть контракта, то такой выбор сторонами права не признается.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

<1> Подробнее об этом см.: Комментарий. К Гражданскому кодексу РФ. Части третьей / Отв. ред. К.Б. Ярошенко, Н.И. Марышева. С. 425 (автор комментария - И.С. Зыкин).

<2> См.: Giuliano M., Lagarde P. Council Perort on the Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations // Official Journal. C282. 31.10.1980. P. 17 (цит. по: Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. С. 11).

Закрепляя общий принцип свободного выбора сторонами применимого права, ГК РФ вместе с тем предусматривает определенные исключения из этого правила. Если в момент выбора сторонами договора подлежащего применению права все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства связаны только с одной страной, выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм права той страны, с которой **связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства** (п. 5 ст. 1210). Этот момент весьма важно учитывать при заключении соглашений о применимом праве.

Необходимо обратить внимание на то, что принцип автономии воли сторон не распространяется на договоры в отношении земельных участков, участков недр и иного недвижимого имущества, находящегося на территории РФ (п. 2 ст. 1213 ГК РФ). Пункт 2 ст. 1213 содержит одностороннюю императивную коллизионную норму, предусматривающую для сделок с такими объектами применение только российского права. Имеются также определенные ограничения в применении его и к договорам с участием потребителя (п. 3 ст. 1212 ГК РФ).

Расширяет применение принципа автономии воли сторон норма п. 6 ст. 1210 ГК РФ, согласно которой положения п. п. 1 - 3 и 5 данной статьи применяются к выбору по соглашению сторон права, подлежащего применению к отношениям, не основанным на договоре, если иное не вытекает из закона или существа отношений.

Принятие данной нормы вносит необходимую ясность при разрешении возникающих между сторонами споров. Так, МКАС в решениях по делам N 82/2017 и 82/2017 признал нормы российского законодательства, подлежащие применению к контракту, заключенному между российской и казахской организациями, и к возникшим в процессе исполнения контракта

внедоговорным отношениям.

2. Выбор права не является обязанностью сторон. При отсутствии соглашения сторон право, подлежащее применению к договору, по общему правилу определяется правоприменительными органами на основе коллизионных норм. При этом международный коммерческий арбитраж согласно п. 2 ст. 28 Закона об МКА определяет применимое право в соответствии с коллизионными нормами, которые сочтет применимыми, а российские суды основываются в этих случаях только на коллизионных нормах национального права РФ.

В процессе развития и применения отечественного законодательства менялись подходы к выбору критерия, определяющего применимое право в случаях, когда стороны не согласовали этот вопрос в договоре.

Основы 1961 г. (ст. 126) определяли применимое право только в отношении внешнеторговых сделок, исходя при этом из формального критерия, предусматривающего, что права и обязанности сторон по внешнеторговым сделкам определяются по законам места ее совершения.

Иной критерий определения применимого права для внешнеэкономических сделок был закреплен в Основы 1991 г. В качестве субсидиарной коллизионной привязки в ст. 166 Основ предусматривалось применение права страны, где учреждено, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Для отдельных видов договоров предусматривались конкретные коллизионные привязки.

ГК РФ в ст. 1211 ввел дополнительные критерии определения применимого права, расширил содержание коллизионных привязок по конкретным видам договорных обязательств.

Новым для российского международного частного права стал закрепленный в п. 1 ст. 1211 ГК РФ общий коллизионный принцип, согласно которому при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, с которой договор **наиболее тесно связан (proper law of the contract)**. Таким образом, в ГК РФ была установлена единая субсидиарная привязка - закон наиболее тесной связи.

Действие этой нормы распространялось практически на все гражданско-правовые договоры, включая и внешнеэкономические сделки.

Федеральный закон от 30 сентября 2013 г. N 260-ФЗ "О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации" внес ряд изменений в ст. 1211 ГК РФ. Наиболее принципиальным из них является отказ от применения в качестве единой субсидиарной привязки при отсутствии соглашения сторон права страны, с которой договор наиболее тесно связан. Аналогичный подход мы видим и в решении данного вопроса в Регламенте Рим-I. Общим для любых договоров, в которых отсутствует соглашение сторон о выборе права, стал закрепленный в п. 1 ст. 1211 ГК РФ **принцип применения права страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора**. Данная коллизионная норма подлежит применению, если иное не предусмотрено ГК РФ или другим законом.

В п. 2 ст. 1211 ГК РФ содержится перечень из 18 договоров, для которых определена сторона, осуществляющая исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Так, в договоре купли-продажи ею выступает продавец, в договоре дарения - даритель, в договоре аренды - арендатор и т.д. Для ряда договоров с учетом их специфики предусмотрены **специальные коллизионные нормы**. Они касаются договоров: строительного подряда и подряда на выполнение проектных и изыскательских работ (п. 3), простого товарищества (п. 4), заключенных на аукционе, по конкурсу или на бирже (п. 5), коммерческой концессии (п. 6), об отчуждении исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации (п. 7), лицензионного договора (п. 8).

Необходимо обратить внимание на то, что действующий закон не отказался полностью от применения коллизионного принципа наиболее тесной связи. Однако теперь, согласно п. 9 ст. 1211 ГК РФ, он имеет подчиненное значение по отношению к конкретным коллизионным нормам, выполняет корректирующую роль и применяется, если из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела следует, что в действительности договор более тесно связан с правом иной страны, чем та, которая указана в конкретной коллизионной норме п. п. 1 - 8 ст. 1211 ГК РФ <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

<1> Подробнее об этом см.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный). 4-е изд. С. 539 (автор комментария - М.Г. Розенберг).

При рассмотрении споров МКАС в ряде случаев отказывался от применения указанных в законе коллизионных привязок, установив более тесную связь договора с правом другой страны. Так, например, при рассмотрении одного из споров по договору купли-продажи выяснилось, что товар, приобретенный зарубежной фирмой у российской организации (изготовителя), был им продан другой российской организации и отгружен изготовителем непосредственно покупателю (без вывоза товара за пределы России). С учетом этого, а также того, что контракт был заключен в России и расчет за товар предусматривался в рублях через российский банк, суд признал применимым российское право, а не право страны продавца.

В другом деле при рассмотрении спора, возникшего в связи с исполнением договора транспортной экспедиции, МКАС установил, что стороны - кипрская фирма и казахская организация не согласовали условия о применимом праве. Решая этот вопрос, суд признал применимым право Республики Казахстан, исходя из того, что местом заключения договора является Республика Казахстан, а также то, что перевозка грузов проходила по территории этой республики <1>.

<1> См.: Дело N 130/2005. Практика Международного коммерческого арбитражного суда

при ТПП РФ за 2006 г. М., 2008. С. 277 - 281.

В качестве основной коллизионной привязки закон наиболее тесной связи применяется при определении права, подлежащего применению к договору, содержащему элементы различных договоров. К такому договору согласно п. 10 ст. 1211 применяется право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан, если из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела не вытекает, что применимое право подлежит определению для таких элементов этого договора отдельно.

Вместе с тем для некоторых договоров в ГК РФ предусмотрено специальное регулирование, исключающее применение закона наиболее тесной связи. Это относится к договорам с участием потребителей, договорам о создании юридического лица с иностранным участием, к договорам в отношении находящихся на территории России земельных участков, участков недр, обособленных водных объектов и иного недвижимого имущества.

3. Определение права, подлежащего применению к договорам, осложненным иностранным элементом, ставит вопрос о **сфере действия подлежащего применению права**.

Выбор закона по воле сторон касается вопросов статута обязательства - прав и обязанностей сторон по договору. Российское законодательство до принятия нового ГК РФ не определяло сферу действия обязательственного статута. Новеллой, восполнившей этот пробел, стала норма ст. 1215 ГК РФ. Она содержит примерный перечень вопросов, определяющих сферу действия права, подлежащего применению к договору:

- толкование договора;
- определение прав и обязанностей сторон договора;
- исполнение договора;
- последствия неисполнения или ненадлежащего его исполнения;
- прекращение договора;
- последствия его недействительности.

Действие данной статьи распространяется только на отношения, по которым правила о применимом праве предусмотрены в ст. ст. 1210 - 1214, 1216 ГК РФ. Указанные правила, если иное не вытекает из закона, не затрагивают, в частности, сферу действия права, подлежащего применению к личному закону юридического лица (п. 2 ст. 1202), к вещным правам (ст. 1205.1) и к отношениям представительства (п. 5 ст. 1217.1).

Приведенный в ст. 1215 перечень вместе с тем не исключает применение обязательственного статута и в силу прямых указаний в других нормах ГК РФ, отсылающих к праву страны, подлежащему применению к соответствующим отношениям. Это относится к исковой давности (ст. 1208), уступке требований (допустимость уступки требования, отношения между новым кредитором и должником, условия, при которых это требование может быть предъявлено к должнику новым кредитором, вопрос о надлежащем исполнении обязательства должником (п. 2

ст. 1216)); основаниям взимания, порядку исчисления и размеру процентов по денежным обязательствам (ст. 1218); обязательствам, возникающим вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора (ст. 1222.1).

В обязательственный статут не входят вопросы формы сделки, вещных прав на имущество, обязательств, возникающих из односторонних сделок, вследствие недобросовестной конкуренции, неосновательного обогащения, представительства и доверенности на совершение договора. Право, подлежащее применению к таким отношениям, регулируется специальными коллизионными нормами. Отдельными нормами регулируется и правоспособность сторон договора: определение личного закона юридического и физического лица. Л.А. Лунц подчеркивал, что стороны не могут путем выбора закона избежать действия таких императивных норм законодательства, которые относятся к личному статусу участников сделки. Они не могут как-либо ограничить или расширить действие норм, касающихся правоспособности или дееспособности организаций - участников сделки. Они не могут также избежать действия норм, регулирующих форму сделки. Такие вопросы не подчинены обязательственному статусу и, следовательно, не подчинены принципу автономии воли сторон <1>.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 505, 506.

Поскольку указанный перечень, как следует из редакции ст. 1215 ГК РФ, не является исчерпывающим, в литературе было высказано мнение о возможности отнесения к сфере действия права, подлежащего применению к договору, и других отношений, в частности связанных с заключением договора и признанием его действительным или недействительным, акцессорными обязательствами, переводом долга и др. <1>.

<1> См.: Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. С. 140; Международное частное право: Учебник: В 2 т. Т. 2. С. 236.

Положения о сфере действия права, подлежащего применению к договору, нашли отражение во многих международных соглашениях - Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г., Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., Гагской конвенции о праве, применимом к переходу права собственности при международной купле-продаже, 1958 г., Гагской конвенции 1978 г. о праве, применимом к агентским договорам, Гагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи, 1986 г., Регламенте Рим-I, Гагских принципах выбора применимого права к международным коммерческим договорам. Кроме того, данный вопрос урегулирован в законодательстве многих стран: Австрии, Венгрии, Германии, Италии, Швейцарии, Чехии, Белоруссии, Украины, Казахстана, Киргизии, Узбекистана и др. <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

<1> См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации. 4-е изд. С. 570 и сл. (автор комментария - Н.Г. Вилкова).

§ 3. Форма внешнеэкономической сделки

Отечественное законодательство на протяжении длительного времени предъявляло особые требования к форме внешнеэкономических сделок и порядку их подписания, что объясняется существовавшей в стране государственной монополией внешней торговли. Коллизионные нормы, определявшие право, применимое к форме внешнеэкономических (внешнеторговых) сделок, имели императивный характер. В ГК РСФСР 1964 г. (ст. 565), Основых 1991 г. (ст. 165), ГК РФ (п. 2 ст. 1209) предусматривалось, что форма внешнеэкономической сделки, независимо от места ее совершения, подчиняется российскому праву, которое требовало обязательной для таких сделок письменной формы. Несоблюдение письменной формы сделки влекло признание ее недействительной (п. 3 ст. 162 ГК РФ).

Общая тенденция либерализации правового регулирования отношений в сфере внешнеэкономического сотрудничества нашла отражение и в регламентации требований к форме трансграничных сделок. Современное российское законодательство, в значительной степени воспринявшее опыт зарубежных стран, а также положения международных актов (Гаагской конвенции 1986 г., Регламента Рим-I и др.), существенно отличается от действовавших ранее правил.

Федеральным законом от 30 сентября 2013 г. N 260-ФЗ внесены принципиальные изменения в ст. 1209 ГК РФ. Действовавшая ранее императивная норма, отсылавшая к праву места совершения сделки, заменена новым правилом. Согласно п. 1 ст. 1209 форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке, т.е. если договор подчинен праву конкретной страны, то и форма договора будет определяться по праву этой страны. Таким образом, в новой редакции ст. 1209 закреплена коллизионная привязка **lex causae**, устанавливающая выбор права в отношении формы любых международных гражданско-правовых сделок.

В данной статье содержатся также две субсидиарные коллизионные привязки. Первая из них предусматривает, что сделка не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования права страны места совершения сделки. Место совершения сделки, как правило, указывается в договоре. В случае если в договоре не указано место его заключения, в соответствии со ст. 444 ГК РФ договор признается заключенным в месте жительства гражданина или месте нахождения юридического лица, направившего оферту.

Вторая коллизионная привязка касается совершенной за границей сделки, хотя бы одной из сторон которой выступает лицо, чьим личным законом является российское право. Такая сделка не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права к форме сделки. Российское право является личным законом для юридических лиц, учрежденных в РФ (ст. 1202 ГК РФ), и для физических лиц, к которым согласно

ст. 1195 относятся граждане РФ; лица, которые наряду с российским гражданством имеют иностранное гражданство; иностранные граждане, имеющие место жительства в Российской Федерации; лица без гражданства, проживающие в России; лица, имеющие несколько иностранных гражданств, если они проживают в России; беженцы, получившие убежище в России.

Специальное правило предусмотрено в п. 1 ст. 1209 для формы договора с участием потребителя. При наличии обстоятельств, указанных в п. 1 ст. 1212 ГК РФ, к форме такого договора по выбору потребителя применяется право страны места его жительства.

Приведенные правила действуют и в отношении доверенности.

Из общего правила об определении права, применимого к форме сделки, ст. 1209 ГК РФ делает три исключения.

Первое касается определения права, применимого к форме договора о создании юридического лица или сделки, связанной с осуществлением прав участника юридического лица. В п. 2 ст. 1209 ГК РФ предусматривается, что, если право страны места учреждения юридического лица содержит особые требования в отношении формы указанного договора или сделки, связанной с осуществлением прав участника юридического лица, форма таких договоров или сделки подчиняется праву этой страны.

Второе исключение относится к случаям, когда сделка либо возникновение, переход, ограничение или прекращение прав по ней подлежат обязательной государственной регистрации в Российской Федерации. Форма такой сделки подчиняется российскому праву (п. 3 ст. 1209 ГК РФ).

Третье исключение касается формы сделки в отношении недвижимого имущества, которая подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, российскому праву (п. 4 ст. 1209 ГК РФ). Данная норма не подверглась изменениям и полностью соответствует прежней редакции ст. 1209 ГК РФ.

Следует отметить, что в континентальном и англо-американском праве нет императивных требований к форме сделок, в том числе внешнеэкономических, - они могут совершаться и в письменной, и в устной форме (какие-то требования могут устанавливаться только для определенных видов сделок) <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. 4-е изд. С. 316 и сл.

Сложившаяся практика международной торговли - не предъявлять к форме договора каких-либо формальных требований - нашла отражение и в Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (ст. 11). Согласно ст. 11 Конвенции не требуется, чтобы договор купли-продажи заключался или подтверждался в письменной форме либо подчинялся иному требованию в отношении формы. Он может доказываться любыми средствами,

включая свидетельские показания. Под письменной формой в Конвенции понимаются также сообщения по телеграфу и телетайпу (ст. 13).

Для государств, законодательство которых устанавливает письменную форму для договоров внешнеторговой купли-продажи, Конвенция предусматривает возможность исключения из содержащихся в ней общих правил о форме сделки. Статья 96 Конвенции предоставляет государствам право сделать оговорку о неприменении ими устной формы при совершении договоров международной купли-продажи, а ст. 12 указывает на то, что предусмотренные Конвенцией положения о форме договора купли-продажи не применяются, если хотя бы одна из сторон имеет коммерческое предприятие в Договаривающемся государстве, сделавшем заявление на основании ст. 96 Конвенции.

Советский Союз, законодательство которого требовало обязательного соблюдения письменной формы внешнеэкономических сделок, при присоединении к Конвенции в 1990 г. сделал такую оговорку. Она сохраняет силу и в отношении Российской Федерации, поскольку наша страна ее не денонсировала. В этой связи письменная форма международных контрактов купли-продажи товаров, на которые распространяется действие Венской конвенции, является обязательной в случае заключения их российскими предпринимателями. Такие же заявления были сделаны Аргентиной, Китаем, Венгрией, Украиной, Чили, Белоруссией.

Интерес представляет решение вопроса об определении права, применимого к форме договора, в Регламенте Рим-I. Согласно п. 1 ст. 11 Регламента в тех случаях, когда представители сторон в момент заключения контракта находятся в одной и той же стране, договор считается заключенным в надлежащей форме, если в отношении его оформления соблюдены требования права, применимого к существу самого договора (определяется Регламентом), или требования права страны, где был заключен данный договор. Если же представители сторон в момент заключения договора находились в разных странах, п. 2 ст. 11 Регламента предусматривает несколько вариантов признания такого договора оформленным надлежащим образом: когда его форма соответствует требованиям, предусмотренным правом, регулирующим существо самого договора, правом страны, где в момент заключения договора находится любая из сторон или ее представитель, или правом страны, где в этот момент имела свое место жительства любая из сторон.

В настоящее время в сфере международной торговли все более широкое применение получают электронные средства связи, сокращается обмен письменными сообщениями между участниками коммерческой деятельности, передача юридически значимой информации в значительной степени осуществляется в электронном виде. Интернет, электронная торговля являются новой формой ведения деловых и торговых операций. Расширение использования электронных средств повышает эффективность коммерческих операций, включая разрешение многократного использования данных и их анализ, укрепляет торговые связи и создает новые возможности для доступа к ранее удаленным сторонам и рынкам и, таким образом, играет важнейшую роль в содействии торгово-экономическому сотрудничеству как на внутреннем, так и на международном уровне.

При использовании электронных средств связи возникает ряд проблем, касающихся, в частности, действительности документов в электронной форме, аутентичности подписей на них и др. <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. 4-е изд. С. 360 и сл.; Должич А.А. Электронная подпись в коммерческом обороте: российское, зарубежное и международное регулирование // Московский журнал международного права. 2008. N 3. С. 193 и сл.; Миненкова Н.В. Коллизионные аспекты правового регулирования электронной торговли // Право и политика. 2008. N 7. С. 1638 и сл.

Правовым аспектам использования электронных средств связи в сфере торговой деятельности посвящены разработанные Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) Типовой закон об электронной торговле 1996 г., устанавливающий правовой режим электронной информации в сфере торговли, и Типовой закон об электронных подписях 2001 г., в котором детально регламентируются условия юридической действительности электронной подписи. Эти акты одобрены Генеральной Ассамблеей ООН в качестве рекомендаций государствам для принятия соответствующих законов.

Типовой закон об электронной торговле применяется к любому виду информации в форме, обозначаемой общим термином "сообщение данных", под которым понимается информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая посредством электронных, оптических либо аналогичных средств, включая электронный обмен данными, электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс (этот перечень не является исчерпывающим). Принципиальным является придание сообщению данных юридической силы: информация не может быть лишена юридической силы на том основании, что она составлена в форме сообщения данных.

Одно из ключевых положений Типового закона об электронных подписях состоит в признании равного режима для технологий создания электронных подписей <1>.

<1> Подробнее об электронной форме контракта см.: Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. С. 50 и сл.

Несмотря на достаточно широкий круг вопросов, рассматриваемых в указанных документах, ряд проблем, связанных с применением электронных средств в международной торговле, остается неурегулированным, что создает определенные трудности для международной торговли. К их числу относится, в частности, существующая неопределенность в отношении правового значения электронных передаваемых записей. С учетом важности разработки единообразных правил в этой области в рамках комиссии ЮНСИТРАЛ в октябре 2017 г. был принят новый документ - Типовой закон об электронных передаваемых записях. В указанном Законе рассматривается использование электронных передаваемых записей, эквивалентных бумажным оборотным документам или инструментам. При этом не затрагивается использование передаваемых записей, существующих только в электронной форме, или передаваемых записей, оборотных документов или инструментов, которые регулируются материальным правом, являющимся нейтральным по отношению к носителям.

В решении, принятом комиссией ЮНСИТРАЛ в связи с данным законом, подчеркивается, что унификация некоторых правил, касающихся юридического признания электронных передаваемых записей, на технологически нейтральной основе и с использованием подхода

функциональной эквивалентности позволит повысить правовую определенность и коммерческую предсказуемость в сфере электронной торговли, ускорит передачу этих документов и повысит ее надежность.

Под эгидой ООН была также разработана **Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах**, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 23 ноября 2005 г. <1>. Конвенция устанавливает либеральные условия в отношении подписи заключаемого договора. Согласно ст. 9 b) ii) действительной признается подпись, проставленная любым способом - независимо от его надежности в принципе, - если было фактически продемонстрировано, что этот способ позволит идентифицировать подписавшую сторону и указать намерение этой стороны в отношении информации, содержащейся в электронном сообщении.

<1> Российская Федерация является участницей этой Конвенции.

В Европейском союзе приняты Директивы об электронных подписях 1999 г. и Директивы об электронной коммерции 2004 г. Директивы об электронных подписях определяют основы для признания юридической действительности электронных подписей. Директивы об электронной коммерции устанавливают общие принципы развития электронной торговли. В них, в частности, государствам предлагается придавать законную силу договорам, заключенным в электронной форме, принимать меры для устранения барьеров при их использовании, а также признавать юридическую силу договоров, заключенных в электронной форме (ст. 9).

Положения ГК РФ, определяющие требования к письменной форме сделок (п. 2 ст. 160), допускают использование при совершении сделки электронно-цифровой подписи либо иного аналога собственноручной подписи в случаях и в порядке, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон.

Порядок и условия признания электронных документов, подписанных электронной подписью, равнозначными документам на бумажном носителе, которые подписываются собственноручной подписью, установлены Федеральным законом от 6 апреля 2011 г. N 63-ФЗ "Об электронной подписи" <1>. Закон регулирует отношения в области использования электронных подписей при совершении гражданско-правовых сделок, устанавливает принципы использования электронных подписей и определяет их виды, регламентирует условия признания электронных подписей, созданных в соответствии с нормами иностранного права и международными стандартами, и др.

<1> СЗ РФ. 2011. N 15. Ст. 2036. В настоящее время Федеральный закон действует в редакции от 23 июня 2016 г.

Контрольные вопросы

1. Что такое универсальная и частноправовая унификация?

2. Какое значение имеет принцип автономии воли сторон в договорных экономических отношениях?

3. Как российское законодательство решает вопрос о праве, применимом к договорным отношениям с иностранными партнерами?

4. Требования, предъявляемые российским законодательством, к форме и порядку подписания внешнеэкономических сделок.

Рекомендуемая литература

1. Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012.

2. Асосков А.В. Право, применимое к договорному обязательству: комментарий к ст. 1211 ГК РФ // Закон. 2016. N 4.

3. Бардина М.П., Безбах В.В., Буднева Т.Н. и др. Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сборник статей / Под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016.

4. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002.

5. Жильцов А.Н. Применение раздела VI части третьей ГК РФ в практике МКАС при ТПП РФ // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. N 2.

6. Зыкин И.С. Договор во внешнеэкономической деятельности. М., 1990.

7. Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. М., 2016.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

8. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. К.Б. Ярошенко, Н.И. Марышева. 4-е изд. М., 2014.

9. Лунц Л.А. Международное частное право: В 3 т. М., 2002.

10. Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности / Под ред. А.С. Комарова. М., 2001.

11. Проблемы унификации международного частного права / Отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М., 2012.

Глава 11. ДОГОВОР МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ

§ 1. Общие положения. Источники правового регулирования

Договор международной купли-продажи товаров - наиболее широко применяемый вид сделок во внешнеэкономических отношениях <1>. Л.А. Лунц писал: "В международном частном праве нормы, относящиеся к внешнеторговой купле-продаже, имеют в известной мере характер общих положений для различных гражданско-правовых сделок с иностранным элементом" <2>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.Г. Розенберга "Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров" включена в информационный банк согласно публикации - Книжный мир, 2007 (5-е издание, переработанное и дополненное).

КонсультантПлюс: примечание.

Монография В.А. Канашевского "Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование" включена в информационный банк согласно публикации - Волтерс Клувер, 2008.

<1> В российском законодательстве и литературе этот договор длительное время именовался внешнеторговым. Термин "международный" применяется с начала 90-х гг. прошлого столетия, после того как страна стала участницей Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Наиболее подробно эти вопросы рассмотрены в работах М.Г. Розенберга, М.М. Богуславского, В.П. Звекова, И.С. Зыкина. См.: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. М., 1995; Он же. Контракт международной купли-продажи. М., 1998; Он же. Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 3-е изд., испр. и доп. М., 2006; Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 5-е изд., перераб. и доп., с изм. М., 2008; Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994; Звеков В.П. Международное частное право: Учебник. М., 2004; Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: Материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2016.

<2> Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 442, 443.

На основе этого договора осуществляются экспортные и импортные операции, число и объемы которых возрастают с развитием экономического сотрудничества хозяйствующих субъектов различных государств.

В соответствии с договором купли-продажи, исходя из общего определения этого понятия, продавец обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену).

Особенности договора международной купли-продажи связаны с его субъектным составом:

- 1) участием в договоре иностранных юридических или физических лиц;
- 2) перемещением товаров через государственные (таможенные) границы;
- 3) использованием в качестве средства платежа валюты, которая является иностранной для обеих или по крайней мере для одной из сторон.

Существенным признаком, характеризующим данный договор, является применение его при проведении товарообменных операций в рамках и в целях осуществления **коммерческой (предпринимательской) деятельности**. Л.А. Лунц, исследовавший внешнеторговую куплю-продажу еще несколько десятилетий назад, писал: "Сделки в этих случаях должны для обеих сторон носить торговый характер: покупка товара иностранным торговым предприятием для коммерческих целей (например, для дальнейшей перепродажи)" <1>.

<1> Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа. С. 16.

Все эти факторы, характерные для международной купли-продажи, находят отражение в содержании и способах регулирования возникающих в данной сфере отношений.

Основываясь на положениях унифицированных международных актов, посвященных рассматриваемому договору, и доктринальных оценках, М.Г. Розенберг предложил следующее его определение: "По контракту международной купли-продажи товаров продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые либо закупаемые им товары покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием" <1>.

<1> Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. С. 36.

Регулирование международной купли-продажи строится на сочетании единообразного материально-правового регулирования внешнеэкономических контрактов путем принятия унифицированных международных актов прямого действия с коллизионным регулированием, обеспечивающим наиболее рациональный и предсказуемый выбор норм иностранного права, подлежащего применению к конкретным обязательственным отношениям, участниками которых являются коммерческие предприятия (лица) разных стран.

Источниками регулирования являются:

- международные договоры (конвенции, соглашения);
- нормы национального законодательства;
- обычаи.

Международные договоры в последние десятилетия занимают все большее место в

регулировании внешнеэкономических отношений, что обусловлено их масштабами и наличием существенных различий в национальных правовых системах. Выработка общих международных правил прямого действия дает возможность установления единообразного правового режима, что важно с точки зрения создания сбалансированных условий внешнеэкономического сотрудничества для предпринимательских структур разной государственной принадлежности и способствует облегчению и ускорению процессов заключения и исполнения договоров.

Используемые в этих целях международные договоры чаще всего носят многосторонний характер; иногда они регламентируют отношения в рамках определенных регионов или союзов; встречаются и двусторонние межгосударственные соглашения соответствующего содержания.

1 июля 1964 г. Гаагской конференцией были приняты две международные конвенции: о Единообразном законе о заключении договоров международной купли-продажи товаров <1> и о Единообразном законе о международной купле-продаже товаров <2>. С принятием этих актов впервые были созданы общие правила заключения и исполнения таких договоров. Особое значение имело достижение единообразия в отношении заключения договоров международной купли-продажи "между отсутствующими", по переписке, путем отражения теории "получения акцепта", свойственной континентальному праву. Впервые в международно-правовых актах получили отражение вопросы защиты интересов продавца и покупателя, использования в этих целях категории существенного нарушения договора <3>.

<1> В настоящее время в Конвенции участвуют четыре страны, не являющиеся участниками Венской конвенции 1980 г.: Великобритания, Гамбия, Израиль и Сан-Марино.

<2> В данной Конвенции на сегодняшний день участвуют указанные выше четыре страны.

<3> Подробнее об этом см.: Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 169 и сл.

В названных Конвенциях учитывались главным образом правовые традиции и экономические реалии континентальных стран Западной Европы, т.е. региона, принимавшего наиболее активное участие в их подготовке, что не устраивало ряд стран, относившихся к другим правовым системам, в связи с чем они не нашли достаточно широкого применения <1>.

<1> См.: Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий / Под ред. А.С. Комарова. М., 1994. С. 213.

В течение нескольких десятилетий работа по унификации материально-правовых норм проводится в рамках Комиссии по праву международной торговли Организации Объединенных Наций (ЮНСИТРАЛ).

Универсальным актом, регулирующим отношения в сфере международной купли-продажи товаров и охватывающим наиболее широкий круг участников из государств разных регионов и континентов, стала **Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.** (Венская конвенция). Конвенция была принята дипломатической конференцией, созванной

ООН в Вене в 1980 г., и вступила в силу с 1 января 1988 г.

С принятием Венской конвенции впервые в истории международно-правовой унификации права международных контрактов удалось найти взаимоприемлемые решения по важнейшим аспектам заключения и исполнения договоров международной купли-продажи товаров, совместив подходы континентального и англо-американского права <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий / Под ред. А.С. Комарова; Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. М., 1995; Он же. Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров; Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002; Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров. К 10-летию ее применения Россией. М., 2001; Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994.

В Конвенции отражен один из главных принципов определения источников правового регулирования международных экономических отношений - свобода выбора их по усмотрению сторон (за некоторыми исключениями).

В настоящее время участниками Конвенции являются более 80 ведущих стран мира, среди которых Австрия, Австралия, Аргентина, Германия, Замбия, Ирак, Египет, Италия, Мексика, США, Франция, Швеция и др.

На территории СССР Конвенция вступила в действие с 1 сентября 1991 г. Российская Федерация стала ее участницей в декабре 1991 г., сделав заявление о том, что она приняла на себя в полном объеме ответственность по всем обязательствам СССР. Из государств - участников СНГ в Конвенции участвуют Азербайджан, Армения, Белоруссия, Киргизия, Молдавия, Узбекистан, Украина.

Конвенция представляет собой развитую систему унифицированных норм, регулирующих отношения сторон по договору международной купли-продажи товаров <1>. Определяющим критерием для признания контракта таким договором и применения к нему Венской конвенции является нахождение коммерческих предприятий участников сделки в разных государствах. Он считается основным признаком договорных отношений, подпадающих под действие и ряда других международных конвенций - Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., Конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г., Конвенции о представительстве при международной купле-продаже товаров 1983 г. Из этого следует, что Конвенция о международной купле-продаже товаров 1980 г. может применяться и к договорам между партнерами одной национальности (государственной принадлежности), если они расположены на территории разных стран.

<1> Следует обратить внимание на то, что в рамках ЮНСИТРАЛ были подготовлены также акты, касающиеся некоторых специальных вопросов международной купли-продажи. Имеется в виду, в частности, Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996 г., Типовой закон

ЮНСИТРАЛ об электронных подписях 2001 г., Конвенция об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г. Эти акты одобрены Генеральной Ассамблеей ООН в качестве рекомендаций государствам для принятия соответствующих законов.

В доктрине уделяется внимание толкованию используемого в п. 1 ст. 1 Венской конвенции термина **"коммерческое предприятие"**. Наиболее распространенным является мнение, что его следует трактовать как место основной деятельности участника сделки, постоянное место осуществления деловых операций (которое может не совпадать с местом регистрации компании) <1>. Для применения Конвенции необходима также осведомленность сторон о нахождении предприятия контрагента в другом государстве (п. 2 ст. 1). Ни национальная принадлежность сторон, ни их гражданский или торговый статус, ни гражданский или торговый характер договора не принимаются во внимание при определении применимости Венской конвенции (п. 3 ст. 1) <2>.

<1> Подробнее об этом см.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. М., 1994. С. 10; Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. С. 14 и сл. Высказывались и иные точки зрения. См.: Муранов А.Г. Термин "импорт услуг" в российском валютном праве. Понятие "сделка с иностранным элементом" и "внешнеэкономическая сделка" // Московский журнал международного права. 2001. N 2. С. 290, 291; Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 1998. Т. 2. Полутом 1. С. 279; Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. С. 72 - 73; Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2008. С. 364; Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. С. 430 и сл.

<2> См.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. М., 1994. С. 11.

Для применения Венской конвенции согласно ст. 1 (п. п. "а" и "b") необходимо, чтобы договор международной купли-продажи был связан с государствами - членами Венской конвенции, т.е. имеются в виду случаи, когда коммерческие предприятия продавца и покупателя расположены в разных договаривающихся государствах либо когда в силу норм международного частного права подлежит применению право страны - участницы Венской конвенции.

Действие Венской конвенции распространяется на договоры, заключаемые не только между юридическими лицами, но и с участием граждан. Вместе с тем она не регулирует отношения по продаже товаров, которые приобретаются для личного, семейного или домашнего использования, за исключением случаев, когда продавец (в любое время до или в момент заключения договора) не знал и не должен был знать, что товары приобретаются для такого использования. Не применяется она также к сделкам по продаже судов водного и воздушного транспорта, судов на воздушной подушке, электроэнергии, а также фондовых бумаг, акций, обеспечительных бумаг, оборотных документов, денег, продаже с аукциона в порядке исполнительного производства или иным образом в силу закона.

Под действие Венской конвенции не подпадают договоры, по которым сторона-заказчик поставляет существенную часть материалов, необходимых для изготовления или производства предмета договора, а также если обязательства сторон по договору заключаются в основном в выполнении работы или предоставлении иных услуг, т.е. носят подрядный характер.

Регулируя заключение договора купли-продажи и вытекающие из него обязательства продавца и покупателя, Конвенция в то же время не затрагивает вопросов действительности самого договора либо любого из его положений, правоспособности сторон, а также любого обычая и последствий, которые может иметь договор в отношении права собственности на проданный товар.

Венская конвенция состоит из четырех частей, включающих 101 статью: I "Сфера применения и общие положения"; II "Заключение договора"; III "Купля-продажа товаров"; IV "Заключительные положения". Части II и III имеют самостоятельное значение: государства-участники могут по своему усмотрению заявить об обязательности для себя как обеих частей Конвенции, так и одной из них.

В первой части определяется сфера действия Конвенции, а также содержатся общие положения относительно применения ее норм.

Вторая часть Конвенции посвящена заключению договоров, а третья (озаглавленная "Купля-продажа товаров") содержит положения об обязательствах продавца и покупателя, средствах правовой защиты в случае нарушения договора покупателем и продавцом, ответственности сторон, случаях освобождения от ответственности, последствиях расторжения договора. Эти части Конвенции имеют в ее рамках определенную автономию: государство-участник может по своему усмотрению заявить об обязательности для себя как обеих названных частей Конвенции, так и одной из них (ст. 92).

В четвертой части Венской конвенции содержатся заключительные положения, касающиеся порядка присоединения к Конвенции, ее действия на территории государства, имеющего две или более территориальные единицы с самостоятельными системами гражданского права, об оговорах, денонсации Конвенции и др.

В целом Венская конвенция носит **диспозитивный характер**. Устанавливая единообразный режим правового регулирования договора международной купли-продажи товаров, она в то же время предоставляет сторонам возможность отступить в контракте от любого из ее положений или изменять условия его действия. Более того, стороны могут договориться о полном исключении ее применения к их отношениям (ст. 6) <1>. Указанные положения не затрагивают лишь одну норму - ст. 12, посвященную форме контракта. В ней установлены специальные правила для случаев, когда в силу ст. 96 Конвенции договаривающееся государство, законодательство которого требует, чтобы договоры купли-продажи заключались или подтверждались в письменной форме, сделало заявление о неприменении любых положений Конвенции, допускающих иную форму заключения, изменения или прекращения соглашения сторон.

<1> Такое условие было согласовано, в частности, в контракте, спор между сторонами которого был рассмотрен МКАС (дело N 40/2005). Подробнее об этом см.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2008. С. 217 и сл.

За истекший период действия Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи 1980 г. выработалась достаточно обширная практика ее применения. Исследованию этого акта,

толкованию положений Венской конвенции, определению соотношения ее с другими правовыми актами, применяемыми в регулировании международной торговли, посвящены труды многих ученых и специалистов-практиков из разных стран <1>.

<1> Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: практика применения в России и за рубежом / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007; Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи: к 10-летию ее применения Россией / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2002; Schlechtriem P. Commentary on the UN Convention on international sale of goods CISG. 1998. Commentary on the UN Convention on international sale of goods (CISG). 2nd ed. Edited by Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer. Oxford University Press. 2005; UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (2012) [Electronic resource]. URL: <http://www.uncitral.org; uncitral/en/case-law/digests.html>.

По ряду вопросов, связанных с применением Венской конвенции, в доктрине и на практике высказываются различные точки зрения.

К их числу относится, например, вопрос о согласовании сторонами контракта условий об исключении применения Конвенции к их отношениям. Речь идет об организациях, на которые в силу ст. 1 Конвенции распространяется ее действие, но которые считают целесообразным воспользоваться положением ст. 6 Конвенции, дающим им право исключить ее применение.

Некоторые авторы считают, что воля сторон в таких случаях должна быть четко и недвусмысленно выражена в заключенном ими контракте путем внесения в него условия о неприменении к их отношениям Венской конвенции 1980 г. <1>.

<1> Такого взгляда придерживается, в частности, В.А. Канашевский. См.: Канашевский В.А. Международное частное право. С. 320.

В практике международных арбитражных судов можно наблюдать неоднозначный подход к решению подобных вопросов. Так, при рассмотрении МКАС нескольких дел, в которых стороны согласовали в качестве права, применимого к их отношениям, действующее законодательство Российской Федерации, арбитражный суд приходил к выводу, что стороны таким образом выразили свое намерение исключить применение Венской конвенции, и разрешал споры в соответствии с нормами внутреннего законодательства России <1>. Встречались и иные решения <2>.

<1> Дела N 155/2003, 15/2004 121/2004. См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2006.

<2> См.: дело N 121/2015 // Практика МКАС при ТПП РФ: 2004 - 2016. К 85-летию МКАС. М., 2017. С. 1354.

В случаях, когда по соглашению сторон или решению суда признавалось применимым российское право (т.е. использовалось более широкое понятие, чем "законодательство"), арбитражный суд, исходя из того, что нормы Конвенции являются частью российской правовой системы, применял их, а положения российского гражданского законодательства - лишь subsidiarily (основываясь на п. 2 ст. 7 Конвенции) <1>.

<1> Дела N 115/2003, 97/2004, 167/2003, 186/2003. См.: Практика международного коммерческого Арбитражного суда при ТПП РФ за 2004 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2005.

В литературе высказывалось мнение, что выбор национального права не может считаться автоматически подразумевающим применимость Венской конвенции, поскольку она является частью этой правовой системы. Намерение сторон необходимо выводить из обстоятельств дела. Эта позиция была выражена и в ряде решений, принятых судом Международной торговой палаты <1>.

<1> В контрактах, заключенных спорящими по этим делам сторонами, применимым было избрано право одной из стран, подписавших Венскую конвенцию (Франция, Швейцария). Исходя из согласованного сторонами условия, арбитражный суд признавал подлежащим применению в первую очередь внутреннее право указанной страны (дела МТП 8204, 8482, 7754, 8453). См.: Х. Ван Хутте. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров в арбитражной практике МТП // Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Практика применения в России и за рубежом / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 24.

Ссылка в контракте на национальное право третьей страны может быть истолкована как их желание вывести свои отношения из подчинения Венской конвенции, которые при отсутствии такого условия находились бы в сфере ее регулирования. Некоторыми авторами было высказано мнение, что в тех случаях, когда стороны, чьи коммерческие предприятия находятся в государствах - участниках Конвенции, избирают право государства - неучастника Конвенции, должно применяться именно избранное сторонами национальное право, а Конвенция - лишь в subsidiarily порядке для восполнения пробелов в национальном праве <1>.

<1> Международное частное право: Учебник / Под ред. Л.П. Ануфриевой, К.А. Бекашева, Г.К. Дмитриевой. 2-е изд. М., 2004. С. 400.

Венская конвенция (ст. 90) не затрагивает действия других международных соглашений по вопросам, являющимся предметом ее регулирования, т.е. иные международные договоры имеют приоритетное значение для участников внешнеторговой купли-продажи, находящихся в странах, заключивших такие соглашения <1>.

<1> В соответствии с этой нормой при разрешении спора между российской и китайской

организациями МКАС при ТПП РФ признал, что, несмотря на то что Россия и Китай являются участниками Венской конвенции, отношения между партнерами должны регулироваться в приоритетном порядке положениями действующих Общих условий поставок СССР - КНР. См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / Сост. М.Г. Розенберг. С. 208.

Регулируя широкий круг отношений, возникающих при осуществлении международной купли-продажи, Венская конвенция вместе с тем не содержит решений (или недостаточно полно регламентирует) по некоторым важным вопросам. В этих случаях следует руководствоваться общими принципами, на которых основана Венская конвенция, а при их отсутствии - правом, применимым в силу норм международного частного права.

Существенную роль в регулировании международной купли-продажи играют **Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г.**, принятая на дипломатической конференции в Нью-Йорке <1>, и **Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г.**

<1> Конвенция вступила в силу 1 августа 1988 г.

Одновременно с принятием Венской конвенции 11 апреля 1980 г. был подписан Протокол об изменении Конвенции об исковой давности, в котором отдельные ее положения были приведены в соответствие с Венской конвенцией <1>.

<1> Конвенция состоит из преамбулы и четырех частей: часть I "Основные положения", часть II "Обеспечение применения", часть III "Заявления и оговорки" и часть IV "Заключительные положения".

Конвенция 1974 г. определяет условия, при которых требования покупателя и продавца друг к другу, вытекающие из договора международной купли-продажи или связанные с его нарушением, прекращением или недействительностью, не могут быть осуществлены вследствие истечения определенного периода времени, именуемого сроком исковой давности (ст. 1). Единый для всех договоров международной купли-продажи срок исковой давности составляет четыре года. Конвенцией установлены 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.

Россия не является участницей данной Конвенции, но при определенных условиях в отношении контрактов, заключаемых российскими предпринимателями, ее положения используются, когда применимым правом является право государства - ее участника.

Процесс выработки унифицированных международных правил, регулирующих договоры купли-продажи, заключаемые организациями разных стран (сделки с иностранным элементом), осуществлялся и в более узких рамках, на региональном уровне.

Значительная работа по унификации правового регулирования договора международной купли-продажи была в свое время проведена государствами, входившими в Совет Экономической Взаимопомощи, созданный в 1949 г. и просуществовавший более 40 лет.

В 1957 году были разработаны **Общие условия поставок СЭВ (ОУП СЭВ 1958 г.)**, которые с внесенными в них дополнениями и изменениями определяли правовой режим внешнеторговой купли-продажи между хозяйственными организациями стран - членов СЭВ на протяжении тридцати лет (в последний период действовали в редакции 1968/1988 гг.) <1>.

<1> На момент издания ОУП СЭВ представляли собой наиболее полную унифицированную регламентацию международной купли-продажи в мире. Подробнее об этом см.: Сас И. Общие условия поставок. Единый закон о международной торговле: Материалы рабочего совещания по правовым вопросам международных экономических связей (Будапешт, 16 - 18 ноября 1971 г.).

Общие условия представляли собой крупный унифицированный акт, решающий широкий круг вопросов, начиная от возникновения обязательств, порядка и условий их исполнения и кончая ответственностью за нарушение обязательств. Наряду с материальными гражданско-правовыми нормами в ОУП СЭВ был включен ряд процессуальных правил, касающихся порядка предъявления претензий и исков, связанных с неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств. В них содержалась коллизионная норма (§ 122), отсылающая к общим положениям гражданского права страны продавца по вопросам, не урегулированным или не полностью урегулированным в контракте или в ОУП СЭВ.

В целом этому документу был придан императивный характер - Общие условия признавались подлежащими обязательному применению ко всем сделкам по внешнеторговой купле-продаже между хозяйственными организациями стран - участниц СЭВ, независимо от того, содержалась в конкретном контракте ссылка на них или нет. Более того, условие контракта о неприменении ОУП или применении норм другого акта не исключало их действия. Допускались отступления лишь от отдельных положений ОУП в связи со спецификой товара или особенностями его поставки. Вместе с тем императивность применения Общих условий не исключала значительного числа диспозитивных норм, содержащихся в них.

С прекращением деятельности СЭВ изменился подход к применению нормативных актов, регулировавших внешнеэкономические связи между организациями стран, входивших в это сообщество, включая ОУП СЭВ. Данный документ имеет для них практическое применение лишь при наличии специальной ссылки на него в контракте <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: комментарий к законодательству и практике разрешения споров. С. 15, 16.

Модель регулирования внешнеэкономических отношений, созданная в рамках СЭВ, была воспринята рядом других государств и оказала влияние на разработку более поздних унифицированных актов <1>.

<1> По типу ОУП СЭВ (с учетом определенных особенностей во взаимоотношениях сторон) были приняты Общие условия поставок товаров из СССР в КНР и из КНР в СССР (ОУП СССР - КНР) 1990 г., Общие условия поставок СССР - КНДР (ОУП СССР - КНДР) 1981 г., Общие условия поставок товаров между организациями СССР - СФРЮ (ОУП СССР - СФРЮ) 1977 г., а также Общие условия поставок между СЭВ и Финляндией (ОУП СЭВ - Финляндия) 1978 г. ОУП СЭВ - Финляндия применялись только по соглашению сторон. Вопрос о сохранении названными актами нормативного характера ставится под сомнение. Подробнее об этом см.: Розенберг М.Г. Указ. соч. С. 20, 21, 383 и сл.; Белов А.П. Международное предпринимательское право: Практическое пособие. М., 2001. С. 241, 242; Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 203. Для этого в отношении ряда из них есть основания. Вместе с тем следует признать справедливым замечания В.А. Канашевского, который считает, что независимо от того, применяются ли они в обязательном порядке или при наличии ссылки на них в контракте, в России их положения будут иметь приоритет перед национальным законодательством: в первом случае как положения международных договоров (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ), во втором - как условия договора (ст. 421 ГК РФ). В последнем случае в части, не противоречащей императивным нормам законодательства (п. 1 ст. 422 ГК РФ). Подробнее см.: Канашевский В.А. Международное частное право: Учебник. М., 2016. С. 430 и сл.

Региональная унификация материальных норм, регулирующих договор международной купли-продажи, была проведена в начале 1990-х годов в рамках Содружества Независимых Государств. В целях сохранения единых подходов при осуществлении хозяйственных связей между организациями стран, входящих в состав СНГ, восемь государств <1> 20 марта 1992 г. подписали международный договор - Соглашение об общих условиях поставок товаров между государствами - участниками Содружества Независимых Государств (ОУП СНГ), вступившее в силу с 1 июля 1992 г.

<1> Республики Армения, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Молдова, Таджикистан, Российская Федерация и Украина.

Соглашение должно было стать в известной мере аналогом ОУП СЭВ для более узкого круга участников. Действие его, как указано в ст. 1, распространяется на отношения между субъектами хозяйствования (независимо от форм собственности) названных стран по межгосударственным экономическим связям.

Являясь актом комплексного характера, данное Соглашение затрагивает, однако, намного меньший круг вопросов по сравнению с названными выше международными договорами регионального значения <1>. В нем отсутствуют, в частности, положения, регламентирующие порядок исполнения обязательств, не урегулирована ответственность сторон за нарушение договора и др. В то же время ряд содержащихся в Соглашении статей не могут применяться в условиях свободного рынка, поскольку ориентированы на методы организации хозяйственных связей, присущие плановой экономике. Практика показала слабую пригодность Общих условий поставок для практического применения. Необходимо отметить и тот факт, что положения, содержащиеся в Соглашении, в значительной степени отличаются от Венской конвенции, а также

от принятых в последние годы гражданских кодексов стран СНГ. Все это существенно снижает реальную роль Соглашения в регулировании отношений по договорам купли-продажи в рамках заключивших его государств, в большей мере подчиняя их Венской конвенции, в которой участвуют соответствующие страны <2>.

<1> Подробнее об этом см.: Шапкина Г.С. Правовое регулирование поставок в рамках СНГ // Закон. 1995. № 6. С. 78 и сл.; Путинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2000. С. 299.

<2> Из стран СНГ участниками Венской конвенции являются Армения, Белоруссия, Киргизия, Молдавия, Российская Федерация, Узбекистан и Украина.

Вместе с тем следует иметь в виду норму ст. 90 Венской конвенции, в которой предусмотрено, что она не затрагивает действие других международных договоров, в которых участвуют соответствующие государства. Поэтому в тех случаях, когда договор попадает в сферу действия ОУП СНГ, применению подлежит именно этот акт <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: комментарий к законодательству и практике разрешения споров. М., 2001. С. 308.

Проблема совершенствования правового регулирования экономических отношений между организациями стран СНГ в современных условиях является весьма актуальной <1>.

<1> Необходимость сближения национального законодательства, правовых и экономических условий функционирования хозяйствующих субъектов отмечается, в частности, в Стратегии экономического развития Содружества Независимых Государств на период до 2020 года, утвержденной Советом глав правительств Содружества Независимых Государств 14 ноября 2008 г.

В условиях высокого уровня интеграции экономики государств СНГ, и прежде всего государств, входящих в Евразийский экономический союз (ЕАЭС) <1>, есть достаточные предпосылки для существенного расширения границ унифицированного регулирования договорных отношений между находящимися на их территории хозяйствующими субъектами. Эта задача может быть решена путем создания и принятия взамен Соглашения от 20 марта 1992 г. более совершенного унифицированного международно-правового акта - Соглашения о новых ОУП СНГ с использованием при его подготовке положительного опыта международного регулирования отношений по договорам купли-продажи и обновляющейся международной практики <2>.

<1> См.: Договор о Евразийском экономическом союзе (подписан 29 мая 2014 г., вступил в силу с 1 января 2015 г.).

<2> Подробнее об этом см.: Шестакова М.П. О правовом регулировании внешнеторговых отношений в рамках Евразийского экономического союза // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. N 6. С. 81 - 87.

Разработка на региональном уровне единых унифицированных норм, регламентирующих вопросы заключения и исполнения договора международной купли-продажи, является вполне реальной и осуществимой. Региональная унификация позволяет обеспечить развернутое межгосударственное регулирование внешнеторговых отношений в рамках соответствующих региональных объединений, учитывающее их специфику. Этому в значительной степени способствует наличие в национальном законодательстве этих стран большого количества совпадающих норм, сравнительно небольшой круг участников такого соглашения, что облегчит процесс согласования единообразных правил <1>.

<1> Об унификации норм международной купли-продажи в рамках СНГ см.: Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 202 и сл.; Аксенов А.Г. Договор международной купли-продажи товаров между субъектами предпринимательской деятельности СНГ. М., 2012.

В развитии **коллизийного метода** правового регулирования международной купли-продажи значительную роль сыграли конвенции, разработанные в рамках Гаагской конференции по международному частному праву. В 1955 г. была принята **Гаагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров (движимых материальных вещей)**, действующая до настоящего времени (Конвенция 1955 г.). В 1958 г., а затем в 1986 г. были подготовлены еще две Конвенции, которые рассматривались как дополнения к Гаагской конвенции 1955 г. <1>, но они не вступили в силу <2>. Тем не менее разработка этих документов сыграла положительную роль. Многие сформулированные в них положения способствовали сближению позиций различных государств в дальнейшей работе по унификации коллизийных норм на международно-правовом уровне, а в последующем нашли отражение и в национальном законодательстве ряда государств.

<1> Гаагская конвенция о праве, применимом к переходу права собственности при международной купле-продаже товаров (движимых вещей), 1958 г. и Гаагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже, 1986 г. В Конвенцию 1986 г., например, были включены новые принципиальные положения, определяющие сферу действия применимого права, возможность применения права, с которым договор с учетом всех обстоятельств имеет более тесную связь, предусматривающие возможность сторон договариваться о подчинении договора купли-продажи в целом или в его части какому-либо иному праву, помимо того, которым он регулировался ранее, и др.

<2> Причиной явились расхождения в доктрине, а также в практике применения континентальной и англосаксонской систем международного частного права, ставшие препятствием для признания этих Конвенций достаточным числом государств.

Процесс унификации и выработки общих подходов к регулированию внешнеэкономических отношений активизировался с появлением экономических союзов, объединяющих значительные

группы государств.

С созданием Европейского союза началась разработка единообразного правового регулирования, облегчающего осуществление торгово-экономических контрактов между организациями стран, входящих в Союз. В рамках ЕС была подготовлена **Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г.**, являвшаяся в течение длительного времени основным источником коллизионного права для участников Союза. С 17 декабря 2009 г. ее заменил **Регламент ЕС N 593/2008 о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам (Рим-I)**. Регламент устанавливает на территории государств - членов Европейского сообщества и Европейского союза единообразные коллизионные нормы, определяющие, законодательство какого именно государства (не обязательно государства - члена ЕС) должно применяться в том случае, если правоотношение содержит иностранный элемент и, соответственно, может регулироваться правом разных стран.

Регламент Рим-I разрешает проблему конфликта законов (коллизионную проблему) в отношении наиболее распространенного вида обязательств частноправового характера - обязательств, которые возникают на основании гражданско-правовых или торговых (коммерческих) договоров <1>.

<1> Разработка унифицированных коллизионных норм на региональном уровне осуществлялась и другими странами. Примером может служить Конвенция о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г., принятая 17 латиноамериканскими странами, США и Канадой на пятой Межамериканской конференции по частному праву (подробнее об этом см.: Вилкова Н.Г. Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам (Конвенция Мехико 1994) // Право и экономика. 1997. N 4. С. 62 - 66; Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. С. 276, 277).

В 2015 г. Гаагской конференцией по международному частному праву был принят новый документ, в котором нашли отражение современные тенденции в области регулирования внешнеэкономического сотрудничества хозяйствующих субъектов из разных стран, - **Гаагские принципы выбора применимого права к международным коммерческим договорам (Гаагские принципы)**. Как указывается во введении, Принципы не являются формально обязательным документом, модельным законом, который должен быть принят государствами или сводом принципов, которые рекомендуются Гаагской конференцией для инкорпорации государствами в национальное законодательство. Принципы могут служить руководством для реформы национального законодательства о выборе применимого права и действовать наряду с существующими правовыми инструментами в данной сфере - Регламентом Рим-I, Межамериканской конвенцией 1994 г., Гаагскими конвенциями. Отмечается также, что преамбула и 12 статей Гаагских принципов могут рассматриваться как пример наилучшей практики в отношении признания автономии воли сторон в выборе применимого права в международных коммерческих контрактах.

В рамках СНГ были заключены **Киевское соглашение 1992 г. <1>**, **Минская конвенция 1993 г. <2>**. В указанных документах получили отражение лишь отдельные вопросы определения применимого права, причем в основном исходя из норм гражданского законодательства названных стран, действовавших в момент его принятия (впоследствии

эти нормы подверглись существенным изменениям).

<1> Участниками этого Соглашения являются Азербайджан, Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Российская Федерация, Таджикистан, Туркмения, Узбекистан, Украина.

<2> Участниками Конвенции являются все государства, входящие в СНГ.

При всем значении унификации коллизионных норм проведение ее не решает в целом проблему устранения различий в регулировании экономических отношений между хозяйствующими субъектами разных стран, поскольку даже при сближении норм национального законодательства правовая система каждого государства сохраняет определенные особенности и отличия.

Приоритетным способом создания равных правовых условий взаимодействия внешнеэкономических партнеров было, как уже отмечалось, и продолжает оставаться принятие унифицированных международных актов, непосредственно регулирующих частноправовые отношения.

2. Национальным (внутренним) законодательством договоры международной купли-продажи регулируются в следующих случаях:

1) по соглашению договаривающихся сторон, пользующихся автономией воли при выборе права, подлежащего применению к их отношениям. Таким правом может быть национальный закон одной из договаривающихся сторон, может быть избрано и право третьей страны;

2) на субсидиарной основе при отсутствии или недостаточно полном урегулировании отдельных вопросов в международном договоре, регулирующем их отношения;

3) в случаях, когда стороны, заключившие договор, находятся в государствах, не участвующих в международных соглашениях, регулирующих внешнеэкономические сделки, и в договоре отсутствует соглашение о применимом праве.

В третьем случае, а нередко и во втором применимое право определяется судом, разрешающим спор, исходя из коллизионных норм.

Российское законодательство, как и законодательство большинства стран, предоставляет сторонам право выбора применимого права. Однако, если в контракте отсутствует условие о применимом праве, действует общая коллизионная норма п. 1 ст. 1211 ГК РФ, относящаяся практически ко всем гражданско-правовым договорам и отсылающая в соответствующих случаях, если иное не предусмотрено ГК РФ или иным законом, к праву страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

В договоре купли-продажи согласно подп. 1 п. 2 ст. 1211 ГК РФ такой стороной признается продавец, а применимым правом - право страны продавца. Коллизионная отсылка к праву страны продавца содержится в законодательстве многих стран - Польши, Швейцарии, Эстонии, Чехии,

Румынии и др.

В литературе отмечалось, что предусмотренные в ст. 1211 презумпции для отдельных видов договоров представляют собой ориентиры, которыми суд может воспользоваться лишь в том случае, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела <1>. Из этого следует, что отказ суда от применения таких презумпций может иметь место лишь при наличии не только прямых, но и косвенных свидетельств обоснованности использования иного подхода.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева и К.Б. Ярошенко. М., 2014. С. 540 (автор комментария - М.Г. Розенберг).

Например, при рассмотрении МКАС одного из споров по договору купли-продажи выяснилось, что товар, проданный зарубежной фирмой российской организации, был ею, в свою очередь, приобретен у другой российской организации (изготовителя) и отгружен изготовителем непосредственно покупателю (без вывоза товара за пределы России). С учетом этого, а также того, что контракт был заключен в России и расчеты за товар предусматривались в рублях через российский банк, суд признал применимым российское право, а не право страны продавца.

В тех случаях, когда применимым к конкретному договору международной купли-продажи будет признано **российское гражданское право**, следует руководствоваться:

- положениями ГК РФ о купле-продаже - при квалификации контракта в качестве договора купли-продажи (§ 1 гл. 30);
- правилами, регламентирующими договор поставки товаров, если контракт соответствует признакам договора поставки (§ 3 гл. 30).

Кроме того, к указанным договорам применяются общие положения ГК РФ об обязательствах (подразд. 1 разд. III).

3. **Обычай.** Среди источников правового регулирования отношений по договору международной купли-продажи традиционно важное место занимают торговые обычаи.

Под торговыми обычаями понимаются **сложившиеся в торговом обороте единообразные правила, включающие определенные положения по вопросам, которых они касаются.**

Торговые обычаи не обладают той юридической силой, которая характерна для правовых норм, и применяются при условии, что это не противоречит воле сторон, совершающих

внешнеэкономическую сделку <1>. Указанные моменты существенны, и их необходимо учитывать при обращении к обычаям в целях регулирования конкретных экономических отношений <2>.

<1> Проблеме торговых обычаев посвящен ряд исследований в отечественной юридической литературе. Подробнее об этом см.: Рамзайцев Д.Ф. О значении обычаев в международной торговле // Международные торговые обычаи. М., 1958; Лунц Л.А. Международное частное право. Особенная часть. М., 1975; Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 5-е изд., перераб. и доп., с изм. М., 2008; Вилкова Н.Г. Правила толкования международных торговых терминов. Правовое регулирование и практика применения. М., 2008; Звекон В.П. Международное частное право: Курс лекций. М., 1999; Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983; Он же. Внешнеэкономические операции: право и практика. С. 195 и сл.; Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. С. 38 и сл.; Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: Материально-правовое регулирование. С. 452 и сл.; Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. 4-е изд., перераб. и доп. 2017. С. 343 и сл.

<2> В литературе отмечаются различия между обычаями - источниками международного публичного права, которые формируются государствами, и международными торговыми обычаями, которые признаются государствами. Подробнее об этом см.: Международное частное право: Учебник / Под ред. Л.П. Ануфриевой, К.Я. Бекашева, Г.К. Дмитриевой. С. 94, 96, 97.

3.1. В ряде международных соглашений имеются **прямые указания на применение обычных правил**. Так, согласно п. 1 ст. 9 Венской конвенции стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимных отношениях. При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли. Применение обычных правил предусматривалось и в ОУП СЭВ (§ 19, 35, 37, 38).

Указания на применение обычаев содержатся также в п. 1 ст. VII **Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г.** и в ст. 38 **Арбитражного регламента Европейской экономической комиссии ООН (ЕЭК ООН) 1966 г.** В них говорится, что наряду с применимым правом арбитры будут руководствоваться положениями контракта и торговыми обычаями.

Аналогичная норма содержится в **Законо РФ "О международном коммерческом арбитраже"** (п. 3 ст. 28). Применение торговых обычаев предусмотрено и ГК РФ: согласно п. 1 ст. 1186 ГК РФ право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей, определяется на основании международных договоров Российской Федерации, ГК РФ, других законов и обычаев, признаваемых в Российской Федерации.

3.2. В практике российской внешней торговли обычные нормы применяются для толкования условий договора или его отдельных выражений и терминов и для разрешения вопросов, не отраженных в сделке. Применение обычая не должно противоречить воле сторон. Необходимо, чтобы он соответствовал общим намерениям сторон, не противоречил условиям заключенного договора.

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

Большое значение в разработке новых и упорядочении действующих торговых обычаев имеет деятельность ряда международных организаций и в первую очередь Европейской экономической комиссии ООН. К настоящему времени ею разработано большое число типовых договоров и общих условий, они касаются поставки и монтажа машин и оборудования, купли-продажи отдельных видов товаров (в их числе твердое топливо, пиломатериалы, картофель, зерновые, цитрусовые и др.).

К наиболее часто применяемым в международной торговле обычаям, изложенным в кодифицированной форме, в первую очередь следует отнести **Международные правила толкования торговых терминов (Инкотермс)**. Они были разработаны Международной торговой палатой на основе обобщения действующих в разных странах и в различных портах торговых обычаев. Первая их редакция была принята в 1936 г. В настоящее время действуют Инкотермс в редакции 2010 г. <1> (восьмая редакция данного документа).

<1> Вступили в действие с 1 января 2011 г.

В документе дается унифицированное толкование используемых в международном коммерческом обороте 11 торговых терминов, определяющих базисы поставок: CIF, FOB, FAS, DAP, DAT, DDP, CFR, FCA и др.

Предусматривается распределение обязанностей продавцов и покупателей в связи с доставкой товара по договору международной купли-продажи: по заключению договоров перевозки и страхования, выполнению погрузочно-разгрузочных работ, оплате таможенных расходов, получению экспортных и импортных лицензий. Определяется также момент перехода риска случайной гибели (повреждения) товаров с продавца на покупателя.

В литературе высказываются различные мнения относительно правовой природы Инкотермс <1>. Следует отметить, что статус Инкотермс по национальному праву различных государств не является одинаковым. В некоторых странах им (в целом или частично) придан нормативный характер: в Испании и в Украине - в отношении импортных сделок, в Ираке - по всем внешнеторговым сделкам <2>. В Австрии, Германии, Франции Инкотермс рассматривается как международный обычай, который применяется, если стороны не оговорили иное, в Англии и США - как обыкновение <3>.

<1> Подробнее об этом см.: Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. С. 17; Звеков В.П. Международное частное право: Курс лекций. С. 93 и сл.; Канашевский В.А. Международное частное право. С. 346 и сл.; Розенберг М.Г. Венская конвенция 1980 г. в практике МКАС при ТПП РФ // Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров: к 10-летию ее применения Россией. С. 27 - 28; Фонотова О.Е. Особенности правовой природы Инкотермс // Международное публичное и частное право. 2006. N 2; Вилкова Н.Г. Толкование международных торговых терминов. Правовое регулирование и практика применения.

<2> Подробнее об этом см.: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. С. 32 и сл.; Белов А.П. Базисные условия поставки товара в экспортно-импортных контрактах // Право и экономика. 1996. N 12.

<3> Подробнее об этом см.: Lord Templeman, Sellemann P. Law of International Trade. 1-st edit., Old Bailey Press Ltd. 1997. P. 34, 59.

ГК РФ предусматривает, что использование в договоре принятых в международном обороте торговых терминов влечет (при отсутствии в договоре иных указаний) признание того, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев, обозначаемых соответствующими торговыми терминами (п. 11 ст. 1211). Постановлением Правления Торгово-промышленной палаты РФ от 28 июня 2001 г. <1> Инкотермс 2000 признаны в России торговым обычаем.

<1> См.: Торгово-промышленные ведомости. 2001. N 19/20.

Ссылки на данный документ содержатся в разного рода общих условиях и типовых контрактах, включая некоторые общие условия ЕЭК ООН. Рекомендация предусматривать в контрактах применение Инкотермс при толковании базисных условий поставки была включена в ОУП СЭВ - Финляндия 1978 г.

3.3. Характерным для последних десятилетий стало появление различного рода **рекомендательных документов, разрабатываемых правительственными и неправительственными организациями** с учетом сложившихся положений действующих унифицированных актов и норм различных правовых систем, а также обычаев (своды единообразных правил, типовые общие условия, типовые контракты, регламенты, рекомендации и др.). Объясняется это стремлением к созданию развернутой правовой базы, необходимой для четкого и ясного оформления заключаемых внешнеэкономических сделок, что важно в условиях динамично развивающихся международных торговых отношений.

В отличие от международных конвенций, применение которых осуществляется на основании волеизъявления участвующих в них государств, единообразное применение указанных документов, имеющих рекомендательный характер, происходит в результате обращения к ним самих участников делового оборота. Таким образом, стороны договора приобретают еще больше возможностей для самостоятельного выбора регулирующих их взаимоотношения правил.

Активно применяемые в торговых отношениях между организациями разных стран, такие источники в литературе относят к **негосударственному регулированию**, поскольку они не исходят от государства, не выражают его волю, но допускаются им <1>. Это способствует расширению границ унификации регулирования отношений по международной купле-продаже путем достижения единообразия в условиях контракта.

<1> См.: Зыкин И.С. Негосударственное регулирование. Международное частное право. Современные проблемы / Отв. ред. М.М. Богуславский. С. 409.

Особое место среди негосударственных источников в системе правового регулирования внешнеэкономических отношений занимают документы, обобщенно именуемые "принципы". К ним относятся в первую очередь **Принципы международных коммерческих договоров** (Принципы УНИДРУА) и **Принципы Европейского договорного права** (Европейские принципы). Каждый из этих документов является сводом правил, определяющих основные условия (принципы) взаимодействия партнеров, вступающих во внешнеэкономические гражданско-правовые отношения. От унифицированных нормативных актов их отличает то, что они не обладают обязательной силой и не являются источниками права в юридическом смысле слова, но содержат более развернутую и детальную регламентацию договорных отношений, к которой их участники могут обращаться по своему усмотрению.

Принципы УНИДРУА подготовлены Международным институтом по унификации частного права и впервые были опубликованы в 1994 г. <1>. В них нашли отражение многие вопросы, возникающие в процессе заключения и исполнения международных коммерческих контрактов, в том числе такие, по которым на этапе разработки унифицированных международных актов не удалось достичь согласованных решений. Учитывался здесь опыт подготовки не только международных унифицированных актов (Гаагских конвенций, Римской конвенции, Венской конвенции и др.), но и других документов (в частности, разработанных Международной торговой палатой Международных правил толкования торговых терминов - Инкотермс, Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов), а также национальные правовые кодификации, в числе которых Единообразный торговый кодекс США и второй Свод контрактного права США, Гражданский кодекс Алжира 1975 г., Закон КНР о внешнеэкономическом договоре 1995 г. и проч.

<1> См.: Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. М., 1996.

Как отмечается в литературе <1>, Принципы были предназначены не для того, чтобы осуществить унификацию национальных законов, а, скорее, для того, чтобы сформулировать общие принципы и правила существующих правовых систем и выбрать решения, которые лучше всего приспособлены к особым требованиям международных норм.

<1> См.: Bonell M.J. Unification of law by non-legislative means: the UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts // American journal of comparative law. 1992. Vol. 40. P. 617.

В настоящее время Принципы международных коммерческих договоров действуют в редакции 2016 г. <1>. Принципы включают подробные комментарии к каждой статье и иллюстрации их применения в международных ситуациях. В них содержатся положения, касающиеся практически всех важных проблем, возникающих при заключении и исполнении коммерческих договоров. Несомненным достоинством является включение в них положений, предполагающих совершение коммерческих сделок с использованием электронных средств связи. В последнюю редакцию документа включены положения, отражающие особенности регулирования долгосрочных договоров <2>.

<1> Подробнее об этом см.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006.

<2> Это договоры коммерческого представительства, лизинга, франчайзинга, концессионные, дистрибьюторские, инвестиционные соглашения и др.

Принципы состоят из преамбулы и 211 статей. Они подлежат применению в случае, если стороны согласились, что их договор будет регулироваться этим документом либо общими принципами права, **lex mercatoria** или аналогичными положениями. Используются они также, когда для толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов, национального законодательства стороны не выбрали право, регулирующее их договор. Принципы вместе с тем могут служить в качестве модели для национальных и международных законодателей <1>.

<1> Подробнее о применении Принципов УНИДРУА см.: Садиков О.Н. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА в практике МКАС при ТПП РФ // Международный коммерческий арбитраж. Современные проблемы и решения. М., 2012. С. 343 и сл.; Бардина М.П. Основание применения Принципов УНИДРУА при разрешении международных коммерческих споров по существу спора; Вилкова Н.Г. От глобального контрактного права к глобальному применимому праву; Комаров А.С. Внешнеэкономический договор: выбор контрагентами применимого права; все статьи в сборнике "Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота". М., 2016; Фонотова О.В. Принципы УНИДРУА как "применимое право" (практический аспект) // Право и экономика. 2017. N 10.

Общие положения, составляющие основу международных коммерческих отношений, закреплены в первой главе Принципов <1>. Заключение договора, его действительность, толкование, исполнение и последствия неисполнения договора, зачет, уступка права, перевод обязательств, передача договоров и исковая давность, множественность должников и кредиторов регулируются соответственно в последующих главах Принципов.

<1> К ним относятся: свобода договора, являющаяся основным принципом международной

торговли, предоставляющая предпринимателям право свободно решать вопросы заключения договоров и определения их условий; свобода в определении формы договора; принцип обязательности договора, заключенного сторонами надлежащим образом; приоритет императивных норм над положениями Принципов; неимперативный характер Принципов; толкование и дополнение Принципов; добросовестность и честная деловая практика; связанность сторон любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях.

В документе содержатся **две типовые оговорки** о применимом праве на случай, когда стороны выбирают Принципы в качестве материального права. Первая из них предусматривает применение исключительно Принципов в качестве права, регулирующего договор. Вторая оговорка допускает в качестве применимого права не только Принципы, но еще и право определенного государства.

В отличие от Венской конвенции 1980 г. Принципы имеют более широкую сферу действия, поскольку применимы к любым коммерческим договорам. В них нет отсылки к национальному праву. Вопросы, охватываемые сферой действия Принципов, но не получившие в них прямой регламентации, подлежат разрешению в соответствии с их основополагающими положениями.

Стороны могут исключить применение Принципов, отступать от них или изменять содержание любого из их положений, кроме случаев, когда иное предусмотрено в Принципах.

Несмотря на рекомендательный характер самого документа, **ряд его положений имеет императивный характер**, в связи с чем стороны (при согласовании применения данного документа к своим отношениям) не могут исключать их или отклоняться от них. Императивный характер придан положениям, которые отражают принципы и стандарты поведения, имеющие императивный характер в соответствии с национальным правом большинства стран. Императивными являются положения о добросовестности и честной деловой практике, об определении цены, о согласованном платеже при неисполнении, об исковой давности и др.

В силу своего характера и содержания Принципы УНИДРУА активно используются при согласовании участниками внешнеэкономических отношений условий заключаемых договоров; в некоторых случаях в контрактах содержатся ссылки на них как на источник правового регулирования отношений сторон - в качестве применимого права. К данному акту часто обращаются арбитражные органы при рассмотрении конкретных дел, когда требуется дать толкование условий контракта или норм национального права, подлежащего применению в случаях возникновения спора между сторонами, и т.д. <1>.

<1> Вместе с тем практикой еще не выработан единообразный подход в отношении их применения в случаях отсутствия в контракте ссылки на данный документ. Это касается и зарубежных третейских судов, в частности Международного суда при Международной торговой палате, и МКАС. Подробнее об этом см.: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. С. 36 и сл.; Практика МКАС при ТПП за 2001 - 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2004. С. 353 и сл.

В связи с разработкой Принципов УНИДРУА и их активным применением участниками

международных экономических отношений на практике в правовой литературе возник вопрос о соотношении этого документа с другими международными актами и прежде всего с Венской конвенцией <1>. К договорам международной купли-продажи Принципы УНИДРУА могут применяться наряду с Венской конвенцией в том случае, когда, в частности, требуется толкование отдельных ее положений, либо при необходимости восполнения имеющихся в ней пробелов.

<1> Подробнее об этом см.: Комаров А.С. Венская конвенция 1980 г. и Принципы УНИДРУА: Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи: к 10-летию ее применения в России. С. 9 и сл.; Он же. Прогрессивное развитие унификации правовых норм о международных коммерческих сделках (вступительная статья) // Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА. С. XII и сл.; Lando O. Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles Moving from Harmonization to Unification // Uniform Law Review. 2003. N 1 - 2. P. 124.

Арбитражные суды нередко обращаются к Принципам при разрешении споров для определения размера процентов годовых с суммы денежного обязательства.

3.4. В рамках Европейского союза широкое применение получили **Принципы Европейского договорного права** <1>, подготовленные в период 1995 - 2002 гг. неправительственной рабочей группой специалистов из стран ЕС и представляющие собой **свод унифицированных правил в области контрактного права**.

<1> Журнал международного частного права. 1999. N 1. С. 40 - 70.

Они разрабатывались с целью сближения национальных законодательств государств ЕЭС в сфере международного торгового сотрудничества для обеспечения нормального функционирования общего рынка. Европейские принципы учитывают положения национальных унификаций, а также опыт международно-правовой унификации и в первую очередь Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. В документе получили разрешение многие юридические вопросы, которые в силу различия правовых систем стран ЕС в национальном законодательстве регламентируются по-разному.

Европейские принципы состоят из 17 глав, включающих 130 статей. Статьи снабжены подробными комментариями и примерами из практики. В этих комментариях (в отличие от Принципов УНИДРУА) содержатся ссылки и на национальное право соответствующих стран.

Как и Принципы УНИДРУА, Принципы Европейского договорного права имеют рекомендательный характер.

В соответствии со ст. 1:101 Принципы могут применяться в трех случаях:

1) стороны согласились включить их в договор или согласились, что их договор будет регулироваться этими Принципами;

2) стороны согласились, что их договор будет регулироваться общими принципами права, **lex mercatoria** или иными аналогичными положениями;

3) стороны не избрали никакой правовой системы или законодательства для регулирования их договора.

Принципы Европейского договорного права во многом совпадают с Принципами УНИДРУА и Венской конвенцией 1980 г. <1>.

<1> Подробно этот вопрос рассмотрен Н.Г. Вилковой. См.: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. С. 219 - 224.

Европейские принципы (ст. 1:102), как и Принципы УНИДРУА, провозглашают свободу договора, указывают на право стороны свободно вступать в договор и определять его содержание, соблюдая требования добросовестности и честной деловой практики, а также обязательные нормы, установленные Принципами. При этом стороны могут исключить применение или отступить от любого положения Принципов, изменить их действие, кроме случаев, когда императивными нормами на этот счет установлены ограничения. Вместе с тем, как и в Принципах УНИДРУА, предусматривается приоритет императивных норм национального, наднационального и международного права над положениями Принципов (ст. 1:103).

Аналогично Принципам УНИДРУА в ст. 1:105 Европейских принципов нашло отражение положение ст. 9 Венской конвенции, предусматривающее, что стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях.

Установленные Европейскими принципами правила о заключении контракта, определении существенного нарушения договора, предоставлении потерпевшей стороне при принятии не соответствующего контракту исполнения права на соразмерное уменьшение цены, признании права потерпевшей стороны на проценты годовые в случае просрочки в уплате цены и ряд других в основном совпадают с соответствующими положениями Принципов УНИДРУА и Венской конвенции.

Вместе с тем между этими актами есть и **существенные различия**. Они касаются прежде всего сферы их действия. Европейские принципы распространяются не только на международные, но и на внутренние контракты, в том числе потребительского характера. Если Принципы УНИДРУА предназначены для универсального использования, то Европейские принципы созданы для применения "в качестве общих правил контрактного права в Европейских Сообществах". Более широко по сравнению с Принципами УНИДРУА сформулировано правило о толковании Принципов, иначе решается вопрос о возмещении убытков и др. Следует также отметить, что Европейские принципы были приняты в качестве временного, промежуточного документа, поскольку в перспективе планируется превращение их в общеевропейский кодекс частного права, который будет принят странами ЕС не как рекомендация, а как юридически обязательный документ <1>.

<1> См.: Бахин С.В. Субправо. СПб., 2002. С. 62.

В работах, посвященных сравнительному анализу Принципов УНИДРУА и Европейских принципов, последние оцениваются как более совершенная форма унификации, положения которых представляют собой более радикальное движение вперед по пути унификации, в то время как Принципы УНИДРУА в основном ориентированы на сложившуюся систему универсальных унифицированных актов <1>.

<1> См.: Blasé F. Leaving the Shadow for the Test of Practice - On the Future of the Principles of European Contract Law // The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration. 1999. Vol. 3. N. 1. P. 3 - 14; Базедов Ю. Возрождение процесса унификации права: европейское контрактное право и его элементы. С. 66 - 89.

К актам негосударственного регулирования (правда, с большой долей условности) можно отнести, помимо рассмотренных Принципов, документ, подготовленный учеными Центра транснационального права CENTRAL (Кельнский университет, Германия), содержащий правила из области международного коммерческого права и материалы по его применению, под названием "Принципы TransLex" <1>. Данный документ является частью общей исследовательской платформы TransLex, в которую наряду с текстами международных конвенций, модельных законов, актов внутреннего законодательства стран входят подробная библиография по транснациональному праву, материалы, дающие доктринальную трактовку соответствующим положениям нормативных актов, арбитражные и судебные решения, затрагивающие актуальные вопросы применения правовых норм <2>.

<1> Подробнее об этом документе см.: International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Liber Amicorum Eric Bergsten, 2011. P. 33 - 53; Berger K.P. Transnational Commercial Law Online [Electronic resource]. URL: <http://www.trans-lex.org>.

<2> Предшественниками современной версии Принципов TransLex явились три редакции так называемых принципов транснационального права, а также подготовленная в 2001 г. Центром CENTRAL Транснациональная правовая база данных (Transnational Law Database - Tldb), которая содержала Свод принципов, правил и стандартов lex mercatoria CENTRAL (в литературе этот документ иногда именуется "Принципы СЕНТРАЛ". Перевод документа прилагается к статье: Амиров А.Т., Путинский Б.И. Важный шаг в развитии нового lex mercatoria // Коммерческое право. 2008. N 2). Подробнее об этом см.: Berger K.P. Internationale Wirtschaftsbearbeitung. 1992. P. 374 et seq., Berger K.P. The Greeping Codification of the Lex Mercatoria, 1999. P. 278 [Electronic resource]. URL: <http://trans-lex.org/000004/>.

Принципы TransLex представляют собой систематизированный свод принципов и правил транснационального торгового права. В них содержатся положения, касающиеся не только договорного права (включая толкование договоров, наступление последствий неисполнения обязательств и проч.), но и общие гражданско-правовые темы - действие форс-мажорных обстоятельств, обязательства из неосновательного обогащения и, кроме того, применение

коллизийных норм, деятельность международного коммерческого арбитража и др.

Принципы TransLex основаны на идее прогрессирующей кодификации международного торгового права, под которой понимается постоянное обновление и дополнение документа с учетом современных требований международной торговли, а также анализа практики рассмотрения внешнеэкономических споров <1>. Указанные Принципы, а также оперативно вносимые в них изменения и дополнения размещаются на созданном в Интернете сайте <2>. Все это, как отмечают их создатели, способствует актуальности данного документа, облегчая практикующим юристам возможность применения норм международного коммерческого права в их повседневной практике <3>.

<1> Подробнее об этом см.: Berger K.P., *Formalisierte oder 'schleichende' Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, Berlin, 1996. P. 184. *The Greeting Codification of the New Lex Mercatoria*, 2010. P. 250 et seq. [Electronic resource]. URL: <http://trans-lex.org/000004>; Амиров А.Т., Путинский Б.И. Указ. соч. С. 174 - 180.

<2> URL: <http://www.trans-lex.org>. В настоящее время Принципы состоят из 14 глав. В первую главу включены принципы добросовестности и честной деловой репутации, принцип разумности. В последующих главах содержатся положения о представительстве (гл. 2), договорах (гл. 4), их исполнении (гл. 5) и неисполнении (гл. 6), убытках, обстоятельствах, препятствующих исполнению (гл. 7). Кроме того, в документ включены положения, связанные с корпоративным правом (гл. XI "Юридические лица" и гл. XII "Реквизиция"). Глава XIII "Международный арбитраж", гл. XIV "Международное частное право". Вступили в действие с 1 января 2011 г.

<3> См.: Berger K.P. *Transnational Commercial Law Online* [Electronic resource]. URL: <http://www.trans-lex.org>.

К числу новых регуляторов международных коммерческих отношений, адресованных непосредственно участникам международных сделок и не требующих одобрения государствами, относятся, как уже отмечалось, **типовые договоры (контракты)**, общие условия и другие документы, разрабатываемые правительственными и неправительственными организациями в целях облегчения условий международной торговли.

Помимо Европейской экономической комиссии ООН, являющейся международной правительственной организацией, большая работа в этом направлении проводится Международной торговой палатой - неправительственной организацией, объединяющей тысячи коммерческих объединений и национальных торговых и торгово-промышленных палат из более чем 100 государств, национальными организациями, среди которых часто отмечается деятельность Ассоциации по торговле зерном и кормами (Лондон), разрабатывающей типовые контракты, отражающие особенности торговли в зависимости от вида товара, места его происхождения, места назначения и т.д.

3.5. В сфере международной торговли большой интерес представляет разработанный Международной торговой палатой в 1997 г. **Типовой контракт международной купли-продажи готовых изделий, предназначенных для перепродажи**. Использование участниками международного коммерческого оборота данного документа позволяет значительно сократить

время для подготовки внешнеторгового контракта, а также восполнить те пробелы в регламентации отношений международной купли-продажи товаров, которые имеются в Венской конвенции, поскольку ряд принципиальных положений, не нашедших отражения в этой Конвенции, включены в Типовой контракт.

Это относится, в частности, к возможности взыскания неустойки за просрочку поставки и порядку ее исчисления, когда просроченный товар поставлен и принят, а также к случаям, когда из-за просрочки товара покупатель отказывается от контракта.

Типовой контракт предусматривает (если стороны не согласовали иное) применение Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. При этом Конвенция подлежит применению независимо от того, ратифицировали ее или нет страны продавца и покупателя. По вопросам, не урегулированным Венской конвенцией, применимым признается право страны, в которой находится коммерческое предприятие продавца.

Типовой контракт ориентирован в основном на покупателей, которые осуществляют перепродажу готовых изделий. Это могут быть дистрибьюторы, импортеры, оптовые покупатели и т.д. Данный контракт предназначен для разовых сделок купли-продажи, а не для долгосрочных соглашений о поставках. В нем содержится арбитражная оговорка, предусматривающая разрешение возникшего между сторонами спора в Арбитражном суде МТП.

§ 2. Заключение и исполнение договора международной купи-продажи

В отличие от ряда других внешнеэкономических сделок процесс заключения и исполнения договоров международной купли-продажи подробно регламентирован унифицированными международно-правовыми актами.

1. Порядок заключения, содержание и форма договора. Для заключения договора сторонам необходимо согласовать все его существенные условия в порядке и форме, установленных применимыми к их отношениям нормами права.

1.1. В части II Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., посвященной заключению договоров (ст. ст. 14 - 24), определены условия, при которых предложение о заключении договора признается офертой, порядок направления ее и принятия (акцепт) адресатом, момент, с которого договор признается заключенным.

В соответствии со ст. 14 Конвенции предложение о заключении договора, адресованное одному или нескольким конкретным лицам, является **офертой**, если оно достаточно определенно и выражает намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта. Достаточно определенным является предложение, в котором обозначен товар и прямо или косвенно устанавливаются количество и цена либо порядок их определения. При отсутствии хотя бы одного из этих условий предложение не может признаваться офертой, а договор - заключенным.

Обозначение товара должно быть настолько определенным, чтобы при исполнении договора не возникало разногласий по поводу того, что именно подлежит поставке. Для этого, как правило, необходимо наряду с общим наименованием (определяющим групповую принадлежность товара) приводить дополнительные данные, характеризующие его качество, в соответствующих случаях

комплектность и т.д.

Венская конвенция, как уже отмечалось, допускает возможность конкретизации названных в ней условий в дальнейшем, притом, однако, что в момент заключения договора будет согласован порядок установления их в последующем.

Стороны обычно согласовывают в договоре и другие необходимые для осуществления поставки условия: сроки поставки, порядок и сроки приемки (осмотра) товара, предъявление претензий при выявлении несоответствия товара требованиям договора и проч., но Конвенция не относит их к числу обязательных (существенных), и отсутствие в договоре какого-либо из них не влечет по ее правилам признания его незаключенным. В этом случае соответствующие вопросы решаются на основе норм применимого права.

Оферта вступает в силу в момент получения ее адресатом (п. 1 ст. 15 Венской конвенции). Пункт 1 ст. 16 вместе с тем предусматривает, что, пока договор не заключен, оферта может быть отозвана оферентом, если сообщение об отзыве будет получено адресатом оферты до отправки акцепта. В той же статье указаны случаи, когда оферта может быть признана безотзывной.

Статья 18 и несколько последующих посвящены акцепту, которым признается заявление или иное поведение адресата оферты, выражающее его согласие с ней. Есть оговорка, что молчание или бездействие не могут рассматриваться как акцепт.

Акцепт вступает в силу в момент, когда указанное согласие получено оферентом, - именно с этого момента договор считается заключенным. Ряд норм определяет, при каких условиях акцепт не имеет силы. Так, ответ на оферту, содержащий дополнения или изменения, рассматривается как отклонение оферты и встречная оферта. Однако, если предлагаемые в ответе дополнительные или отличные условия не меняют существенно условий оферты, ответ может быть принят в качестве акцепта, но только при отсутствии возражений со стороны оферента. Такие возражения будут иметь значение, если они заявлены без неоправданной задержки.

Во всех случаях существенно изменяющими условия оферты считаются дополнения или изменения, касающиеся среди прочего цены, платежа, качества и количества товара, места и срока поставки, объема ответственности одной стороны перед другой или разрешения споров между сторонами. Наличие какого-либо из них в ответе на оферту рассматривается как встречная оферта (ст. 19 Венской конвенции).

В Венской конвенции не регламентирован такой распространенный способ заключения договоров, как направление одной из сторон (чаще всего продавцом) другой стороне проекта договора и возврат его адресатом подписанным без замечаний (или с дополнениями и новыми предложениями). По этой схеме заключаются многие договоры международной купли-продажи. К ней в целом применимы положения Венской конвенции об оферте и акцепте, где направленный проект рассматривается как оферта, возврат подписанного другой стороной договора (без существенных изменений) - как акцепт, а подписание договора с изменениями и дополнениями, вызывающими возражения у первой стороны, как встречная оферта.

Положения о **форме договора** изложены в ч. 1 Венской конвенции. Венская конвенция не содержит требования о заключении или подтверждении договора в письменной форме. Согласно ст. 11 договор может заключаться как письменно, так и устно и доказываться любыми средствами,

включая свидетельские показания. Но из этого общего правила возможны изъятия для стран, законодательство которых предусматривает требование об обязательности письменной формы для договоров купли-продажи. Согласно ст. ст. 12 и 96 Венской конвенции страны-участницы могут в любое время заявить о неприменимости указанных положений ст. 11.

Советский Союз был одной из стран, законодательство которых признавало недействительными внешнеторговые сделки, заключенные не в письменной форме. В связи с этим при присоединении к Венской конвенции СССР сделал заявление об обязательности письменной формы контракта, которое сохранило свою силу и в отношении Российской Федерации. Аналогичные заявления были сделаны Украиной, Белоруссией, Венгрией, Китаем, Аргентиной и еще некоторыми странами.

В настоящее время, несмотря на исключение из ГК РФ нормы п. 3 ст. 162 о признании недействительной внешнеэкономической сделки, совершенной не в письменной форме <1>, контракты международной купли-продажи с участием российских лиц, на которые распространяется действие Венской конвенции, должны заключаться в письменной форме.

<1> См.: Федеральный закон от 7 мая 2013 г. N 100-ФЗ "О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела 1 части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 2013. 19. Ст. 2327.

К письменной форме договора приравниваются сообщения по телеграфу и телетайпу (ст. 13 Венской конвенции).

Если договор международной купли-продажи не подпадает под действие Венской конвенции, в том числе в случаях, когда стороны, находящиеся в государствах, участвующих в ней, исключают ее применение к своим отношениям, следует руководствоваться соответствующими **правилами национального законодательства**. Здесь встречаются особенности правового регулирования, которые не всегда однозначно трактуются в литературе и на практике, в частности касающиеся перечня условий, признаваемых существенными в силу закона. Так, российское законодательство относит к числу существенных условий договора поставки (разновидности договора купли-продажи), наиболее широко применяемого во внешнеэкономических отношениях, не только предмет и цену товара, но и срок (сроки) передачи товара покупателю (ст. 506 ГК РФ). Исходя из этого при отсутствии в договоре условия о сроке поставки он в силу ст. 432 ГК РФ должен признаваться незаключенным.

Высший Арбитражный Суд РФ посчитал, однако, что срок поставки может определяться по правилам ст. 314 Кодекса, допускающим признание договора заключенным при отсутствии в нем указаний о сроке (периоде) поставки <1>. Такого подхода придерживается в своей практике и МКАС <2>, хотя он явно небезупречен.

<1> См.: п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. N 18 "О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки" // Вестник ВАС РФ. 1998. N 3. С. 23.

<2> Подробнее об этом см.: Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 2007. С. 25, 26.

1.2. В **ОУП СЭВ**, а также в других актах, относящихся к этой группе, вопросы заключения договоров, в том числе требования к их содержанию, были разработаны более детально.

Подробное освещение порядка заключения международных договоров содержится в **Принципах УНИДРУА**. Данный документ регламентирует процесс ведения переговоров о заключении контракта. Указывая на то, что стороны свободны в проведении их и не несут ответственности при недостижении соглашения, Принципы вместе с тем предусматривают, что сторона, которая ведет или прерывает переговоры недобросовестно, признается ответственной за потери, причиненные другой стороне (ст. 2.1.15).

На участниках переговоров о заключении контракта лежит обязанность не раскрывать полученную от другой стороны конфиденциальную информацию, а также не использовать ее ненадлежащим образом для собственных целей независимо от того, будет ли впоследствии заключен договор. Нарушение данной обязанности влечет ответственность в форме возмещения убытков, определяемых размером выгоды, полученной стороной, нарушившей обязанность сохранить конфиденциальность.

2. Исполнение обязательств по договору. В соответствии со ст. 35 Венской конвенции продавец должен поставить товар, который по количеству, качеству и описанию соответствует требованиям договора.

2.1. Количество товара. Правила Венской конвенции исходят из безусловной обязанности продавца поставить товар в количестве, указанном в контракте. Требования Конвенции в отношении соответствия товара условиям договора распространяются не только на его количество, но и на другие параметры, характеризующие предмет договора (ст. 35).

Количество товара определяется, как правило, в принятых для него единицах измерения: штуках, объемах, весовых единицах. Исходя из указанных в контракте единиц измерения, продавец обязан определить объем отгруженного (поставленного) товара. На основе этих показателей и документов продавца, удостоверяющих количество товара, осуществляется его приемка покупателем.

В случае поставки лишь части товара Венская конвенция предоставляет покупателю право установить дополнительный срок разумной продолжительности для исполнения продавцом своих обязательств (п. 1 ст. 47), а при непоставке товара и в дополнительный срок - заявить о расторжении договора (пп. "b" п. 1 ст. 49).

По одному из дел, рассмотренных МКАС, письмо покупателя, направленное в адрес продавца, с требованием сообщить окончательные сроки отгрузки товара (с учетом того, что срок поставки товара по контракту уже истек) было квалифицировано исходя из ст. 47 Конвенции как предложение покупателя об установлении дополнительного срока разумной продолжительности для исполнения продавцом своих обязательств по поставке <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2008. С. 83.

2.2. Качество товара. Требования к качеству подлежащего поставке товара согласовываются сторонами в договоре исходя из его свойств и назначения, целей, для которых он приобретается и должен использоваться. При отсутствии в договоре достаточно полных данных, определяющих необходимые требования к качеству, продавец должен передать покупателю товар обычного среднего качества, соответствующего целям, в которых его принято использовать.

В п. 2 ст. 35 Венской конвенции содержится перечень условий, являющихся основанием для признания поставленного товара не соответствующим условиям договора. За исключением случаев, когда стороны договорились об ином, **товар не соответствует договору**, если он:

1) не пригоден для тех целей, для которых товар того же описания обычно используется;

2) не пригоден для любой конкретной цели, о которой продавец прямо или косвенно был поставлен в известность во время заключения договора, за исключением тех случаев, когда из обстоятельств следует, что покупатель не полагался или что для него было неразумным полагаться на компетентность и суждения продавца;

3) не обладает качествами товара, представленного продавцом покупателю в качестве образца или модели;

4) не затарирован или не упакован обычным для таких товаров способом, а при отсутствии такового - способом, который является надлежащим для сохранения и защиты данного товара.

Перечисленные условия следует рассматривать как критерии, которые необходимо иметь в виду продавцу при исполнении обязательств по поставке товара, а покупателю при осуществлении его приемки. Важное значение вместе с тем имеет норма п. 3 ст. 35, где сказано, что продавец не несет ответственности по основаниям, указанным в п. п. "а" - "d" п. 2 ст. 35, за любое несоответствие товара, если во время заключения договора покупатель знал или не мог не знать о таком несоответствии.

В **ОУП СЭВ** (§ 19) и в **ОУП СССР - КНДР** (§ 10) содержались более конкретные формулировки в отношении требований к качеству товара.

В **Принципы УНИДРУА** включено общее положение, касающееся определения качества исполнения, предусматривающее, что, если качество исполнения не установлено договором или не может быть определено на основе договора, сторона обязана осуществить исполнение, исходя из разумных требований к качеству, которое должно быть не ниже среднего уровня, с учетом конкретных обстоятельств. Понятие "среднее качество" означает, что товар должен отвечать тем характеристикам и иметь те свойства, которые содержат такие же товары на соответствующем рынке в момент исполнения (ст. 5.1.6).

Продавец несет ответственность за любое несоответствие товара, существующее в момент перехода риска на покупателя, даже если это несоответствие становится очевидным только позднее (п. 1 ст. 36 Венской конвенции). Имеется в виду любое несоответствие товара, являющееся следствием нарушения продавцом любого своего обязательства.

Венская конвенция непосредственно не устанавливает гарантийных обязательств продавца (что предусматривалось, например, в ОУП СЭВ), но исходит из возможности установления их в договоре и указывает на последствия нарушения таких обязательств продавцом (п. 2 ст. 36, п. 2 ст. 39).

Под **гарантией** в Венской конвенции понимается ручательство (в течение определенного срока) за то, что товар будет оставаться пригодным для обычных целей или конкретной цели либо будет сохранять обусловленные качества или свойства.

В соответствии со ст. 38 Венской конвенции покупатель должен осмотреть товар или обеспечить его осмотр в короткий, практически возможный при данных обстоятельствах срок. Если договором предусмотрена перевозка товара, осмотр его может быть отложен до прибытия в место назначения (п. п. 1, 2).

При выявлении несоответствия товара покупателю необходимо известить об этом продавца в течение разумного срока, указав необходимые сведения о характере несоответствия. При невыполнении этого требования (п. 1 ст. 39 Венской конвенции) покупатель утрачивает право ссылаться на несоответствие полученного им товара. Это право утрачивается покупателем в любом случае, если необходимое извещение не будет направлено продавцу в пределах двухлетнего срока с даты фактической передачи ему товара (п. 2 ст. 39). К указанной норме сделана, однако, оговорка - установленный ею предельный срок действует при условии, что он не противоречит предусмотренному договором сроку гарантии.

Покупатель, исходя из характера выявленных в товаре недостатков, а также с учетом других обстоятельств вправе заявить продавцу требования:

- заменить товар, если выявленное несоответствие может быть отнесено к существенным нарушениям договора (п. 2 ст. 46);
- исправить недостатки (если они носят исправимый характер), за исключением случаев, когда это было бы неразумным при складывающихся обстоятельствах;
- уценить товар в той пропорции, в какой стоимость, которую фактически поставленный товар имел на момент поставки, соотносится со стоимостью, которую на тот же момент имел бы товар, соответствующий договору (ст. 56).

При существенном нарушении договора, в том числе относящемся к качеству товара, покупателю предоставляется право расторгнуть его (пп. "а" п. 1 ст. 49).

В ОУП СЭВ подробно регулировался порядок предоставления гарантий на поставляемые товары (§ 20, 40, 44).

Принципы УНИДРУА в части обеспечения исполнения обязательств во многом совпадают с Венской конвенцией. Указывая на необходимость исполнения обязательства в натуре, Принципы вместе с тем допускают отступления от этого требования при определенных условиях. Согласно ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА **сторона может потребовать исполнения, кроме случаев:**

- 1) когда исполнение невозможно юридически или фактически. Невозможность исполнения в

натуре не ведет к прекращению договора, и потерпевшая сторона может воспользоваться другими средствами защиты;

2) исполнение или, в соответствующих случаях, принудительное исполнение является неразумно обременительным или дорогостоящим;

3) сторона, имеющая право на исполнение, может разумно получить исполнение из другого источника. В данном случае имеются в виду ситуации, когда предметом купли-продажи являются массовые товары, которые без труда и потери времени можно приобрести у других продавцов. Потерпевшая сторона может прекратить договор и заключить заменяющую сделку. Если такая сделка совершена в разумный срок и разумным способом, потерпевшая сторона может на основании ст. 7.4.5 получить разницу между договорной ценой и ценой заменяющей сделки, а также возмещение любого последующего ущерба;

4) исполнение носит исключительно личный характер. Как указывается в комментарии к Принципам УНИДРУА <1>, точные рамки данного исключения зависят от того значения, которое вкладывается в выражение "исключительный характер". Современная тенденция - сведение этого понятия к исполнению, имеющему уникальный характер. Указанное исключение не применяется к обязательствам, принимаемым на себя компаниями. Исполнение имеет исключительно личный характер, если оно не может быть возложено на другое лицо и требует индивидуального художественного мастерства, специальных научных знаний или если исполнение связано с конфиденциальными или персональными отношениями;

<1> См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 г. С. 237.

5) сторона, имеющая право на исполнение, не требует его в разумный срок после того, как она узнала или должна была узнать о неисполнении.

3. Место, сроки и порядок исполнения обязательства продавцом.

3.1. Исполнение договора международной купли-продажи в надлежащем месте и в установленные договором сроки относится к основным обязанностям продавца. **Место передачи товара** покупателю определяется в большинстве случаев сторонами в контракте. С местом сдачи товаров связано и определение момента исполнения договора (дата поставки).

В тех случаях, когда место исполнения в договоре сторонами не определено, продавец согласно ст. 31 Венской конвенции признается выполнившим свое обязательство поставить товар (при необходимости транспортировки его) в момент передачи товара первому перевозчику для доставки покупателю.

Если предметом договора является товар, определенный индивидуальными признаками, и стороны договора знали о том, что товар должен быть изготовлен в определенном месте, обязательство продавца по передаче товара считается выполненным в момент предоставления товара покупателю в этом месте.

Во всех остальных случаях продавец обязан предоставить товар в распоряжение покупателя в

месте, где в момент заключения договора находилось коммерческое предприятие продавца.

Когда передаваемый перевозчику товар четко не идентифицирован, на продавца возлагается обязанность известить покупателя об отправке товара. Если на продавца возлагается обязанность обеспечить перевозку товара, он должен избрать наиболее целесообразный вид транспорта и заключить соответствующие договоры с транспортными организациями. В тех случаях, когда продавец не обязан страховать товар, он должен по просьбе покупателя предоставить ему всю имеющуюся информацию, необходимую для осуществления такого страхования (ст. 32 Венской конвенции).

Срок поставки определяется в соответствии с порядком, предусмотренным в ст. 33 Венской конвенции. Согласно п. "а" указанной статьи, если договор устанавливает или позволяет определить дату поставки, продавец должен поставить товар в эту дату.

Разрешая спор между сторонами по делу N 95/2004, МКАС определил период (дату) поставки каждой партии товара, основываясь на указанной норме Венской конвенции и исходя при этом из смысла заключенного сторонами контракта <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2006. С. 227.

Наиболее распространенным во внешнеторговой практике является согласование индикативных сроков, определяющих не конкретную дату поставки товара, а периоды времени, исчисляемые месяцами, неделями, днями. В этих случаях согласно п. "b" ст. 33 Венской конвенции продавец может поставить товар в любой момент в пределах соответствующего периода, если из обстоятельств не следует, что дата поставки назначается покупателем. Если стороны не согласовали срок исполнения, продавец должен поставить товар в разумный срок после заключения договора.

Досрочная поставка в коммерческой практике по общему правилу признается допустимой лишь с согласия покупателя, которое может быть выражено в контракте либо в более позднем сообщении. Из этой посылки исходит Венская конвенция, в п. 1 ст. 52 которой предусмотрено, что при досрочной поставке покупатель может принять поставку или отказаться от нее. В последнем случае он должен принять такие меры, которые будут являться разумными при данных обстоятельствах для сохранения товара (п. 2 ст. 86) <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: комментарий к законодательству и практике разрешения споров. М., 2001. С. 185 и сл.

Обязательство передать покупателю относящиеся к товару документы - еще одна обязанность продавца, предусмотренная ст. ст. 30 и 34 Венской конвенции. Выполнить эту обязанность он должен в срок, в месте и в форме, предусмотренных договором. При передаче документов ранее согласованного срока продавец может до истечения такого срока устранить любое несоответствие в документах при условии, что осуществление им этого права не причиняет

покупателю неразумных неудобств или неразумных расходов. Покупатель в этом случае сохраняет право требовать возмещения убытков в соответствии с Конвенцией.

3.2. В **ОУП СЭВ** место поставки, момент перехода права собственности и риска случайной утраты или случайного повреждения товара определялись применяемым к данному контракту базисным условием поставки.

3.3. **Общее правило о месте исполнения обязательства** установлено в п. 1 ст. 6.1.6 **Принципов УНИДРУА**: сторона согласно указанной статье должна исполнить свое обязательство в месте, где находится ее предприятие.

Денежные обязательства исполняются в месте нахождения предприятия кредитора. В тех случаях, когда после заключения договора происходит изменение места нахождения предприятия одной из сторон, она должна принять на себя бремя увеличения расходов, обусловленное данным обстоятельством.

Положение о **сроке исполнения** сторонами своих обязательств, содержащееся в Принципах, совпадает с соответствующей нормой Венской конвенции.

Устанавливая **требования к порядку исполнения обязательств**, Принципы выделяют два случая:

- 1) когда исполнение обеими сторонами может быть произведено одновременно. При такой ситуации стороны, если это возможно, обязаны осуществить исполнение одновременно;
- 2) когда для исполнения обязательства лишь одной стороной требуется определенный период времени, данная сторона обязана осуществить свое исполнение первой (ст. 6.1.4).

Кредитору предоставлено право отказаться от досрочного исполнения обязательства, кроме случаев, когда он не имеет законного интереса поступить таким образом (ст. 6.1.5). Принятие стороной досрочного исполнения не влияет на срок исполнения ею обязательств, если этот срок был установлен вне зависимости от исполнения обязательств другой стороной. Если в результате досрочного исполнения кредитор понес дополнительные расходы, они возлагаются на другую сторону.

В тех случаях, когда действительность и (или) исполнение договора зависят от **получения разрешения какого-либо государства**, Принципы предусматривают обязанность соответствующей стороны получить такое разрешение (ст. 6.1.14). Необходимые меры должны приниматься стороной, имеющей свое предприятие в стране, законодательство которой устанавливает такие требования. В любом другом случае получить разрешение должна сторона, исполнение которой нуждается в государственном разрешении.

4. Оплата товара покупателем.

4.1. В соответствии со ст. 53 Венской конвенции **покупатель обязан уплатить цену за товар** и принять его в соответствии с условиями договора и требованиями Конвенции.

Цена, как отмечалось, отнесена ст. 14 Конвенции к существенным условиям договора

(должна указываться в оферте), но определение ее может быть прямым или косвенным либо осуществляться в порядке, установленном договором. Из этой нормы следует, что при отсутствии в договоре условия о цене или порядке ее определения он не может признаваться заключенным.

Однако в ст. 55 той же Конвенции говорится, что в тех случаях, когда договор заключен юридически действительным образом, но в нем прямо не предусмотрен порядок определения цены, считается, что стороны, при отсутствии какого-либо указания об ином, подразумевали ссылку на цену, которая в момент заключения договора обычно взималась за такие товары, продававшиеся при сравнимых обстоятельствах в соответствующей области торговли.

В литературе обращалось внимание на противоречивость указанных положений. М.Г. Розенбергом было высказано мнение о том, что это противоречие может быть устранено путем применения ст. 6 этого акта, в силу которой стороны могут отступать от любого положения Конвенции или изменить его действие. Из этого делается вывод, что отсутствие в договоре соглашения сторон о цене можно рассматривать как их договоренность отступить от ст. 14 <1>.

<1> См.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. С. 51 - 53.

Суды, однако, не всегда считают возможным применять ст. 55 при отсутствии соглашения сторон о цене товара или способе ее определения.

Так, при рассмотрении одного из дел МКАС <1> установил, что в направленном продавцом покупателю телексе относительно поставки дополнительной партии товара содержалось только его название и количество. Указания на цену товара или порядок ее определения не было. Ссылка в телексе на то, что цены на товар будут согласованы за 10 дней до начала нового года, исключала возможность применения ранее согласованной в контракте цены и, по мнению арбитражного суда, не могла толковаться как установление порядка ее определения. Она была расценена судом лишь как выражение согласия сторон на достижение договоренности о цене на товар в будущем. С учетом этого суд не нашел в данном случае основания для применения ст. 55 Конвенции. Из-за отсутствия соглашения сторон о цене договор на поставку дополнительной партии товара был признан незаключенным.

<1> См.: Розенберг М.Г. Практика Международного коммерческого арбитражного суда: Научно-практический комментарий. М., 1997. С. 46 и сл.

Вопрос об устранении несогласованности между указанными статьями Венской конвенции следует отнести к числу актуальных.

При применении к отношениям сторон российского права (по соглашению сторон, договоренности об исключении применения Венской конвенции) вопросы определения цены на товар и порядка оплаты его решаются в соответствии с положениями ГК РФ о договорах купли-продажи.

Согласно ст. 485 ГК РФ покупатель обязан оплатить товар по цене, предусмотренной в договоре купли-продажи, либо, если она договором не предусмотрена и не может быть определена исходя из его условий, по цене, определяемой в соответствии с п. 3 ст. 424 ГК РФ.

Пункт 3 ст. 424 ГК РФ устанавливает, что в случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги. Российское законодательство, таким образом, более либерально решает вопрос об определении цены в рассматриваемых договорах.

Обязательство покупателя уплатить цену согласно ст. 54 Венской конвенции включает принятие таких мер и соблюдение таких формальностей, которые могут требоваться согласно договору или согласно законам и предписаниям для того, чтобы сделать возможным осуществление платежа.

Местом исполнения покупателем обязанности уплатить цену за товар является **место нахождения коммерческого предприятия продавца**.

Если же платеж должен быть произведен одновременно с передачей товара или документов, относящихся к нему, покупатель обязан уплатить цену в месте их передачи.

Сторонам предоставляется право предусмотреть и любое иное место, где должен состояться платеж за товар, но соответствующее условие должно быть четко сформулировано в договоре.

Оплата товара должна осуществляться в согласованный сторонами срок. При нарушении покупателем этого обязательства продавец может предоставить ему дополнительный срок разумной продолжительности для оплаты товара. Если и в этот срок оплата не будет произведена либо покупатель заявит о том, что он не выполнит своего обязательства в этот срок, продавцу дается право расторгнуть договор.

4.2. Согласно **ОУП СЭВ** отсутствие в контракте определенной или определимой цены влекло признание его незаключенным.

4.3. **Общее правило определения цены**, закрепленное в **Принципах УНИДРУА**, близко по своему содержанию к положениям ст. 55 Венской конвенции. В пункте 1 ст. 5.1.7 предусматривается, что в тех случаях, когда в договоре не предусмотрена цена или порядок ее определения, считается, что стороны при отсутствии какого-либо указания об ином подразумевают ссылку на цену, которая в момент заключения договора обычно взималась за такое исполнение в сравнимых обстоятельствах в соответствующей области предпринимательской деятельности, или, если такая цена отсутствует, ссылку на разумную цену.

В Принципах отражены также случаи, когда цена согласно условиям договора может устанавливаться одной стороной или третьим лицом либо определяться со ссылкой на внешние факторы.

Платеж может быть осуществлен в любой форме, используемой в ходе обычной деловой практики, в месте платежа. При этом согласно положению, закрепленному в ст. 6.1.6, местом исполнения денежного обязательства считается место нахождения коммерческого предприятия

кредитора.

В том случае, если кредитор не указал конкретный счет, допускается осуществление платежа путем денежного перевода в любое финансовое учреждение, относительно которого кредитор дал знать, что имеет там счет. Обязательство должника считается выполненным, когда состоялся перевод в финансовое учреждение кредитора.

В Принципах УНИДРУА подробно излагаются вопросы, касающиеся валюты платежа (ст. ст. 6.1.9 и 6.1.10), очередности совершения платежей (ст. 6.1.12), которые не нашли отражения в Венской конвенции.

5. Ответственность сторон. Ответственность за нарушение обязательств по договору купли-продажи относится к основным способам защиты прав и законных интересов стороны, не получившей надлежащего исполнения. В правовых актах, регулирующих указанные отношения, вопросы ответственности регламентируются с разной степенью детализации. Обычно выделяются положения общего характера, определяющие основания, принципы и формы ответственности, а также условия, допускающие освобождение от нее, и нормы, устанавливающие определенные санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, принимаемых на себя каждой из сторон.

5.1. В Венской конвенции положения об ответственности содержатся в нескольких разделах:

- последствия нарушения обязательств продавцом определены, как уже отмечалось, в разд. III гл. II ч. III (ст. ст. 45 - 52);
- средства правовой защиты при нарушении обязательств покупателем посвящен разд. III гл. III ч. III (ст. ст. 61 - 65);
- положения, общие для продавца и покупателя, в том числе о формах ответственности и об условиях ее применения, содержатся в гл. V ч. III (ст. ст. 71 - 80).

На основе всех этих норм выстраивается следующая система мер ответственности, предусмотренных Венской конвенцией.

Основной формой ответственности по Конвенции является **возмещение убытков**. Под убытками в ст. 74 подразумевается **положительный ущерб и упущенная выгода**. Как отмечает О.Н. Садиков ^{<1>}, краткая формула указанной статьи Конвенции важна в том отношении, что она трактует как равнозначные термины "убытки" и "ущерб" и использует для характеристики убытков две традиционные категории гражданского права: реальный ущерб и упущенную выгоду.

^{<1>} См.: Садиков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009. С. 194.

При этом, как указано в ст. 74 Венской конвенции, убытки не могут превышать ущерб, который нарушившая договор сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения договора как возможное последствие его нарушения, учитывая обстоятельства, о

которых она в то время знала или должна была знать.

Конкретные виды ущерба (затраты, потери и т.д.) различаются в зависимости от характера и последствий нарушения договора. Некоторые из них указаны в Венской конвенции и иных актах, в том числе вынужденные дополнительные расходы при расторжении договора из-за существенных его нарушений.

В тех случаях, когда после расторжения договора совершаются замещающие сделки (покупатель разумным образом и в разумный срок приобретает взамен непоставленного товара другой или продавец перепродает товар, который он не смог поставить покупателю), потерпевшая сторона согласно ст. 75 Венской конвенции может взыскать разницу между договорной ценой и ценой по совершенной взамен сделке.

Если замещающая сделка по каким-либо причинам не была осуществлена и имеется текущая цена на данный товар, потерпевшая сторона может потребовать разницу между ценой, установленной в договоре, и текущей ценой на момент расторжения договора. И в том и в другом случае она может в соответствии со ст. 74 Венской конвенции требовать, помимо этого, взыскания любых дополнительных убытков, которые будут надлежаще обоснованы. Если, однако, сторона, требующая возмещения ущерба, расторгнет договор после принятия товара, вместо текущей цены на момент его расторжения будет применяться цена на момент принятия товара (ст. 76 Венской конвенции).

Указаны подлежащие возмещению убытки при поставке товаров ненадлежащего качества: расходы по устранению дефектов, уценка и др. Перечни эти не являются исчерпывающими.

На сторону, ссылающуюся на нарушение договора, возлагается обязанность осуществить необходимые меры для уменьшения ущерба (включая упущенную выгоду), возникающего вследствие нарушения договора. В противном случае размер возмещаемых убытков может быть сокращен (ст. 77). Устанавливаемый данной статьей правовой принцип хорошо известен практически всем правовым системам. Основная идея заключается в том, что при нарушении договора сторона, которая несет в связи с этим ущерб, должна предпринять превентивные меры по уменьшению ущерба, а не пассивно наблюдать за их увеличением и лишь затем предъявлять иск об их возмещении <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. С. 178 и сл.; Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: комментарий к законодательству и практике разрешения споров. С. 224 и сл.

На положения данной статьи неоднократно ссылался МКАС при рассмотрении споров. В одном из решений было признано нарушением принципов разумности и сотрудничества сторон, предусмотренных Венской конвенцией, поведение покупателя, который при очевидной невозможности возобновления поставок товара продавцом своевременно не воспользовался своим правом на расторжение договора и закупку другого товара взамен непоставленного (ст. ст. 25 и 49 Венской конвенции). Арбитражный суд счел возможным применить ст. 77 Венской конвенции и на этом основании уменьшил размер взыскиваемой с продавца в пользу покупателя упущенной выгоды на 25% <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / Сост. М.Г. Розенберг. С. 146.

Нормативное закрепление возмещения убытков как универсальной формы ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств отражает прежде всего компенсационную роль санкций, применяемых в гражданском праве.

Ответственность по Венской конвенции наступает вне зависимости от вины нарушителя за сам факт неисполнения стороной своих обязательств по договору (ст. ст. 45, 61). Ответственность в данном случае носит объективный характер. Исключения из этого правила предусмотрены в ст. 79 Венской конвенции, согласно которой сторона не отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия и его последствий.

Взыскание неустойки Венской конвенцией не предусмотрено, что не лишает стороны возможности включения условий об уплате ее в договор. Если такое условие будет согласовано сторонами, то вопрос о применении неустойки и соотношении ее с убытками должен решаться в соответствии с нормами применимого национального права.

По одному из дел, рассмотренных МКАС, было признано правомерным требование продавца о взыскании с покупателя неустойки (штрафа) за задержку оплаты поставленного ему товара. Применение ее было предусмотрено в заключенном сторонами контракте, а возможность установления такой санкции в договоре допускается гражданским законодательством Российской Федерации (ст. 330 ГК РФ), подлежавшим субсидиарному применению к отношениям сторон по договору.

В решении по другому делу МКАС квалифицировал предусмотренную договором неустойку за непоставку товаров в согласованный сторонами срок как штрафную и, руководствуясь п. 1 ст. 394 ГК РФ, примененной субсидиарно, пришел к выводу, что в этом случае причиненные покупателю убытки подлежат взысканию сверх суммы неустойки <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / Сост. М.Г. Розенберг. С. 35, 146 и сл.

Если неисполнение обязательства вызвано нарушением со стороны третьего лица, привлеченного к выполнению договора, то ссылка на это обстоятельство принимается во внимание (по общему правилу) лишь в случае, если у третьего лица возникли такие препятствия, которые освободили бы его в силу Венской конвенции от ответственности.

В Венской конвенции содержится норма, предусматривающая **учет вины кредитора** при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств. Согласно ст. 80 ответственность стороны, не исполнившей договор, уменьшается в той мере, в какой это неисполнение вызвано действиями или упущениями контрагента.

Примером применения этой нормы может быть решение МКАС по делу, где истцом выступала германская фирма (продавец), а ответчиком - российская организация (покупатель) <1>. Арбитражный суд признал, что одной из причин задержки выполнения обязательств по поставке товаров в срок было неоказание продавцом должного содействия покупателю (бездействие истца) в получении разрешения на ввоз товара, что он обязан был осуществить в соответствии с договором. С учетом этого сумма убытков, возникших из-за нарушения срока поставки, была распределена между сторонами.

<1> См.: Дело N 53/2005; Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / Сост. М.Г. Розенберг. С. 47 и сл.

Специальная норма Венской конвенции посвящена **ответственности за просрочку оплаты товара и несвоевременное исполнение других денежных обязательств**. В ст. 78 предусматривается право стороны на получение процентов годовых при просрочке другой стороной исполнения денежного обязательства. Потерпевшая сторона может воспользоваться этим правом вне зависимости от того, потребовала она возмещения убытков на основании ст. 74 или нет <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография Л.А. Новоселовой "Проценты по денежным обязательствам" включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2003 (2-е издание, исправленное и дополненное).

<1> В литературе высказывались различные позиции относительно правовой природы этих процентов: являются ли они ответственностью за просрочку (формой неустойки) или же представляют собой плату за пользование чужими денежными средствами. Подробнее об этом см.: Розенберг М.Г. Правовая природа процентов годовых по денежным обязательствам (практические и теоретические аспекты применения новых положений Гражданского кодекса Российской Федерации) // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. М., 1997. С. 309; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие вопросы. М., 1997. С. 550; Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам. М., 2000. С. 50; и др.

Размер процентов или порядок их определения Венской конвенцией не установлен, в связи с чем в случае возникновения спора ставка определяется судом исходя из положений применимого национального права или путем обращения к общим принципам Конвенции (ст. 7). Когда применимым является российское право, суды обращаются к ст. 395 ГК РФ <1>. На основании п. 1 этой статьи в случаях неправомерного удержания денежных средств, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате размер подлежащих уплате процентов определяется ключевой ставкой Банка России, действовавшей в соответствующие периоды. Эти правила применяются, если иной размер процентов не установлен законом или договором.

<1> По вопросу применения ст. 395 ГК РФ имеются разъяснения, данные в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2016 г. N 7 (ред. от 7 февраля 2017 г.) "О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств" (п. п. 37, 45).

Предусматриваемые Венской конвенцией иные меры защиты при нарушении обязательств продавцом или покупателем (ст. ст. 45 и 61) направлены на обеспечение реального исполнения обязательств по договору и предупреждение (сокращение) негативных последствий, которые могут возникнуть в случае нарушения.

Специальный раздел Венской конвенции посвящен последствиям предвидимого нарушения договора и порядку отказа от договора при поставке товара отдельными партиями, когда допущено существенное нарушение относительно какой-либо из партий (разд. I гл. V ч. III).

5.2. Положения об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, содержащиеся в ОУП СЭВ и ряде других актов, принятых в рамках (или с участием) этой организации, имели ряд существенных отличий (см. гл. XII ОУП СЭВ "Некоторые общие положения об ответственности").

5.3. В Принципах УНИДРУА вопросы ответственности за нарушение договора во многих случаях решаются по аналогии с Венской конвенцией, но есть и некоторые существенные дополнения.

Любое неисполнение согласно ст. 7.4.1 Принципов дает потерпевшей стороне **право на возмещение либо только убытков, либо убытков в сочетании с другими средствами правовой защиты**. Исключение составляют случаи непреодолимой силы или указание в контракте на случаи, когда ответственность за неисполнение не наступает.

Право на возмещение убытков и применение других средств правовой защиты возникает в силу самого факта неисполнения обязательства.

Принцип полной компенсации ущерба, понесенного в результате неисполнения договора, закрепленный в ст. 74 Венской конвенции, нашел отражение в п. 1 ст. 7.4.2 Принципов. Ущерб включает любые понесенные стороной потери и всякую выгоду, которой она была лишена вследствие неисполнения. Необходимым условием для его возмещения является наличие причинной связи между неисполнением и возникшим ущербом, а также его достоверность. Если размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение его осуществляется по усмотрению суда.

В Принципах нашли отражение положения, содержащиеся в ст. ст. 74 - 77 Венской конвенции. Они касаются ограничения возмещаемого ущерба неисполнившей стороной в случае, если она его не предвидела (ст. 7.4.4), совершения потерпевшей стороной заменяющей сделки (ст. ст. 7.4.5 и 7.4.6), уменьшения размера убытков в тех случаях, когда ущерб причинен в результате действия или упущения потерпевшей стороны (ст. ст. 7.4.7 и 7.4.8).

Как и в Венской конвенции, в Принципах УНИДРУА не предусматривается взыскание неустойки за отдельные виды нарушения обязательств. Помимо материального ущерба, Принципы допускают возможность компенсации и нематериального (морального) вреда.

Право на получение процентов годовых при просрочке исполнения денежного обязательства четко отражено в ст. 7.4.9 Принципов УНИДРУА. В ней предусматривается, что, если сторона не уплачивает денежную сумму при наступлении срока платежа, потерпевшая сторона имеет право на проценты годовых на эту сумму с момента наступления срока платежа до момента уплаты независимо от того, освобождается ли сторона от ответственности за неплатеж. При этом размер процентов годовых должен составлять среднюю банковскую ставку по краткосрочному кредитованию первоклассных заемщиков, превалирующую в отношении валюты платежа в месте платежа, либо если такая ставка отсутствует в этом месте, то такую же ставку в государстве валюты платежа. При отсутствии такой ставки в любом из этих мест в качестве ставки процентов годовых должна применяться соответствующая ставка, установленная законом государства валюты платежа. При этом Принципы допускают начисление процентов годовых и за просрочку выплаты суммы убытков (ст. 7.4.10).

6. Освобождение от ответственности. Во всех правовых источниках, регулирующих международную куплю-продажу, в качестве основания освобождения от ответственности предусматривается наличие обстоятельств непреодолимой силы.

Под непреодолимой силой понимаются обстоятельства, которые возникли после заключения контракта в результате непредвидимых и неотвратимых стороной событий чрезвычайного характера.

6.1. Согласно ст. 79 Венской конвенции сторона не отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия и его последствий. Таким образом, Конвенция формально отошла от принципа вины как основания ответственности <1>.

<1> См.: Комаров А.С. Новое в правовом регулировании внешнеторговых контрактов // Внешняя торговля. 1990. N 2. С. 26.

Если неисполнение стороной своего обязательства вызвано неисполнением третьим лицом, привлеченным ею для исполнения всего или части договора, то ссылка на это обстоятельство принимается во внимание (по общему правилу) лишь в случае, если у третьего лица возникли такие препятствия, которые освободили бы его в силу Конвенции от ответственности.

Сторона, которая не выполняет своих обязательств, должна направить другой стороне (в течение разумного срока) извещение. При неполучении такого извещения убытки, связанные с этим, несет сторона, которая обязана была направить извещение.

Аналогичные положения содержатся и в других международных актах, а также в национальном законодательстве многих стран.

6.2. Подробно регламентируют эти вопросы **Принципы УНИДРУА**. В соответствии со ст. 7.1.7 сторона освобождается от ответственности за неисполнение, если докажет, что неисполнение было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия

этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий. При этом если препятствие носит временный характер, то освобождение от ответственности распространяется лишь на период времени, который является разумным с учетом влияния препятствия на исполнение договора.

Не исполнившая договор сторона обязана уведомить вторую сторону о возникновении препятствия и его влиянии на ее способность исполнить обязательство. Если же такое уведомление не получено другой стороной в течение разумного срока после того, как неисполнившая сторона узнала или должна была узнать о препятствии, виновная сторона несет ответственность за убытки, ставшие результатом неполучения уведомления.

Обстоятельства непреодолимой силы не лишают сторону возможности воспользоваться правом прекратить договор, или приостановить свое собственное исполнение, или даже просить уплаты процентов годовых, за исключением требования убытков и неустойки.

На практике стороны иногда широко трактуют понятие непреодолимой силы.

Так, по одному из дел, рассмотренных МКАС, суд признал несостоятельным довод ответчика, пытавшегося оправдать неисполнение обязательства наличием форс-мажорных обстоятельств, отнеся к таковым увеличение заработной платы, тарифов и цен, повлекшее за собой увеличение цены предмета контракта. Суд в решении отметил, что, заключая договор, ответчик должен был разумно предвидеть изменение цен на комплектующие изделия, тарифов за работы и услуги и других показателей, влияющих на себестоимость основного изделия. Изменение цен и тарифов не носило чрезвычайного характера и не повлекло невозможность исполнения обязательства. Подобный подход можно встретить и в других случаях, когда какая-либо из сторон пытается отнести к обстоятельствам непреодолимой силы возникающие у нее трудности субъективного характера <1>.

<1> См.: решение МКАС при ТПП от 2 марта 1995 г. по делу N 149/1994 // МЦФЭР. 1997.

7. Расторжение договора. Венская конвенция, национальное законодательство и Принципы УНИДРУА исходят из необходимости надлежащего исполнения сторонами принятых на себя обязательств, недопустимости одностороннего отказа от договора и одностороннего изменения его условий. Вместе с тем в определенных случаях стороне предоставляется право на одностороннее прекращение договора (что возможно при существенных нарушениях его условий другой стороной), что может рассматриваться как одна из дополнительных мер защиты прав и законных интересов.

7.1. В соответствии со ст. 25 Венской конвенции **существенными признаются нарушения**, если они влекут за собой такой вред для другой стороны, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать на основании договора. Исключение составляют случаи, когда нарушившая договор сторона не предвидела подобного результата и разумное лицо, действующее в том же качестве при аналогичных обстоятельствах, не предвидело бы его.

О праве покупателя **потребовать расторжения договора** говорится в ст. 49 Венской конвенции. Покупатель может заявить о расторжении договора, если неисполнение продавцом

любого из его обязательств по договору или по Венской конвенции составляет существенное нарушение договора, а также в случае непоставки, если продавец не поставяет товар в течение дополнительного срока, установленного покупателем в соответствии с п. 1 ст. 47, или заявляет, что он не осуществит поставки в течение установленного таким образом срока.

В соответствии со ст. 72 Венской конвенции допускается расторжение договора и до наступления установленной для исполнения договора даты, если стороне становится ясно, что контрагент допускает существенное нарушение договора.

Специальный раздел Венской конвенции посвящен **последствиям предвидимого нарушения договора и порядку отказа от договора при поставке товара отдельными партиями**, когда допущено существенное нарушение относительно какой-либо из партий (разд. I гл. V ч. III).

Стороне предоставляется право приостанавливать исполнение своих обязательств, если после заключения договора становится ясно, что другая сторона не исполнит значительную часть своих обязательств (ст. 71). Основанием для использования этого права служат серьезные данные, свидетельствующие о неспособности контрагента осуществить исполнение (в том числе касающиеся его кредитоспособности), а также неэффективности его действий по подготовке или осуществлению исполнения договора.

Для того чтобы избежать применения указанных мер (расторжение договора или приостановление его исполнения) при так называемых предвидимых нарушениях, другая сторона должна предоставить достаточные гарантии исполнения ею своих обязательств.

Статья 71 Венской конвенции неприменима к случаям, когда одной из сторон обязательство уже исполнено, а другая сторона в предвидении того, что дальнейшие обязательства не будут исполнены, прибегает в порядке обеспечения своих будущих требований к приостановлению исполнения своего обязательства по расчетам за уже поставленный товар.

В ст. 7.3.1 Принципов УНИДРУА указывается, что при решении вопроса о том, **имеет ли неисполнение обязательства существенный характер**, следует принимать во внимание ряд обстоятельств:

- существенно ли неисполнение лишает потерпевшую сторону того, что она имела право ожидать в соответствии с договором;
- имеет ли принципиальный характер с точки зрения договора строгое соблюдение неисполненного обязательства;
- является ли неисполнение умышленным или совершено по грубой неосторожности;
- дает ли неисполнение потерпевшей стороне основание верить, что она не может полагаться на будущее исполнение другой стороной;
- понесет ли неисполнившая сторона потери в ходе подготовки или осуществления исполнения, если договор будет прекращен.

Заявление о расторжении договора имеет силу лишь в том случае, если оно сделано другой стороне **посредством извещения** (ст. 26 Конвенции). В Венской конвенции не содержится требований к форме такого извещения, из чего делается вывод о действительности извещения о расторжении договора как в письменной, так и в устной форме. Вместе с тем для стран (в том числе и России), подписавших Конвенцию с оговоркой о необходимости соблюдения письменной формы при заключении договора купли-продажи, его изменении или прекращении, указанное требование должно в полной мере распространяться и на извещение о расторжении договора <1>.

<1> См.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. С. 76 - 77.

Прекращение договора, как общее правило, освобождает обе стороны от обязательств осуществить и получить будущее исполнение. При этом прекращение договора не лишает потерпевшую сторону права требовать возмещения убытков за неисполнение, предусмотренное разд. 4 Принципов УНИДРУА.

Вместе с тем каждая сторона при прекращении договора может требовать возврата всего, что она поставила, при условии, что эта сторона одновременно возвращает все, что она получила (реституция). Если возврат невозможен в натуре или это неприемлемо, соответствующее возмещение должно быть произведено в денежной форме, когда это является разумным.

Контрольные вопросы

1. Что понимается под договором международной купли-продажи товаров?
2. Какие основные международные соглашения, регулирующие договор международной купли-продажи товаров, вам известны?
3. Что вы знаете об обычае как источнике правового регулирования договора международной купли-продажи?
4. Каково содержание Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.?
5. Какие условия договора международной купли-продажи товаров являются существенными?
6. Какую ответственность несут стороны в случае нарушения условий договора международной купли-продажи?

Рекомендуемая литература

1. Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота / Под ред. А.С. Комарова. М., 2016.
2. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий /

Отв. ред. А.С. Комаров. М., 1994.

3. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: практика применения в России и за рубежом / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007.

4. Вилкова Н.Г. Правила толкования международных торговых терминов. Правовое регулирование и практика применения. М., 2008.

5. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI "Международное частное право": комментарий и постатейные материалы / Отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2014.

6. Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994.

7. Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983.

8. Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: Материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2016.

9. Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа. М., 1972.

10. Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

11. Практика МКАС при ТПП РФ: 2004 - 2016. К 85-летию МКАС / Науч. ред. и сост. А.И. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2017.

12. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 г. / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006.

13. Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. М., 2003.

14. Садиков О.Н. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА в практике МКАС при ТПП // Международный коммерческий арбитраж. Современные проблемы и решения. М., 2012.

15. Шестакова М.П. О правовом регулировании внешнеторговых отношений в рамках Евразийского экономического союза // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. N 6.

Глава 12. ДОГОВОР МЕЖДУНАРОДНОГО ФИНАНСОВОГО ЛИЗИНГА

§ 1. Понятие договора международного финансового лизинга

В международной торговой практике наряду с традиционными внешнеторговыми сделками (купли-продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг) используются договорные формы внешнеэкономической деятельности, отражающие современные тенденции развития мировой экономики.

Наиболее широко применяется международный финансовый лизинг, связанный с

осуществлением хозяйствующими субъектами различных стран предпринимательской деятельности с привлечением дополнительных денежных средств в производственную сферу.

Появившийся в начале 50-х гг. в США, а в 60-х гг. - в странах Западной Европы, к началу 80-х гг. прошлого столетия лизинг получил широкое распространение в современных отраслях экономики, где потребность в инвестициях в условиях научно-технического прогресса не могла быть удовлетворена за счет собственных средств предприятий и банковских кредитов.

Особенность договора финансового лизинга состоит в том, что лизингодатель (в роли которого нередко выступают коммерческие банки, инвестиционные фонды, страховые компании, а также специализированные лизинговые компании) передает имущество, специально приобретенное по договору купли-продажи, в пользование лизингополучателю, сам его не используя. Это позволяет рассматривать лизинг как своеобразную форму коммерческого кредитования, при которой "кредитные средства" (т.е. денежные средства, затраченные на закупку оборудования) погашаются лизингополучателем путем регулярной выплаты лизингодателю арендных платежей в согласованном между ними размере. Сумма этих платежей формируется с учетом стоимости оборудования (как правило, соответствующей его полной амортизации), расходов лизингодателя, связанных с приобретением и передачей оборудования (например, в случае пользования кредитными средствами), затрат, связанных с оказанием других предусмотренных договором лизинга услуг, а также дохода лизингодателя. По истечении срока лизинга оборудование обычно передается в собственность лизингополучателю.

Договор финансового лизинга иногда рассматривается как договор об оказании финансовых услуг, осуществляемых наряду с банковскими операциями и сделками, связанными с предоставлением страховых услуг и услуг на рынке ценных бумаг <1>. Однако целью заключения договора лизинга является не получение денежных средств как таковое, а приобретение имущества для предпринимательской деятельности. Наличие финансового аспекта в данном случае сравнимо с куплей-продажей товаров в рассрочку (т.е. с отношениями коммерческого кредитования), а это не дает оснований для причисления данного договора к услугам финансового характера <2>, хотя национальное законодательство ряда стран с учетом субъектного состава участников в отдельных случаях относит его к категории банковских обязательств <3>.

<1> В этом качестве лизинг рассматривается в п. 2 ст. 4 Федерального закона "О защите конкуренции" (ред. от 29 июля 2017 г.).

<2> См.: Кредитные организации в России: правовой аспект / Отв. ред. Е.А. Павлодский. М., 2006. С. 121 (автор главы - Е.В. Кабатова).

<3> См., например, ст. 5 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности" (ред. от 26 июля 2017 г.).

В договорной практике финансовый лизинг выделился из института аренды. В законодательстве отдельных стран он традиционно рассматривается как особый вид аренды, представляющий собой коммерческую деятельность по приобретению за свой счет (либо за счет кредитных средств) имущества одним лицом (лизингодателем) с целью его передачи в аренду другому лицу (лизингополучателю) и извлечения доходов от этой деятельности в виде арендных

платежей <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Москвина А.В. Особенности квалификации лизинга // Актуальные проблемы российского права. 2013. N 7; Теплов Н.В. Лизинг сквозь призму статьи 670 ГК РФ // Закон. 2012. N 7; Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. С. 455.

Регулирование финансового лизинга как разновидности договора аренды содержится и в российском законодательстве. Согласно ст. 665 ГК РФ по договору финансовой аренды (договору лизинга) арендодатель обязуется приобрести в собственность указанное арендатором имущество у определенного продавца и предоставить арендатору это имущество за плату во временное владение и пользование для предпринимательских целей. Арендодатель в этом случае не несет ответственности за выбор предмета аренды и продавца. Подобное определение лизинга содержится и в ст. 2 Федерального закона от 29 октября 1998 г. N 164-ФЗ (в ред. от 16 октября 2017 г.) "О финансовой аренде (лизинге)".

В правовой литературе поднимался вопрос о том, является ли финансовая аренда (лизинг) двусторонней сделкой либо необходимо учитывать все своеобразие лизинга, что возможно лишь в рамках конструкции "трехсторонних отношений", возникающих из сделки финансового лизинга <1>. Хотя договор лизинга носит относительно самостоятельный характер, он, очевидно, не может существовать в отрыве от договора купли-продажи. Это подтверждается взаимообусловленностью содержащихся в обоих договорах обязательств, оформляющих правоотношения лизинга: участники лизинга одновременно выступают сторонами указанных договоров (договора купли-продажи и договора лизинга), создавая своего рода "перекрестную связь" <2>. В этом аспекте правоотношения лизинга можно охарактеризовать как сделку, оформляемую двумя видами взаимосвязанных договоров - договором лизинга и договором купли-продажи.

<1> См.: Юсева Ю.В. Понятие финансовой аренды и ее регулирование в международном частном праве // Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 5. М., 2002. С. 494; Медников В. Лизинг в международном праве // Закон. 1999. N 8. С. 40; Мажорина М.В. Выбор применимого права к трансграничным смешанным и непоименованным договорам // Журнал российского права. 2012. N 10. С. 78; Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008. С. 355; Он же. Международные сделки: правовое регулирование. М., 2016. С. 455.

<2> Кабатова Е.В. Лизинг: правовое регулирование, практика. М., 1996. С. 20. См. также: Гражданское и торговое право зарубежных государств: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Том 2. Гл. XVII (автор главы - Е.В. Кабатова). М., 2008.

Наличие в договоре финансового лизинга иностранного элемента ставит вопрос о подлежащем к нему применению праве. Регулирование осуществляется путем создания либо единых материально-правовых норм, либо коллизионных норм.

§ 2. Международно-правовое регулирование финансового лизинга

1. Широкое распространение лизинговых операций в торговой практике привело к **международной унификации правовых норм о лизинге**.

Результатом унификации явилась **Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге**, подписанная в г. Оттаве 28 мая 1988 г. (далее - Оттавская конвенция) <1> первоначально пятью государствами - Ганой, Гвинеей, Нигерией, Объединенной Республикой Танзания, Филиппинами, а впоследствии также другими государствами. С 1 мая 1995 г. Оттавская конвенция вступила в силу после присоединения к ней (ратификации) Франции, Италии и Нигерии. В Конвенции также участвуют Панама, Белоруссия, Венгрия, Латвия, Узбекистан, Украина. Российская Федерация является участницей Конвенции после ее ратификации на основании Федерального закона от 8 февраля 1998 г. N 16-ФЗ "О присоединении Российской Федерации к Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге" <2>.

<1> БМД. 1999. N 9. С. 3.

<2> СЗ РФ. 1998. N 7. Ст. 787.

Согласно п. 1 ст. 3 Конвенция применяется, когда коммерческие предприятия лизингодателя (арендодателя) и лизингополучателя (арендатора) находятся в разных государствах и при этом:

1) данные государства, а также государство, в котором поставщик имеет свое коммерческое предприятие, являются участниками Конвенции; или

2) как договор поставки, так и договор лизинга регулируются правом одного из государств - участников Конвенции.

Однако даже при наличии этих условий применение Конвенции может быть исключено, если каждая из сторон договора лизинга и договора поставки согласна на такое исключение. Стороны также вправе в своих взаимоотношениях отступать от тех или иных положений Конвенции или вносить изменения в "возможные их последствия" (ст. 5) и т.д.

Вопрос о применении Оттавской конвенции возникал в практике рассмотрения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате РФ (МКАС).

Так, при рассмотрении одного из споров, вытекающих из договора международного финансового лизинга, заключенного между российской и нидерландской компаниями, арбитры установили, что, руководствуясь принципом автономии воли, стороны подчинили отношения между ними российскому праву. Состав арбитража констатировал, что Российская Федерация участвует в Конвенции УНИДРУА о международном лизинге (г. Оттава, 28 мая 1988 г.). Соответственно, она является составной частью правовой системы России. Вместе с тем, анализируя п. 1 ст. 3 Оттавской конвенции, арбитры пришли к выводу, что положения указанной Конвенции в данном случае неприменимы. При этом было принято во внимание, что Нидерланды, равно как и Германия, из которой поставлялся предмет лизинга, не являлись участниками Конвенции. Учитывалось также, что договор поставки предмета лизинга, заключенный истцом

(компанией из Нидерландов) и продавцом из Германии, не регулируется правом государства - участника Конвенции. Таким образом, арбитражный суд признал, что к договору международного лизинга на основании выбора сторон подлежали применению нормы российского законодательства <1>.

<1> См.: Дело N 94/2013 (решение от 28 апреля 2014 г.) // Практика МКАС при ТПП РФ: 2004 - 2016. К 85-летию МКАС (на основе анонимизированных материалов из журналов "Международный коммерческий арбитраж" и "Вестник международного коммерческого арбитража" / Науч. ред. и сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2017. С. 1060.

Комментаторы Оттавской конвенции отмечали, что одной из причин ее принятия было то, что в большинстве (если не во всех) правовых систем законодательство четко не определяло отличительные характеристики финансового лизинга, в частности "трехсторонний" характер отношений, которые при этом устанавливаются <1>.

<1> См.: Good R., Kronke H., McKendrick E. Transnational Commercial Law. Text, Cases, and Materials. Oxford, 2007. P. 390.

Согласно ст. 1 Конвенции **финансовый лизинг оформляется двумя взаимосвязанными договорами:**

- 1) договором купли-продажи (поставки) между лизингодателем (арендодателем) и поставщиком оборудования, выбранного по спецификации лизингополучателя (арендатора);
- 2) договором лизинга между лизингодателем и лизингополучателем, на основании которого лизингополучатель использует оборудование взамен выплаты периодических платежей.

Поскольку отношения, охватываемые Оттавской конвенцией, тесно соприкасаются с отношениями, вытекающими из международной купли-продажи товаров, возникал вопрос, подлежат ли применению к отношениям купли-продажи предоставляемого в лизинг оборудования также положения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (Венской конвенции).

В литературе высказывалась позиция, что квалификация договора международного лизинга в качестве совокупности двух договоров не позволяет применять к соответствующему договору международной купли-продажи положения Венской конвенции 1980 г. В обоснование приводились доводы, согласно которым хотя по договору лизинга арендатор приобретает определенные права в отношении продавца, он не является стороной договора купли-продажи. Кроме того, по смыслу Венской конвенции 1980 г. в намерения ее составителей явно не входило распространение ее действия на договоры поставки оборудования, осуществляемые в рамках договора лизинга" <1>.

<1> Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. С. 455.

Данный вопрос едва ли может решаться однозначно, принимая во внимание, что Венская конвенция основана на принципе автономии воли, а ее нормы носят диспозитивный характер.

Например, между канадской фирмой (продавцом) и двумя российскими организациями (покупателем, выступавшим в роли арендодателя, и получателем, в аренду которому подлежало передаче арендодателем оборудование, являвшееся предметом купли-продажи) был заключен контракт международной купли-продажи. В нем было оговорено право получателя (арендатора) предъявлять непосредственно продавцу требования, связанные с нарушением контракта, в том числе и при просрочке поставки. В связи с возникшим спором встал вопрос о возможности применения к указанному контракту положений Венской конвенции. Состав арбитража, приняв во внимание условие контракта, в котором предусматривалось, что "все, что не установлено настоящим контрактом, подпадает под действие принципов, изложенных в Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, принятой в Вене в 1980 году", признал подлежащей применению к данному контракту Венской конвенции <1>.

<1> См.: Розенберг М.Г. Из практики МКАС при ТПП РФ // Хозяйство и право. 2009. N 3. С. 106 - 110.

При рассмотрении другого спора состав арбитража установил, что в контракте купли-продажи содержалось условие, согласно которому поставщик признает, что лизингополучатель вправе предъявлять непосредственно к поставщику требования, вытекающие из данного контракта, в том числе в отношении сроков поставки. Принимая во внимание, что стороны избрали в качестве подлежащего применению право Украины, суд признал, что к данному контракту купли-продажи подлежит применению Венская конвенция, в которой участвует Украина <1>.

<1> См.: Дело N 139/2007 (решение от 21 июля 2008 г.) // Практика МКАС при ТПП РФ: 2004 - 2016 гг. К 85-летию МКАС (на основе анонимизированных материалов из журналов "Международный коммерческий арбитраж" и "Вестник международного коммерческого арбитража") / Науч. ред. и сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. С. 527.

Согласно Оттавской конвенции **финансовый лизинг должен обладать следующими характерными признаками:**

1) лизингополучатель (арендатор) сам определяет оборудование и выбирает поставщика, не полагаясь "на опыт и суждение арендодателя";

2) предоставляемое в лизинг оборудование приобретается лизингодателем (арендодателем) только в связи с договором лизинга, заключенным между лизингополучателем и лизингодателем, который, приобретая оборудование, должен поставить об этом в известность продавца;

3) периодические платежи, подлежащие выплате по договору лизинга, рассчитываются с

учетом амортизации всей или существенной части стоимости оборудования.

В то же время право лизингополучателя на покупку оборудования - предмета лизинга не является непременным условием договора лизинга. Конвенция применяется к договору финансового лизинга независимо от того, предоставлено ли в нем арендатору право выкупить оборудование или он будет пользоваться им на условиях лизинга в последующий период.

Предметом финансового лизинга является движимое имущество (оборудование): производственное оборудование, включая комплектующие и средства производства; транспортные средства и их принадлежности; морские и воздушные суда; авиационные двигатели, а также оборудование, тесно связанное с недвижимым имуществом и являющееся "принадлежностью земельного участка" либо "присоединенным к земельному участку" имуществом.

Оборудование, используемое в основном для личных, семейных или домашних целей арендатора, не может быть предметом финансового лизинга.

В течение срока действия договора финансового лизинга собственником арендуемого имущества остается лизингодатель, права которого защищаются в случае банкротства лизингополучателя. Соответственно, на это имущество не может быть обращено взыскание по требованиям кредиторов лизингополучателя (арендатора).

В тех же случаях, когда в соответствии с требованиями национального законодательства (нормами "применимого права") предусматривается регистрация лизинга и публичное уведомление о действительном собственнике оборудования (лизингодателе), вещные права сохраняются за лизингодателем только при условии соблюдения этих требований.

Согласно договору финансового лизинга **на лизингодателя возлагаются две основные обязанности:**

- 1) приобрести в собственность имущество для передачи в лизинг;
- 2) обеспечить его передачу лизингополучателю в состоянии, соответствующем условиям договора и назначению имущества.

Поскольку лизингополучатель непосредственно заинтересован в выполнении продавцом (поставщиком) условий договора купли-продажи оборудования, являющегося предметом лизинга, он наделяется рядом прав, свойственных покупателю оборудования. При этом лизингодатель и лизингополучатель являются солидарными кредиторами по отношению к поставщику оборудования. Из этого следует, что лизингополучатель вправе требовать, а поставщик по договору купли-продажи (поставки) несет обязанности в отношении лизингополучателя, "как если бы последний являлся стороной такого договора, а оборудование поставлялось непосредственно ему" (ст. 10).

Без согласия лизингополучателя нельзя внести изменения в договор купли-продажи (поставки), условия которого были с ним оговорены. Это, однако, не означает, что указанный договор может быть прекращен либо аннулирован без согласия лизингодателя - стороны по такому договору.

В то же время, учитывая, что выбор поставщика оборудования лежит не на его приобретателе (лизингодателе), а на пользователе оборудования (лизингополучателе), в Конвенции предусмотрено освобождение лизингодателя от ответственности перед лизингополучателем в отношении купленного оборудования (а также перед третьими лицами за причинение вреда жизни, здоровью и имуществу), если только убытки не были причинены лизингополучателю (арендатору) вследствие того, что лизингодатель повлиял на выбор поставщика либо оборудования. При этом лизингополучатель вправе обращаться с претензиями, относящимися к основным характеристикам оборудования (к качеству, комплектности оборудования и т.д.), которое он сам выбирал, не к лизингодателю, а непосредственно к поставщику оборудования (ст. 8).

Вместе с тем это не освобождает лизингодателя от обязанности обеспечить передачу оборудования лизингополучателю. Если оборудование не поставлено или поставлено с просрочкой или не соответствует условиям договора поставки, лизингополучатель (арендатор) имеет право:

- 1) отказаться от предоставляемого в лизинг оборудования или расторгнуть договор лизинга;
- 2) приостановить периодические платежи, подлежащие уплате по договору лизинга, до тех пор, пока лизингодатель не исправит ненадлежащее исполнение, предложив лизингополучателю оборудование, соответствующее договору поставки (ст. 12).

Обязанности лизингополучателя перед лизингодателем по договору финансового лизинга совпадают с обычными обязанностями арендатора. Он должен выплачивать периодические платежи, проявлять надлежащую заботу в отношении оборудования, использовать его разумным образом и поддерживать в состоянии, в котором его получил, с учетом нормального износа и изменений, согласованных сторонами. По истечении срока действия договора лизинга лизингополучатель обязан вернуть имущество в указанном состоянии, если только он не воспользовался правом покупки или продолжения его лизинга на последующий период.

В случае нарушения договора лизингополучателем лизингодатель вправе потребовать причитающиеся ему невыплаченные периодические платежи с начислением процентов, а также понесенные убытки. При существенном нарушении договора он вправе потребовать от лизингополучателя досрочной выплаты сумм будущих периодических платежей (если это предусмотрено договором лизинга) или расторгнуть договор лизинга и после такого расторжения: а) восстановить владение оборудованием; б) потребовать возмещения убытков в таких суммах, которые поставили бы арендодателя в положение, в котором он находился бы "при выполнении арендатором договора лизинга в соответствии с его условиями" (ст. 13).

С учетом изложенного в правовой литературе высказывалось мнение, что Конвенция базируется на четырех **основных положениях**, предусматривающих:

- 1) перенос ответственности за неисправности оборудования с лизингодателя на поставщика (п. 1 ст. 8);
- 2) ограничение ответственности лизингодателя перед третьими лицами за причинение оборудованием вреда их жизни, здоровью, имуществу (п. 1 б) ст. 8);

3) сохранение вещных прав лизингодателя в случае несостоятельности лизингополучателя (п. 1 ст. 7);

4) обеспечение эффективности положений, направленных на возмещение лизингодателю понесенных убытков (ст. 13) <1>.

<1> См.: Good R., Kronke H., McKendrick E. Op. cit. P. 390.

Важное значение в Оттавской конвенции имеет решение вопроса о **последствиях уступки третьим лицам прав, вытекающих из международного лизингового договора** лизингодателя и лизингополучателя. В результате такой уступки стороны договора лизинга могут оказаться на территории одного государства либо в договор может вступить сторона с местонахождением в государстве, не являющемся участником Оттавской конвенции. В этом случае договор лизинга не будет соответствовать положениям ст. 3 Конвенции, определяющей сферу ее действия.

В Конвенции предусматриваются для этой ситуации различные правила в отношении отдельных участников договора лизинга.

Лизингодатель вправе передать все или любые из принадлежащих ему прав на оборудование либо иначе распорядиться всеми или любыми из этих прав. При этом передача лизингодателем прав и обязанностей по договору не освобождает его от выполнения каких-либо из его обязательств по договору лизинга и не изменяет характер этого договора или его правовой режим, установленный Конвенцией.

В свою очередь, лизингополучатель может передать право пользования оборудованием или любые другие свои права по договору лизинга только с согласия лизингодателя и при соблюдении прав третьих лиц (ст. 14).

Материально-правовое регулирование, составляющее основное содержание Оттавской конвенции, восполняется путем обращения к **национальным коллизионным нормам**.

Так, согласно п. 2 ст. 6 Конвенции вопросы, относящиеся к предмету ее регулирования, которые прямо в ней не рассматриваются, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а при отсутствии таких принципов - в соответствии с правом, применимым в силу коллизионных норм.

В Конвенции также содержатся отдельные специальные коллизионные нормы, содержащие формулы прикрепления, с помощью которых определяется законодательство, подлежащее применению к вещным правам на различные виды имущества (морские и воздушные суда, авиационные двигатели, иное оборудование). В частности, вопрос о том, стало или нет оборудование (предмет лизинга) принадлежностью земельного участка или было к нему присоединено и каковы возникающие в связи с этим "обоюдные правовые последствия" для лизингодателя и обладателя вещных прав на данный земельный участок, определяется законом государства местонахождения этого земельного участка (ст. 4).

В зависимости от вида оборудования решается вопрос о выборе норм права для признания

вещных прав за лизингодателем, конкурсным управляющим ("доверительным собственником") либо кредиторами в случае банкротства лизингополучателя. Так, в отношении зарегистрированного морского либо воздушного судна в этом случае подлежит применению право государства их регистрации; в отношении другого вида оборудования, которое обычно перемещается из одной страны в другую, включая авиационные двигатели, - право государства, в котором находится основное коммерческое предприятие арендатора; в отношении другого оборудования - право государства местонахождения этого оборудования (ст. 7).

2. Международно-правовое регулирование лизинга нашло отражение в **Конвенции УНИДРУА о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г.** (далее - Кейптаунская конвенция) <1>, в которой данный институт рассматривается с позиций использования его (а также других правовых конструкций - залога и продажи с резервированием права собственности) в качестве обеспечительной сделки.

<1> СЗ РФ. 2011. N 36. Ст. 5124; Бюллетень международных договоров. 2012. N 10. С. 26 - 50. Статус Конвенции см.: www.unidroit.org.

Подписанная в г. Кейптауне 16 ноября 2001 г. и вступившая в силу 1 марта 2006 г., данная Конвенция является одним из немногих международных договоров в области регулирования коммерческого оборота, участниками которого явилось значительное число государств (более 70) с различными правовыми системами и уровнем развития экономики.

В Конвенции участвуют не только отдельные страны континентальной Европы (Норвегия, Нидерланды, Люксембург), но и региональная организация экономической интеграции - Европейское сообщество (на основании ст. 48 Конвенции), страны общего права (Канада, США), страны Азии и Африки. В Конвенции также участвуют страны СНГ - Беларусь, Казахстан, Таджикистан. С 1 сентября 2011 г. ее участницей стала Российская Федерация после присоединения (с соответствующими заявлениями) к Конвенции на основании Федерального закона от 23 декабря 2010 г. N 361-ФЗ.

Одновременно с Конвенцией был принят **Протокол по авиационному оборудованию** (в подготовке которого участвовала также Международная организация гражданской авиации - ИКАО), а впоследствии 23 февраля 2007 г. в г. Люксембурге - **Протокол по железнодорожному подвижному составу** и 9 марта 2012 г. в г. Берлине - **Протокол по космическим средствам** <1>.

<1> Протокол по авиационному оборудованию к Конвенции вступил в силу с 1 марта 2006 г. Его участниками являются государства, которые участвуют в Конвенции, включая Россию. Протокол по железнодорожному подвижному оборудованию и Протокол по космическим средствам не вступили в силу.

При разработке Конвенции использован юридико-технический прием, согласно которому Конвенция и отдельные Протоколы к ней, относящиеся к различным видам подвижного оборудования (планеры воздушных судов, авиационные двигатели и вертолеты, железнодорожный подвижной состав, космические средства), создают единый международный

документ. Как вытекает из ст. 6 Конвенции, "настоящая Конвенция и Протокол рассматриваются и истолковываются совместно в качестве единого документа". Об этом же говорится и в Протоколе по авиационному оборудованию (ст. II Протокола). Вместе с тем при несоответствии между Конвенцией и Протоколом "преимущественную силу имеет Протокол" (п. 2 ст. 6 Конвенции). Поэтому хотя формально Кейптаунская конвенция вступила в силу с 1 апреля 2004 г., однако до вступления в силу Протокола по авиационному оборудованию с 1 марта 2006 г. ее положения фактически не могли применяться.

В Конвенцию включены специальные положения о соотношении содержащихся в ней норм с другими конвенциями. Так, в соответствии со ст. 46 Кейптаунской конвенции и ст. XXV Протокола об авиационном оборудовании установлено, что данная Конвенция "заменяет Конвенцию УНИДРУА о международном финансовом лизинге, подписанную в Оттаве 28 мая 1988 г., в части, касающейся авиационных объектов".

Конвенция подлежит применению, если стороны соглашений о международных гарантиях (лизинга, залога, продажи с резервированием права собственности) находятся в разных государствах.

Сфера применения Конвенции зависит от того, находится ли должник (лизингополучатель, залогодержатель, покупатель при условной продаже) в государстве - участнике Конвенции в момент заключения соглашения, порождающего или предусматривающего международную гарантию (ст. 3).

Для определения местонахождения должника используются известные в международной практике критерии определения правового статуса юридического лица: по месту его учреждения (инкорпорации), по месту нахождения его зарегистрированного в соответствии с национальным законодательством офиса (конторы), по месту нахождения его органа управления (генерального директора, правления), по месту ведения предпринимательской деятельности. Если должник имеет несколько мест деятельности, то предпочтение отдается основному месту его деятельности (ст. 4).

Как следует из Преамбулы Конвенции, ее целью явилось оказание содействия в финансировании приобретения и эффективного использования подвижного оборудования, "имеющего большую ценность или особое экономическое значение", постоянно перемещаемого из одной страны в другую - планеров воздушных судов, авиационных двигателей и вертолетов; железнодорожного подвижного состава; космических средств.

Предлагаемые в ней правовые решения, основанные преимущественно на "наднациональных" материально-правовых нормах, **создают единую систему обеспечительных мер вещно-правового характера ("международных гарантий") и средств защиты** в случае неисполнения должниками обязательств по сделкам, связанным с финансированием приобретения подвижного оборудования - залогом, продажей с резервированием права собственности, лизингом.

Регистрация создаваемых в соответствии с Конвенцией международных гарантий в Международном электронном регистре:

- делает доступной соответствующую информацию в отношении отдельных категорий подвижного оборудования и связанных с объектами прав;

- дает возможность заинтересованным лицам обратиться к установленным в гл. III Конвенции специальным способам защиты их прав в случае нарушения обязательств должником;

- обеспечивает кредитору приоритет его прав на подвижное оборудование, которые продолжают действовать даже в случае банкротства должника.

В литературе при характеристике Конвенции, в частности, отмечалось, что с правовой точки зрения она преследовала цели:

1) ввести понятие "международное имущественное право" ("международная гарантия"), обусловленное регистрацией его в международном реестре и имеющее в силу такой регистрации приоритет над любым последующим зарегистрированным имущественным правом либо незарегистрированным имущественным правом;

2) обеспечить кредитора рядом основных средств правовой защиты при нарушении должником договорных обязательств;

3) установить правила создания и функционирования международного электронного реестра на принципах "предсказуемости и транспарентности";

4) удовлетворить посредством принятия соответствующего протокола к Конвенции специфические потребности определенной отрасли <1>.

<1> См.: Good R., Kronke H., McKendrick E. Op. cit. P. 442. См. также: Кувшинов В.А. Кейптаунская конвенция о международных имущественных правах на подвижное оборудование 2001 г. и Протокол по авиационному оборудованию к этой Конвенции // Государство и право. 2003. N 2. С. 75.

Комментаторами Конвенции обращалось внимание на значительное влияние на нее традиций англо-американской системы права, в частности положений разд. 9 Единообразного торгового кодекса США <1>. В соответствии с используемыми в нем подходами обеспечение предусматривает титульное владение в отношении собственности должника, дающее кредитору право получить удовлетворение из стоимости соответствующего объекта собственности при неисполнении должником своего обязательства <2>.

<1> Подробнее об этом см.: Davies I. The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipment. ICLQ. Vol. 52. January 2003. P. 154.

<2> Об обеспечительных сделках в странах общего права см.: Вишневский А.А. Банковское право Англии. М., 2000. С. 213; Кувшинов В.А. Указ. соч. С. 76.

Следует отметить, что в Конвенции к числу сделок, создающих "международные гарантии", помимо залога (п. "а" ст. 2) отнесены соглашение об условной продаже (п. "b" ст. 2) и соглашение о лизинге (п. "с" ст. 2), т.е. сделки, которые в странах "за пределами США, Канады и Новой

Зеландии" не признаются в качестве "обеспечительных соглашений" и не подлежат регистрации <1>.

<1> Good R., Kronke H., McKendrick E. Op. cit. P. 450.

В связи с присоединением России к Конвенции и Протоколу по авиационному оборудованию в отечественной литературе подчеркивались различия между "истинно арендными" лизинговыми сделками и обеспечительными лизинговыми сделками, т.е. сделками, в которых предмет лизинга выступает обеспечением денежных средств, вложенных лизингодателем в его приобретение <1>.

<1> См.: Юрьев С.С., Евстигнеева И.С. Некоторые аспекты правового регулирования авиационного лизинга в свете Кейптаунской конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г. // Международное публичное и частное право. 2014. N 6.

В силу Конвенции для признания гарантии "международной" создающая ее обеспечительная сделка ("соглашение") должна соответствовать формальным требованиям, установленным ст. 7:

- она должны быть составлена в письменном виде;
- относиться к объекту, которым имеют право распоряжаться, соответственно, залогодатель, потенциальный продавец или лизингодатель;
- позволять идентифицировать объект в соответствии с Протоколом;
- позволять применительно к каждой сделке (соглашению) об обеспечении исполнения обязательств определить наличие обеспеченных обязательств.

Право на применение защитных средств предоставляется на основе регистрации не только "международных гарантий", перечисленных в ст. 2 Конвенции, но и иных "внедоговорных прав и гарантий", определение которых дается в понятийном аппарате и отдельных статьях Конвенции <1>, а также цессии международных гарантий, для которой в Конвенции установлено специальное регулирование (гл. IX "Цессия связанных с объектом прав и международных гарантий; права суброгации").

<1> Подробнее об этом см.: Official commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Protocol thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment, by Professor Roy Goode. Rome: Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 2002.

Предусмотренные Кейптаунской конвенцией способы защиты, доступные кредитору в случае невыполнения должником своих обязательств, различаются в зависимости от того, предоставляются ли они залогодержателю либо потенциальному (условному) продавцу и лизингодателю. Такими способами защиты прав залогодержателя являются:

- принятие во владение предоставленного ему в порядке обеспечения исполнения обязательства объекта или установления контроля над объектом (п. "а" ст. 8);
- продажа и передача в лизинг объекта (п. "б" ст. 8);
- инкассирование либо получение дохода или прибыли, которые образуются от управления таким объектом или его использования (п. "с" ст. 8).

Залогодержатель может в качестве альтернативы просить суд о вынесении решения, санкционирующего или предписывающего совершение любого из указанных действий (п. 2 ст. 8).

Помимо перечисленных ст. 12 Конвенции предоставляет сторонам право использовать любые дополнительные способы защиты прав, допустимые согласно применимому праву, включая "любые способы защиты прав, согласованные сторонами, в той мере, в какой они не вступают в противоречие с императивными положениями соответствующего раздела Конвенции".

Предусмотрено применение временных обеспечительных мер, принимаемых по судебному приказу, среди которых названы:

- сохранение объекта и его стоимости;
- передача объекта во владение, под контроль или на хранение;
- запрещение изменения местонахождения объекта, передача объекта в лизинг или в управление с извлечением дохода (ст. 13).

Согласно Протоколу по авиационному оборудованию возможно также применение специальных обеспечительных мер, таких как исключение воздушного судна из реестра (дерегистрация), вывоз и фактическое перемещение авиационного объекта с территории государства, на которой он находится (п. 1 ст. IX).

Оценивая Кейптаунскую конвенцию, зарубежные комментаторы отмечали, что поскольку в ней определены специальные вещно-правовые обеспечительные меры и средства защиты, принятие установленных в Конвенции правил не должно было привести к изменению национальных норм в области обеспечения сделок, связанных с привлечением финансирования. Значение Кейптаунской конвенции состояло в создании "принципиально новой основы для унификации в международном коммерческом праве путем установления самостоятельного правового режима обеспечительных мер в области международного кредитования" <1>.

<1> Davies I. The New Lex Mercatoria: International Interesns in Mobile Equipment. ICLQ. Vol. 52. January 2003.

3. Международная унификация права в области регулирования лизинга проводилась в рамках Содружества Независимых Государств (СНГ). Ее результатом стало подписание государствами - членами СНГ в г. Москве 25 ноября 1998 г. **Конвенции о межгосударственном лизинге** <1>.

<1> См.: Содружество. Информационный вестник глав государств и Совета глав правительств СНГ. N 3 (30).

Данная Конвенция разработана в развитие Договора о создании Экономического союза от 24 сентября 1993 г., а также исходя из положений рассмотренной выше Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге от 28 мая 1988 г., общепризнанных норм и основ национального законодательства стран-участниц. В ней участвуют: Армения, Белоруссия, Киргизия, Таджикистан.

Конвенция СНГ не затрагивает действия других международных договоров (ст. 17). Аналогичное положение содержится и в Конвенции УНИДРУА о финансовом лизинге (ст. 16). По вопросу о том, какая из этих Конвенций подлежит применению к отношениям лизинга, если совпадают сферы их действия, высказывалось мнение, что приоритет должен принадлежать Оттавской конвенции, поскольку в Преамбуле Конвенции СНГ дается указание, что она исходит из указаний Конвенции УНИДРУА <1>.

<1> См.: Канашевский В.А. Указ. соч. С. 452.

Конвенция применяется в том случае, если лизинг осуществляется лизинговыми компаниями и хозяйствующими субъектами не менее двух ее участников.

Предметом ее регулирования является финансовый лизинг, а также:

- операционный (оперативный), под которым понимается лизинг, осуществляемый в течение срока, меньшего, чем амортизационный период, и предусматривающий возврат имущества лизингодателю с последующей сдачей в лизинг;

- возвратный (если его осуществление предусмотрено национальным законодательством), при котором поставщик продает имущество лизинговой компании, а та, в свою очередь, сдает его в лизинг бывшему поставщику имущества;

- компенсационный (если его осуществление предусмотрено национальным законодательством), по условиям которого в качестве лизинговых платежей допустимо поставлять лизингодателю товар, произведенный с использованием переданного в лизинг оборудования;

- бартерный (если его осуществление предусмотрено национальным законодательством), по условиям которого лизингополучатель вносит лизинговые платежи путем поставок лизингодателю любого имеющегося у него в наличии товара, при согласии лизингодателя принять этот товар, и др.

В связи с осуществлением перечисленных видов лизинга в Конвенции предусматривается распределение прав и обязанностей между его участниками (лизингодателем, лизингополучателем, поставщиком оборудования), которыми могут быть:

- любые субъекты хозяйственной деятельности стран СНГ, участвующих в Конвенции;

- иностранные юридические лица, осуществляющие лизинговую деятельность через свои структурные подразделения на территории указанных стран;

- предприятия с иностранными инвестициями и предприниматели без образования юридического лица.

При этом необходимым условием осуществления лизинга является получение лизингодателем лицензии в соответствии с национальным законодательством соответствующего государства, участвующего в Конвенции.

Лизинг рассматривается в Конвенции о межгосударственном лизинге 1998 г. как договорная форма осуществления прямых инвестиций в экономику участвующих в ней стран. Этим обусловлено включение в нее условий, предоставляющих участникам межгосударственной лизинговой деятельности гарантии от изменений национального законодательства и гарантии имущественной неприкосновенности.

Имущество, предоставляемое в лизинг, не подлежит национализации и не может быть подвергнуто реквизиции, кроме случаев, предусмотренных национальным законодательством стран-участниц. Участникам межгосударственного лизинга на территории стран - участниц Конвенции гарантируется перевод прибылей и других сумм за границу.

Вопросы, которые прямо не разрешены в Конвенции, подлежат разрешению в соответствии с нормами материального права, определяемыми с учетом содержащихся в Конвенции **коллизийных норм**.

Так, форма договора лизинга, права и обязанности его сторон определяются национальным законодательством государства, в котором заключается этот договор (подп. "а" п. 6.2 ст. 6).

Для решения других вопросов, вытекающих из договора лизинга, установлена общая коллизийная норма, согласно которой при отсутствии соглашения между сторонами относительно права, подлежащего применению к договору лизинга, применяется право государства, где "учреждена, имеет свое местонахождение или основное место деятельности сторона, являющаяся лизингодателем в договоре лизинга" (подп. "б" п. 6.2 ст. 6).

4. На развитие правового регулирования договора финансового лизинга в различных странах повлияли международно-правовые акты, основанные на **неконвенционной унификации**.

Среди них следует указать на **Модельный закон УНИДРУА 2008 г. о финансовом лизинге** ^{<1>}. В процессе его разработки учитывался опыт унификации, ранее достигнутой в рамках деятельности УНИДРУА, а также правила национальных правовых систем. К примеру, в преамбуле Модельного закона УНИДРУА 2008 г. указано, что "важной отправной точкой для разработки универсального модельного закона, регулирующего подобные сделки", признается "правовой режим, закрепленный Конвенцией УНИДРУА о международном финансовом лизинге".

^{<1>} Принят 13 ноября 2008 г. на Совместной сессии Генеральной Ассамблеи УНИДРУА и Комитета правительственных экспертов УНИДРУА по окончательной доработке и принятию

проекта модельного закона о лизинге, проведенной в Риме с 10 по 13 ноября 2008 г. См.: <http://www.unidroit.org>.

Отмечается также "важная роль **Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА**, являющихся для законодателей стандартом в общем контексте договорного права по сравнению с отдельной областью данной отрасли, посвященной вопросам лизинга". Следует отметить, что в 2016 г. в Принципы УНИДРУА были внесены изменения относительно регулирования долгосрочных контрактов, характеризующихся длительным сроком действия, постоянными отношениями сторон и комплексным характером обязательств (ст. 1.11). Как следует из официального комментария к данной статье Принципов, примером таких долгосрочных контрактов служат, в частности, лизинговые сделки (например, лизинг оборудования).

На специальное регулирование лизинга в странах СНГ в значительной степени повлиял принятый этими странами **Модельный закон о лизинге** 2005 г. <1>, в котором лизинг рассматривается главным образом как разновидность инвестиционной деятельности.

<2> Принят на двадцать пятом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ Постановлением от 14 апреля 2005 г. N 25-6.

Целями данного Модельного закона являются "развитие форм инвестиций на основе лизинга, защита прав собственности, прав участников инвестиционного процесса, обеспечение эффективности инвестирования".

Лизинговая деятельность в указанном Модельном законе определена как вид предпринимательской деятельности, связанной с вложением собственных и (или) привлеченных средств лизингодателя (инвестиций) для приобретения имущества и передачи его в лизинг. В соответствии с данным понятием лизинга определены правовые и организационные особенности лизинга.

§ 3. Договор международного финансового лизинга в российском законодательстве

Правовое регулирование международного финансового лизинга в российском законодательстве основывается на соответствующих положениях Гражданского кодекса РФ.

Наряду с ГК РФ следует учитывать специальные положения Федерального закона "О финансовой аренде (лизинге)", где финансовый лизинг рассматривается как вид инвестиционной деятельности.

Согласно ГК РФ финансовая аренда (лизинг) представляет собой разновидность договора аренды (§ 6 гл. 34). Соответственно, при решении вопроса о праве, подлежащем применению к отношениям сторон по договору международного финансового лизинга, подлежат применению те же коллизионные нормы, которые применяются к договору аренды. Статья 1211 ГК РФ отсылает при отсутствии между сторонами договора аренды соглашения о подлежащем применению праве к праву страны арендодателя.

Принимая во внимание, что Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г. (участницей которой является Россия) исходит из единой конструкции трехсторонних отношений лизинга, характеризующихся взаимообусловленностью обязательств (содержащихся в договорах лизинга и поставки), оформляющих данные правоотношения, в отличие от традиционного института аренды, возникает вопрос **о сфере применения коллизионной нормы**: будет ли применяемое на основании коллизионных норм право распространяться на всю сделку международного лизинга, включая отношения, связанные с поставкой лизингового оборудования, или лишь непосредственно на договор лизинга.

В отечественной литературе высказывалось мнение, что ответ зависит от той позиции, которую занимает правоприменитель относительно квалификации договора лизинга. Если следовать позиции, согласно которой лизинг представляет собой трехстороннюю сделку, то применимое право распространяется и на договор поставки. Если же признать, что договор поставки и собственно договор лизинга являются самостоятельными сделками, то и применимое право должно определяться для договора поставки отдельно, на основании привязки к праву страны продавца <1>.

<1> См.: Канашевский В.А. Указ. соч. С. 453.

Контрольные вопросы

1. Что понимается под международным финансовым лизингом?
2. Как регулируется финансовый лизинг в Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге?
3. Каковы особенности регулирования международного лизинга в Конвенции УНИДРУА о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г.?
4. Как регулируется международный финансовый лизинг в законодательстве России?

Рекомендуемая литература

1. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. Гл. 3. М., 2004.
2. Витрянский В.В. Договор аренды и его виды. Гл. 7. М., 1999.
3. Гражданское и торговое право зарубежных государств: В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Том 2. Гл. XVII (автор главы - Е.В. Кабатова). М., 2008.
4. Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. Гл. IX. М., 2016.
5. Кувшинов В.А. Кейптаунская конвенция о международных имущественных правах на подвижное оборудование 2001 г. и Протокол по авиационному оборудованию к этой Конвенции // Государство и право. 2003. N 2.

6. Мажорина М.В. Выбор применимого права к трансграничным смешанным и непоименованным договорам // Журнал российского права. 2012. N 10.

7. Москвина А.В. Особенности квалификации лизинга // Актуальные проблемы российского права. 2013. N 7.

8. Отдельные виды обязательств в международном частном праве: Монография. 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Н.Г. Доронина, И.О. Хлестова. Гл. 3 (автор главы - Т.П. Лазарева). М., 2014.

9. Савранский М.Ю. Значение конвенции о международном финансовом лизинге и проблемы ее применения в России // Международное частное право: современная практика: Сборник статей / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. М., 2000.

10. Теплов Н.В. Лизинг сквозь призму статьи 670 ГК РФ // Закон. 2012. N 7.

11. Юрьев С.С., Евстигнеева И.С. Некоторые аспекты правового регулирования авиационного лизинга в свете Кейптаунской конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г. // Международное публичное и частное право. 2014. N 6.

12. Юсева Ю.В. Понятие финансовой аренды и ее регулирование в международном частном праве // Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 5. М., 2002.

Глава 13. ДОГОВОР МЕЖДУНАРОДНОГО ФАКТОРИНГА

§ 1. Понятие договора международного факторинга

Одной из наиболее развитых форм внешнеэкономической деятельности, отражающих современные тенденции развития экономики, является договор международного факторинга. Впервые появившийся в США в конце XIX в., факторинг в дальнейшем получил развитие в странах Западной Европы, а также в международном торговом обороте.

Как и финансовый лизинг, факторинг направлен на привлечение дополнительных источников финансирования в производственную и торговую сферу, являясь своего рода разновидностью коммерческого кредитования, т.е. кредитования, при котором денежные средства предоставляются не по самостоятельному заемному обязательству, а во исполнение сделок по реализации товаров, выполнению работ или оказанию услуг.

Однако в отличие от финансового лизинга, имеющего целью прежде всего приобретение в аренду имущества (в отсутствие собственных денежных средств) за счет лизингодателя, **факторинг представляет собой вид предпринимательской деятельности, связанной с оказанием финансовых услуг коммерческим предприятиям, занимающимся продажей товаров, работ либо услуг.**

Факторинг используется преимущественно в сфере купли-продажи товаров. При этом **продавец товара, не дожидаясь исполнения покупателем обязательства уплатить цену за товар, уступает за вознаграждение право денежного требования банку или иной коммерческой организации (фактору), которому по просьбе продавца покупную цену платит покупатель.**

Оплачивая продавцу стоимость товара, фактор тем самым предоставляет ему кредит под уступку соответствующих денежных требований к покупателю.

В качестве иллюстрации можно привести следующий пример из практики. В соответствии с договором международного факторинга, заключенным между коммерческими предприятиями из ОАЭ (фактор) и из Сингапура (клиент), клиент (продавец по договорам международной купли-продажи товаров) передал фактору, а фактор приобрел право требования к покупателям сумм платежей по договорам купли-продажи товаров через сайт в сети Интернет. Клиент (продавец) по окончании каждого отчетного периода должен был представлять данные о заключенных договорах купли-продажи товаров, а фактор в соответствии с этими данными осуществлять финансирование (оплачивать требования) клиенту с последующим взысканием соответствующих сумм с покупателей товаров.

Наряду с оказанием услуг по получению покупной цены (и соответственно кредитованию продавца) фактор оказывает продавцу **и другие финансовые услуги**, связанные с погашением покупателем долга, в частности по ведению бухгалтерского учета, выставлению счетов по денежным поступлениям, изучению финансового состояния должников, страхованию рисков неплатежей. Это позволяет охарактеризовать факторинг как "важный инструмент современного менеджмента, особенно в отношении финансирования и руководства предприятием, а также управления рисками" <1>.

<1> Гражданский кодекс Российской Федерации, часть вторая. Текст, комментарии. Алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова (автор гл. 43 - А.С. Комаров). М., 1996. С. 437.

Несмотря на широкое использование договора факторинга в предпринимательской деятельности, его гражданско-правовое регулирование во многих промышленно развитых странах основывается не на специальных, а на общих нормах обязательственного права, относящихся к уступке права требования (цессии), с которой факторинг имеет много общего.

Вместе с тем **договор факторинга является самостоятельным видом договора**. Он отличается от обычной цессии не только по своему содержанию, поскольку предусматривает помимо самой уступки денежного требования также оказание иных финансовых услуг, но и по целям использования. Если обычная уступка денежного требования (цессия) по сделке, как правило, представляет собой "способ осуществления платежа" за товары (работы, услуги), то факторинг - это вид предпринимательской деятельности, целью которой является финансирование коммерческих сделок <1>.

<1> См.: Гасников К.Д. Договор финансирования под уступку денежного требования (факторинг) по праву России и Англии. М., 2005.

§ 2. Международно-правовое регулирование факторинга

1. Отсутствие специальных норм о факторинге в национальном законодательстве многих

стран и различия в практике применения факторинговых операций вызвали необходимость международно-правового регулирования факторинга. Одним из международно-правовых актов, регулирующих международный факторинг, явилась **Конвенция УНИДРУА по международным факторинговым операциям, подписанная в г. Оттаве 28 мая 1988 г.** Конвенция вступила в силу с 1 мая 1995 г. первоначально для трех стран: Франции, Италии и Нигерии. В дальнейшем к ней присоединились другие государства (Бельгия, Венгрия, Германия, Италия, Латвия, Украина). Россия является участницей данной Конвенции после ее ратификации на основании Федерального закона от 5 мая 2014 г. N 86-ФЗ "О присоединении Российской Федерации к Конвенции УНИДРУА по международным факторинговым операциям".

Данная Конвенция была принята одновременно с Конвенцией УНИДРУА о международном финансовом лизинге ^{<1>}. В обеих Конвенциях при решении общих вопросов были использованы одинаковые подходы. В частности, это относится к сфере применения рассматриваемой Конвенции, которая определяется исходя из двух критериев:

<1> Об этой Конвенции см. [гл. 12](#) учебника.

1) Конвенция применяется в тех случаях, когда коммерческие предприятия продавца и его должника (покупателя) находятся в разных государствах, участвующих в Конвенции;

2) ее участником должно быть и государство коммерческого предприятия фактора.

Конвенции распространяется и на случаи, когда договор купли-продажи, заключенный между продавцом и покупателем (должником), равно как договор факторинга, подчинен праву страны, участвующей в Конвенции.

Однако даже при наличии этих условий применение Конвенции может быть исключено участниками факторинга - как сторонами договора факторинга (если это оговорено ими в договоре факторинга), так и сторонами договора международной купли-продажи товаров, если это оговорено между ними в договоре в отношении денежных требований, возникших после письменного уведомления фактора о таком исключении (ст. 3).

Вопросы, относящиеся к предмету регулирования Конвенции, которые прямо в ней не рассматриваются, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а при отсутствии таких принципов - в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права (коллизионных норм) (п. 2 ст. 4) и т.д.

В Конвенции дается **определение договора факторинга**, под которым понимается договор, заключенный между одной стороной (продавцом) и другой стороной (фактором), в соответствии с которым продавец передает (уступает) фактору требования, вытекающие из договоров международной купли-продажи товаров, заключенных между продавцом и его должниками (покупателями).

Положения Конвенции, применяемые к товарам и их продаже, распространяются также на услуги и их предоставление.

Предметом уступки являются требования, вытекающие из договоров международной купли-продажи товаров, заключаемых в сфере предпринимательской деятельности. В частности, **не могут быть предметом уступки денежные требования, вытекающие из сделок по приобретению товаров для личных, семейных или домашних нужд** (п. 2 ст. 1).

Помимо финансирования, Конвенция предусматривает осуществление иных услуг. Так, **договор факторинга должен включать, по крайней мере, две из следующих операций:**

- 1) финансирование продавца, включая предоставление ему авансов и кредитов;
- 2) ведение учета (бухгалтерских книг) по причитающимся суммам;
- 3) предъявление к оплате денежных требований;
- 4) защиту интересов продавца в связи с неплатежеспособностью его должников (подп. "б" п. 2 ст. 1).

Конвенция регулирует так называемый "раскрытый" факторинг, при котором должник (покупатель) в обязательном порядке уведомляется в письменной форме об уступке права требования. "Письменное уведомление" включает телеграммы, телекс и любые другие виды сообщений, которые можно воспроизвести в форме документа, и считается представленным, если оно получено адресатом.

В международной практике используется также "нераскрытый" факторинг, при котором договоренность об уступке не раскрывается должнику (покупателю). При этом продавец получает от него покупную цену за товар как доверительный собственник фактора. Полученные суммы зачисляются продавцом на отдельный счет, указанный данным фактором <1>.

<1> См.: Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли / Пер. с англ. М., 1993. С. 234.

Конвенция рассчитана на регулирование "международной дебиторской задолженности", т.е. на отношения, когда продавец и должник (покупатель) находятся в разных государствах, и не затрагивает "международную уступку дебиторской задолженности", при которой продавец и фактор находятся в разных государствах.

Этим обусловлено содержание гл. II Конвенции, посвященной регулированию прав и обязанностей должника (покупателя) перед другими участниками факторинговых отношений - фактором и продавцом (ст. ст. 5 - 10).

Подчеркивая комплексный характер отношений факторинга, участниками которых являются продавец, фактор и покупатель товара (должник), Конвенция вместе с тем устанавливает правило о приоритете отношений, вытекающих из договора факторинга, над отношениями, вытекающими из договора купли-продажи, из которого вытекает денежное требование. Из Конвенции следует, что уступка продавцом денежного требования фактору будет признаваться действительной, даже если между продавцом и должником (покупателем) существует соглашение о ее запрете (п. 1 ст.

6). Ограничение этого права возможно лишь в случае заявления присоединяющегося к Конвенции государства о том, что уступка не имеет силы в отношении должника, который при заключении контракта имел свое предприятие на территории этого государства (п. 2 ст. 6).

Договор факторинга может включать уступку не только денежного требования, но и иных прав продавца в силу договора купли-продажи, включая право на владение товаром либо любые обеспечительные права, вытекающие из этого договора (ст. 7).

Должник обязан выплатить фактору причитающуюся денежную сумму при условии письменного уведомления об уступке, а также при условии отсутствия у него каких-либо сведений о преимущественном праве какого-либо третьего лица на ее получение (ст. 8). При этом письменное уведомление об уступке, направляемое должнику продавцом либо самим фактором, должно содержать достаточно определенные сведения о требованиях, переданных фактору, равно как и о самом факторе, и имеет силу только в отношении обязательств, вытекающих из договоров, заключенных в момент или после направления должнику уведомления.

По общему правилу при предъявлении фактором должнику требований о платеже этот должник вправе использовать в отношении фактора средства защиты, которыми он мог бы воспользоваться в случае, если бы такое требование предъявил продавец (в частности, он имеет право на зачет в отношении требований к продавцу, в чью пользу возникла дебиторская задолженность) (ст. 9).

Вместе с тем если платеж уже совершен должником, но он не получил товары либо получил товары, не соответствующие договору, он вправе требовать возврата сумм, уплаченных им фактору при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств продавцом. В этом случае он может предъявить требование непосредственно к продавцу, не обращаясь за взысканием к фактору. Право обратиться непосредственно к фактору предоставлено должнику лишь в случаях неосновательного обогащения или недобросовестного поведения фактора:

- если он произвел платеж фактору, но фактор не оплатил стоимость товара продавцу;
- если фактор осуществил платеж продавцу, заведомо зная о том, что продавец не исполнил своих обязательств перед должником (ст. 10) и т.д.

Указанное правило было принято во внимание при рассмотрении спора в МКАС при ТПП РФ. Как следовало из обстоятельств дела, фактор выполнил свои обязательства по предоставлению клиенту (продавцу) финансирования в связи с поставкой товара в адрес покупателя. Впоследствии выяснилось, что покупатель (истец) уплатил денежные средства на счет фактора за ошибочно поставленный товар, который по согласованию сторон договора купли-продажи был возвращен продавцу. Покупатель (истец) предъявил иск продавцу (ответчику) о взыскании суммы неосновательного обогащения. Суд счел возможным удовлетворить требования истца, принимая во внимание отсутствие в материалах дела каких-либо данных, свидетельствующих, что при предоставлении финансирования фактор знал об ошибочной отгрузке товара и его возврате продавцу и что товар не подлежал оплате <1>.

<1> См.: решение МКАС при ТПП РФ от 2 сентября 2013 г. по делу N 225/2012 // СПС

"КонсультантПлюс".

В связи с исполнением договора факторинга возникает вопрос, вправе ли фактор предъявить требования к продавцу, если должник (покупатель) не уплатит цену за товар, а по условиям договора между ними достигнуто соглашение о финансировании на безвозвратной основе (т.е. на условиях, исключающих обратное требование фактора к продавцу при неоплате уступленного обязательства должником). В подобных ситуациях фактор, которому уступается право требовать покупную цену, несет "кредитные риски" и не имеет права на возмещение продавцом убытков, вызванных невыполнением покупателем своего обязательства.

Хотя многие вопросы отношений по факторингу в Конвенции остались неохваченными, в литературе она характеризуется как "опережающая" свое время. Так, отмечалось, что в ней "удалось не только осуществить по отдельным вопросам унифицированное регулирование, учитывающее опыт и практику различных национальных систем права и соответствующее требованиям современного международного оборота, но и предложить решение некоторых вопросов, не урегулированных до сих пор на уровне отдельных национальных правовых систем" <1>.

<1> Гражданский кодекс Российской Федерации, часть вторая. Текст. Комментарий: алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова (автор гл. 43 - А.С. Комаров). С. 442.

Следует отметить, что отдельные положения рассматриваемой Конвенции, снимающие "барьеры" для осуществления передачи прав требования, получили дальнейшее развитие в Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности 2001 г. и Конвенции УНИДРУА о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г. (Кейптаунской конвенции), а также в более "динамичных" международно-правовых актах, отражающих потребности современного делового оборота, в частности в Принципах международных коммерческих договоров 2016 г. (гл. 9 "Уступка прав, перевод обязательств, передача договоров").

К таким положениям Конвенции, в частности, можно отнести статьи, предусматривающие уступку требования независимо от соглашения о ее запрете между поставщиком и должником (цедентом), об объеме уступаемых требований, включающих обеспечительные меры и будущие требования, о последующих уступках.

Так, согласно Конвенции положение договора о факторинге, предусматривающее передачу существующих или будущих денежных требований, не может быть признано недействительным в силу того, что они не были указаны конкретно, если во время заключения контракта или во время его вступления в силу они могли быть определены в контракте (ст. 5).

В рассматриваемом аспекте важное значение имеют также положения гл. III Конвенции, предусматривающие возможность последующих уступок денежного требования (при условии уведомления фактора, а также если такая уступка не запрещена договором факторинга) с распространением на них тех положений Конвенции, которые относятся к первоначальной уступке (ст. ст. 5 - 10) и т.д.

2. Унификация права, относящегося к уступке требований по платежным обязательствам, проводилась Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Результатом явилась **Конвенция об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, принятая 12 декабря 2001 г. в г. Нью-Йорке Резолюцией 56/81 на 85-м пленарном заседании 56-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН** (далее - Конвенция ООН 2001 г.). Конвенция не вступила в силу. Она была открыта для подписания до 31 декабря 2003 г. и вступает в силу в первый день месяца по истечении шести месяцев после даты сдачи на хранение депозитарию пятой ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении <1>.

<1> Подписали Конвенцию Люксембург, Мадагаскар, США, ратифицировало одно государство - Либерия. Текст Конвенции и ее статус см.: <http://www.uncitral.org>.

По отношению к Оттавской конвенции о международном факторинге 1988 г. указанная Конвенция в случае вступления в силу будет иметь приоритетное значение в отличие от любого другого международного соглашения, в сферу действия которого входят предусмотренные ею сделки (здесь Конвенция "не имеет преимущественной силы") (ст. 38).

В то же время в ней содержится ряд общих положений, аналогичных тем, которые содержатся в Оттавской конвенции. Так, Конвенция ООН 2001 г. носит диспозитивный характер. Соответственно, цедент, цессионарий и должник могут по договоренности отходить от ее положений, касающихся их прав и обязательств, или изменять эти положения (исключение составляет ст. 19).

Вопросы, относящиеся к предмету регулирования указанной Конвенции, которые прямо в ней не рассматриваются, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а в отсутствие таких принципов - в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права (п. 2 ст. 7).

Как и в Оттавской конвенции, в данной Конвенции предусматривается, что договор между цедентом и цессионарием имеет приоритетное значение по отношению к основной сделке. Соответственно, дебиторская задолженность передается цессионарию независимо от какого-либо соглашения между цедентом и должником, ограничивающего право цедента уступать свою дебиторскую задолженность (п. 1 ст. 9) и т.д.

Вместе с тем сфера действия, предмет регулирования, а также подходы к решению отдельных вопросов, предложенные в Конвенции ООН 2001 г., отличаются от содержащихся в Оттавской конвенции <1>. Так, в правовой литературе Конвенция ООН 2001 г. характеризуется как первое универсальное международное соглашение, полностью посвященное институту цессии и направленное в равной степени на регулирование всех известных видов уступок, включая:

<1> Подробнее см.: Международное и зарубежное финансовое регулирование: институты, сделки, инфраструктура: Монография (ч. 2) / Под ред. А.В. Шамраева. М., 2014; СПС "КонсультантПлюс".

- традиционный институт цессии;
- факторинг; форфейтинг; учет счетов-фактур;
- секьюритизацию договорной дебиторской задолженности;
- кредитование под обеспечение активами;
- проектное финансирование под будущие доходы проекта, а также иных форм, которые, "возможно, появятся в будущем на их основе".

Уступка также может представлять собой суброгацию или сделку залогового вида <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Пояснительная записка секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле. URL: <http://www.uncitral.org>.

Учитывая современные тенденции применения в международной торговой практике цессии как обеспечительной меры, Конвенция предусматривает использование цессии в качестве "обеспечения долга или иного обязательства". В литературе, например, отмечалось, что достигнутая в Конвенции унификация правового регулирования института цессии была обусловлена не только увеличением оборота обязательственных требований в международной торговле, но и тенденцией использования цессии в международной торговой практике в качестве способа обеспечения обязательств, что, в свою очередь, "приводит к расширению возможностей для удешевления международных кредитов" <1>.

<1> Патрикеев Е.А. Международно-правовое регулирование уступки права требования // Правоведение. 2006. N 2. С. 148. См. также: Белоглазев А.И. Европейское международное частное право - договорные связи и обязательства: В 2 т. Т. 2. Киев, 2010. С. 375.

Конвенция различает уступку "международной дебиторской задолженности" (когда cedent и должник находятся в разных государствах) и "международную уступку дебиторской задолженности" (когда cedent и цессионарий находятся в разных государствах) (ст. 3).

Международный характер уступки или дебиторской задолженности определяется на основании места нахождения cedent и цессионария или должника в момент заключения договора уступки.

Конвенция применяется к "международной дебиторской задолженности" и к "международной уступке дебиторской задолженности", если cedent находится в государстве, являющемся участником Конвенции (подп. "а" п. 1 ст. 1). Она также может применяться к последующим уступкам, в том числе в тех случаях, когда они становятся внутренними и cedent не находится в государстве, участвующем в Конвенции, при условии, что одна из предшествующих

уступок регулируется Конвенцией (подп. "b" п. 1 ст. 1).

По отношению к должнику она применяется лишь в том случае, если должник находится в государстве, являющемся стороной Конвенции, либо если право, регулирующее уступленную дебиторскую задолженность, является законом государства - участника Конвенции (п. 3 ст. 1).

В отличие от Оттавской конвенции, требующей при осуществлении факторинга уведомления должника ("раскрытая" уступка), Конвенция ООН 2001 г. распространяет свое действие также на "нераскрытую" уступку, при которой уведомление должника не требуется. В этой связи значительное внимание уделено вопросам уведомления должника и защите его прав при раскрытой уступке. Так, уведомление должно представляться в письменной форме на языке, который "разумно" позволяет должнику ознакомиться с его содержанием, и в нем должны "разумно идентифицироваться" уступленная дебиторская задолженность и ее цессионарий. Должник освобождается от обязанностей перед цессионарием, если он не получил уведомления об уступке и произвел платеж в соответствии с первоначальным договором.

Одним из ключевых положений, направленных на защиту должника, является правило, позволяющее должнику требовать представления надлежащих доказательств уступки в отсутствие очевидного согласия cedent, в частности, когда цессионарий направляет уведомление, минуя cedent. "Надлежащие доказательства" включают любой документ в письменной форме, подписанный cedentом и указывающий, что уступка была совершена, например договор об уступке или документ, уполномочивающий цессионария направить уведомление. Если цессионарий не представляет таких доказательств, должник вправе произвести платеж cedенту.

Действие Конвенции ООН 2001 г. распространяется на уступку требований, в основании которой лежат различные виды договоров. В предмет уступки входит дебиторская задолженность:

- 1) возникающая из первоначального договора, являющегося договором о поставке либо аренде товаров или об услугах (помимо финансовых услуг), договором о строительстве или договором о продаже или аренде недвижимости;
- 2) возникающая из первоначального договора о продаже, аренде или передаче по лицензии промышленной или иной интеллектуальной собственности или информации, защищенной правами собственности;
- 3) представляющей собой обязательство произвести платеж за операцию по кредитной карте или
- 4) причитающейся cedенту после чистого расчета по платежам, причитающимся в соответствии с соглашением о взаимозачетах, в котором участвует более двух сторон (п. 3 ст. 9).

Вместе с тем Конвенцией не охватывается уступка, влекущая право на платеж, возникающее из иных, чем договор, оснований - "внедоговорных" либо законных оснований, таких как требования из деликта или требования о возмещении налоговых платежей.

Ограничения установлены и для уступки требований, возникающих из договоров и иных сделок в сфере финансовых услуг (сделки "неторгового характера"), перечень которых приводится в ст. 4 Конвенции. В их число входят сделки на регулируемом фондовом рынке, сделки с

иностранной валютой, сделки на срок, сделки спот и своп, фьючерсные сделки, опционные сделки, уступки, возникающие из ценных бумаг, аккредитивов, независимых гарантий, банковских депозитов, производных документов и др.

Одним из наиболее важных является положение Конвенции ООН 2001 г., признающее в качестве предмета уступки не только дебиторскую задолженность, "существующую" на момент заключения договора и передаваемую полностью или частично одним лицом (цедентом) другому лицу (цессионарию), но и будущую ("условную") и так называемую оптовую уступку (конкретно не определенную, при которой цессионарию передаются все права требования цедента), известную, в частности, англо-американской правовой системе (**bulk**). Для применения этих видов уступки достаточно, чтобы дебиторская задолженность была определена:

- 1) индивидуально в качестве дебиторской задолженности, с которой связана уступка; или
- 2) любым другим способом при условии, что она может быть идентифицирована в качестве дебиторской задолженности, с которой связана уступка, в момент уступки или - в случае уступки будущей дебиторской задолженности - в момент заключения первоначального договора (п. 1 ст. 8).

"Уступка одной или более статей" будущей дебиторской задолженности имеет силу без необходимости совершения дополнительного акта передачи для уступки каждой дебиторской задолженности (п. 2 ст. 8).

Не требуется "новых передаточных актов" и для уступки входящих в объем уступаемых требований акцессорных прав, обеспечивающих платежи по первоначальному договору (п. 1 ст. 10), и т.д.

Особый интерес представляет решение вопросов, связанных с определением **приоритета получения дебиторской задолженности** (включая случаи банкротства должника), "когда права на нее одновременно имеют несколько цессионариев".

Договаривающимся государствам предлагаются на выбор типовые положения о приоритете, содержащиеся в приложении к Конвенции ООН 2001 г. и предусматривающие три различных варианта его определения. Один из них основывается на очередности регистрации уступки, что предполагает создание особой "конвенционной" системы регистрации. В соответствии с ней регистрация сделок, связанных с уступкой дебиторской задолженности, осуществляется путем занесения в базу данных определенной информации об уступке (в частности, данных о цеденте и цессионарии и краткой общей характеристики соответствующей дебиторской задолженности, которая может существовать или может возникнуть в будущем). Если же ни один из цессионариев не регистрирует сделку, то преимущественные права определяются фактическим моментом уступки.

В качестве вариантов предлагается также установление приоритета:

- по очередности заключения соглашения об уступке;
- либо на основании уведомления должника об уступке.

Поскольку далеко не все вопросы приоритета заявителей требований дебиторской задолженности решены в Конвенции ООН 2001 г. на основе материально-правового регулирования, в ст. 22 Конвенции включена коллизионная норма, согласно которой все коллизии, относящиеся к вопросу о приоритетах, подлежат разрешению **согласно праву места нахождения цедента**.

Самостоятельная группа коллизионных норм, включенных в гл. V Конвенции ООН 2001 г. (ст. ст. 26 - 32), содержит автономные коллизионные привязки, предназначенные для субсидиарного применения (если только решение не может быть принято на основе принципов, лежащих в основе Конвенции), в том числе "независимо от какой-либо территориальной связи с государством-участником" <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Пояснительная записка секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности в международной торговле: <http://www.untitral.org>.

Коллизионные нормы могут применяться независимо от других положений Конвенции - даже в тех случаях, когда цедент или должник "не находятся в государстве - участнике Конвенции" либо когда "правом, регулирующим первоначальный договор, не является право государства - участника Конвенции". При этом необходимо, чтобы уступка носила международный характер и не была бы исключена из сферы действия Конвенции (ст. 26).

Коллизионные нормы Конвенции предусматривают, что взаимные права и обязанности **цедента и цессионария** регулируются в соответствии с принципом автономии воли "**избранным ими правом**" (п. 1 ст. 28). При отсутствии соглашения между ними подлежащее применению право определяется на основании критерия **наиболее тесной связи** с договором (п. 2 ст. 28).

К отношениям **между цессионарием и должником** подлежит применению **право страны, которому подчиняется первоначальный договор**. В соответствии с этим правом определяются допустимость уступки требования, отношения между цессионарием и должником, условия, при которых требование может быть предъявлено к должнику цессионарием, вопрос о надлежащем исполнении обязательства должником (ст. 29).

Воспроизводится также положение ст. 22 Конвенции, согласно которому **приоритет конкурирующих цессионариев** определяется в соответствии с **правом государства, в котором находится цедент** (ст. 30), и т.д.

В отношении автономных коллизионных норм, содержащихся в гл. V Конвенции ООН 2001 г., государствам, "желающим принять Конвенцию", предоставлено право сделать оговорку о том, что они не связаны положениями этой главы (ст. 39). В свою очередь, это делает возможным участие в Конвенции тех государств, национальные коллизионные нормы которых не отвечают автономным коллизионным привязкам. Такая оговорка, в частности, была сделана государством Люксембург, ратифицировавшим Конвенцию 16 сентября 2005 г.

§ 3. Законодательство России о международном факторинге (финансировании под уступку права требования)

В законодательстве Российской Федерации **факторинг** (известный как финансирование под уступку права требования) **выделен в качестве самостоятельного вида договора** в гл. 43 ГК РФ, воспринявшей многие положения Конвенции УНИДРУА по международным факторинговым операциям 1988 г. После присоединения к ней России в 2014 г. данная Конвенция имеет приоритетное значение над национальными нормами на основании ст. 15 Конституции РФ и ст. 7 ГК РФ.

Как ранее отмечалось, вопросы, относящиеся к предмету регулирования указанной Конвенции, которые прямо в ней не рассматриваются, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а при отсутствии таких принципов - в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права (коллизионных норм) (п. 2 ст. 4).

В Гражданском кодексе РФ имеется специальная **коллизионная норма**, регулирующая факторинг (финансирование под уступку права требования). В соответствии с подп. 9 п. 2 ст. 1211 ГК РФ право, подлежащее применению к договору финансирования под уступку права требования, при отсутствии соглашения сторон определяется на основе коллизионной привязки, отсылающей к **праву страны финансового агента (фактора)**.

Контрольные вопросы

1. Что понимается под международным факторингом?
2. Как регулируется международный факторинг в Конвенции УНИДРУА по международным факторинговым операциям 1988 г.?
3. Каковы особенности регулирования факторинга в Конвенции ООН об уступке дебиторской задолженности в международной торговле 2001 г.?
4. Как регулируется договор факторинга (финансирования под уступку права требования) в законодательстве России?

Рекомендуемая литература

1. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. Гл. 3. М., 2004.
2. Гасников К.Д. Договор финансирования под уступку денежного требования (факторинг) по праву России и Англии. М., 2005.
3. Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. Гл. X. М., 2016.
4. Гражданский кодекс Российской Федерации, часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. Гл. 43 (автор главы - А.С. Комаров). М., 1996.
5. Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003.

6. Новоселова Л.А. Финансирование под уступку денежного требования // Вестник ВАС РФ. 2000. N 11; 2001. N 1, 3, 4 - 6, 8, 10, 11; 2002. N 1.

7. Международное и зарубежное финансовое регулирование: институты, сделки, инфраструктура: Монография (часть 2) / Под ред. А.В. Шамраева. М., 2014; СПС "КонсультантПлюс".

8. Отдельные виды обязательств в международном частном праве: Монография. 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Н.Г. Доронина, И.О. Хлестова. Гл. 3 (автор главы - Т.П. Лазарева). М., 2014.

9. Патрикеев Е.А. Международно-правовое регулирование уступки права требования // Правоведение. 2006. N 2.

10. Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993.

Глава 14. ДОГОВОР МЕЖДУНАРОДНОЙ ПЕРЕВОЗКИ

§ 1. Международные железнодорожные перевозки

1. Международные перевозки железнодорожным транспортом характеризуются рядом особенностей, которые влияют на их правовое регулирование. Специфика международного железнодорожного сообщения состоит в том, что такие перевозки осуществляются по железным дорогам разных государств. В этой связи возникает необходимость регламентации процесса передачи грузов иностранным железным дорогам на пограничных станциях, установления правового режима временного пользования вагонами и железной дорогой другого государства, а также решение ряда транспортно-технических вопросов, связанных, например, с разными параметрами железнодорожной колеи <1>.

<1> Речь идет о перегрузке грузов (пересадке пассажиров) или перестановке колесных пар вагонов при несовпадении ширины колеи железных дорог: ширина колеи железных дорог стран бывшего СССР, а также Монголии и Финляндии составляет 1 520 мм, а большинства других стран Европы и Азии - 1 435 мм. См.: Холопов К.В. Международное частное транспортное право. Анализ норм международного и российского транспортного права: Учебное пособие. М.: Статут, 2010. С. 281.

2. Начало унификации правового регулирования международных железнодорожных перевозок было положено в 1890 г., когда в Берне 9 европейскими странами, в том числе Россией, была заключена Конвенция о железнодорожных перевозках грузов (МГК). В 1923 г. была принята Бернская конвенция о железнодорожных перевозках пассажиров и багажа (МПК). В 1966 г. в дополнение к ней было подписано Соглашение об ответственности железных дорог за жизнь и здоровье пассажиров. Указанные Конвенции неоднократно подвергались изменениям, а их текст совершенствовался. В результате 9 мая 1980 г. на конференции по пересмотру Бернских конвенций их текст был объединен в новом соглашении - **Конвенции о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ)** <1>. Государства - участники КОТИФ образуют созданную в 1985 г. Межправительственную организацию по международным железнодорожным

перевозкам (ОТИФ/ОТИФ) со штаб-квартирой в г. Берн. Целью деятельности организации является обеспечение комплексного развития, усовершенствование и упрощение порядка осуществления международного железнодорожного сообщения. В настоящее время действует Вильнюсский протокол 1999 г. к КОТИФ, участниками которого являются 50 государств Европы, Северной Африки и Азии <2>. СССР, а затем и Россия долгое время не принадлежали к числу участников Конвенции, но ее положения применялись при перевозках российских грузов в страны Европы и обратно <3>. В 2009 г. Россия наконец присоединилась к КОТИФ <4>, однако лишь частично, сделав оговорки и заявление о своем праве применять положения Конвенции только в отношении перевозок грузов и на определенных участках железнодорожной инфраструктуры <5>.

<1> От франц. COTIF (Convention relative aux transports internationaux ferroviaires).

<2> По данным официального сайта ОТИФ:
http://otif.org/fileadmin/new/3-Reference-Text/3A-COTIF99/Prot-1999-ratifications_28_07_2017.pdf.

<3> См.: Садиков О.Н. 100-летие Бернских конвенций о железнодорожных перевозках // Российский ежегодник международного права. 1993 - 1994. СПб., 1995. С. 283.

<4> См.: Федеральный закон от 17 июля 2009 г. N 152-ФЗ "О присоединении Российской Федерации к Конвенции о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ) от 9 мая 1980 года в редакции Протокола об изменениях от 3 июня 1999 года".

<5> От причала паромного комплекса Балтийск до припортовой железнодорожной станции Балтийск (2,84 км), а также от причала паромного комплекса Усть-Луга до припортовой железнодорожной станции Лужская (1,745 км). В 2017 г. Федеральным законом от 27 ноября 2017 г. N 330-ФЗ "О заявлении Российской Федерации в связи с Конвенцией о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ)" был добавлен еще один участок: от причала паромного комплекса Кавказ до припортовой железнодорожной станции Кавказ (1,121 км).

Основной текст Конвенции включает в себя общие положения, регулирование деятельности и структуры организации КОТИФ, порядка разрешения споров в ее рамках, а также процедуры изменения Конвенции. Что касается положений, непосредственно связанных с железнодорожной перевозкой, то они содержатся в ряде Единых правил, которые оформлены в виде приложений к Конвенции, обозначенных буквами (А - G). Наиболее важные предписания частногоправового характера содержатся в приложениях А и В, которые именуются Едиными правилами перевозки пассажиров (ЦИВ/CIV) и Едиными правилами перевозки грузов (ЦИМ/CIM).

Единые правила ЦИМ применяются к любому договору железнодорожной перевозки грузов за плату, если место приема груза и пункт назначения груза расположены в двух различных государствах - участниках Конвенции. При этом на применение правил не влияет ни место жительства или место работы заключающих договор сторон, ни их национальность. Также при согласии договаривающихся сторон правила ЦИМ применяются, если пункт отправления и пункт назначения груза находятся в двух различных государствах, по крайней мере одно из которых является участником Конвенции. Правилами предусматривается, что договор перевозки должен быть подтвержден накладной, форма которой устанавливается международными ассоциациями перевозчиков по согласованию с таможенными органами государств - участников Конвенции.

Отсутствие, неправильность или утеря накладной не влияет ни на существование, ни на действительность договора перевозки. Накладная свидетельствует о заключении и условиях договора перевозки и приеме груза перевозчиком, а отправитель отвечает за все причиненные перевозчику расходы и убытки, связанные с неверными, неточными или неполными данными, указанными в накладной.

Особое внимание в правилах ЦИМ уделено ответственности, которую перевозчик несет за ущерб, вызванный полной или частичной утратой груза, его повреждение, а также просрочку в доставке. Установленный период ответственности перевозчика - с момента приема груза к перевозке до момента его выдачи. При этом перевозчик освобождается от ответственности в случае, если утрата, повреждение или просрочка в доставке груза произошли по вине заявителя в связи с его распоряжением, не вызванным виной перевозчика, а также в связи с особыми недостатками груза (внутреннее повреждение, убыль и т.д.) или обстоятельствами, которых перевозчик не смог избежать и последствия которых не мог предотвратить. Бремя доказывания отсутствия вины возлагается на перевозчика.

Также правилами ЦИМ предусматривается освобождение перевозчика от ответственности, если ему удастся доказать, что утрата или повреждение груза произошли в результате наступления обстоятельств, связанных с особыми рисками: например, когда перевозка осуществлялась на открытом подвижном составе, при отсутствии или неудовлетворительном состоянии упаковки груза, ввиду особых естественных свойств некоторых грузов, вследствие которых они подвержены полной или частичной утрате или повреждению (самопроизвольной порче, усушке, утечке и т.д.), и другими обстоятельствами, указанными в Правилах.

Заявитель может считать груз (без предоставления каких-либо доказательств) полностью утраченным, если в течение 30 дней после окончания срока доставки груз не был выдан получателю. При полной или частичной утрате груза перевозчик должен оплатить, за исключением всех остальных убытков, возмещение, рассчитанное на основе биржевого курса, а за неимением такового - на основе рыночной цены, а за неимением и того и другого - на основе стоимости грузов подобного рода в день и в месте приема груза к перевозке. При этом предельный размер материальной ответственности железных дорог ограничен 17 единицами специальных прав заимствования (СПЗ) ^{<1>}, за каждый недостающий килограмм веса брутто. Если будет доказано, что полная или частичная утрата груза произошла ввиду умышленного действия или упущения со стороны перевозчика, указанный предел ответственности не применяется. Отправитель груза по договоренности с перевозчиком может объявить в накладной ценность груза, превышающую установленный Правилами предел. В этом случае объявленная ценность груза его заменяет. Кроме того, по общему правилу перевозчик должен возместить стоимость перевозки груза, оплаченные таможенные сборы и прочие суммы, израсходованные на перевозку утраченного груза.

^{<1>} Специальные права заимствования (СПЗ) - условная денежная единица, введенная Международным валютным фондом (МВФ) в 1969 г. Применяется в качестве единицы расчетов между странами - членами МВФ и некоторыми другими международными организациями. Суммы, исчисляемые посредством единицы СПЗ, переводятся в национальную валюту на основе стоимости этой валюты на дату, определяемую по закону суда, рассматривающего дело. Стоимость национальной валюты в единицах СПЗ государства, которое является членом Международного валютного фонда, исчисляется в соответствии с методом определения

стоимости, применяемым Международным валютным фондом на соответствующую дату для его собственных операций и расчетов. Стоимость в единицах СПЗ национальной валюты государства, которое не является членом Международного валютного фонда, исчисляется способом, установленным этим государством.

При повреждении груза перевозчик несет материальную ответственность и возмещает стоимость груза, которая рассчитывается путем умножения стоимости всего груза на процент, пропорционально соответствующий снижению стоимости груза в результате повреждения. При этом размер возмещения не может превышать сумму возмещения при полной утрате груза.

Правилами ЦИМ предусмотрена ответственность перевозчика и за просрочку в доставке груза, возмещение по которой ограничено четырехкратным размером стоимости перевозки.

Предусмотренный Едиными правилами претензионный порядок предъявления требований не является обязательным. Иски в судебном порядке могут предъявляться в суды государств - членов ЦИМ-КОТИФ, назначенные с общего согласия сторон, или в суд государства-члена, на территории которого:

1) ответчик имеет свое постоянное место жительства или обычное местонахождение, свое основное место расположения или филиал, или учреждение, заключившее договор перевозки;

2) находится место принятия груза к перевозке или его выдачи. Срок исковой давности составляет один год, однако в случае, если утрата или повреждение груза произошли ввиду ряда определенных обстоятельств, например умышленных действий перевозчика, срок исковой давности увеличивается до двух лет.

Едиными правилами перевозки пассажиров ЦИВ/CIV (Приложение А к КОТИФ) регулируются международные перевозки пассажиров и багажа. Правила ЦИВ применяются к любому договору железнодорожной перевозки пассажиров, если место отправления и место назначения расположены в двух различных государствах - членах КОТИФ независимо от места жительства или места работы и национальности заключающих договор сторон.

В соответствии с договором перевозки перевозчик обязуется перевезти пассажира, а также в случае необходимости багаж и автомашины до места назначения и выдать багаж и автомашины в месте назначения. Договор перевозки должен быть подтвержден одним или несколькими проездными документами (билетом пассажира, багажной квитанцией или транспортной накладной), вручаемыми пассажиру, которые до доказательства противоположного имеют силу и свидетельствуют о заключении и содержании договора перевозки. Отсутствие, неправильность или утрата проездного документа не влияют ни на существование, ни на действительность договора, который остается под действием Единых правил ЦИВ. Пассажир должен с момента начала поездки иметь действительный проездной документ и обязан предъявить его при проверке проездных документов. При его отсутствии пассажир должен оплатить стоимость проезда и штраф. Правилами предусмотрено, что пассажиру может быть отказано в перевозке, если он представляет опасность для нормального функционирования транспортного средства или безопасности других пассажиров. Такое лицо не имеет права на возмещение платы за проезд и провоз багажа.

Перевозчик несет ответственность за ущерб, причиненный жизни или здоровью пассажира,

которые произошли во время его пребывания в подвижном составе либо при посадке или высадке. Перевозчик освобождается от ответственности, если докажет, что: указанные события произошли в результате несчастного случая, который не связан с эксплуатацией железной дороги и наступления которого перевозчик не мог избежать или предотвратить; несчастный случай произошел по вине самого пассажира; причиной несчастного случая являются действия третьих лиц, последствий которых перевозчик, несмотря на применение всех мер предосторожности, также не мог избежать или предотвратить. Установленный правилами ЦИВ максимальный предел ответственности железных дорог за ущерб, причиненный жизни и здоровью пассажира, составляет 175 тыс. СПЗ. Перевозчик также несет ответственность за ущерб в случае несоблюдения расписания движения, а именно отмены либо опоздания поезда или неудавшейся пересадки. Возмещение убытков включает расходы по предоставлению жилья, а также расходы по уведомлению лиц, ожидающих пассажира. Правилами установлена ответственность перевозчика и за утрату или повреждение багажа, а также просрочку его доставки. Предел ответственности при утрате багажа, если размер ущерба доказан, не должен превышать 80 СПЗ за каждый недостающий килограмм веса брутто или 1200 СПЗ за каждое багажное место. В случае, когда размер ущерба не доказан, размер компенсации составляет 20 СПЗ за каждый недостающий килограмм веса брутто или 300 СПЗ за каждое багажное место. За просрочку доставки груза предусмотрена ответственность железной дороги в пределах 0,80 СПЗ за килограмм веса брутто 14 СПЗ за каждое место, выданное с просрочкой багажа, если вина перевозчика будет доказана пассажиром. Если же наличие ущерба не будет доказано, размер возмещения ограничивается 0,14 СПЗ за килограмм веса брутто или 2,80 СПЗ за каждое место выданного с просрочкой багажа. Железная дорога не вправе ссылаться на установленные Едиными правилами пределы ответственности, если ущерб был вызван умышленными действиями или бездействием перевозчика.

Предусмотренный правилами ЦИВ претензионный порядок предъявления требований является обязательным. Иски могут предъявляться судам государств - членов ЦИВ-КОТИФ, назначенным с общего согласия сторон, или суду государства-члена, на территории которого ответчик имеет свое постоянное место жительства или обычное местонахождение, свое основное место расположения или филиал, или учреждение, заключившие договор перевозки. Срок исковой давности в случае гибели или ранения пассажира составляет три года, по другим искам из договора перевозки пассажира - один год.

3. Железнодорожные перевозки между СССР и странами социалистического содружества изначально осуществлялись в рамках двусторонних соглашений. В 1950 г. между национальными железными дорогами стран Восточной Европы и Азии были заключены **Соглашение о международном железнодорожном грузовом сообщении (СМГС)** и **Соглашение о международном железнодорожном пассажирском сообщении (СМПС)**. Вступив в силу 1 ноября 1951 г., данные Соглашения с последующими дополнениями <1> продолжают действовать и сегодня.

<1> В 1956 г. была основана Организация сотрудничества железных дорог (ОСЖД), основой деятельности которой является развитие и совершенствование международных железнодорожных перевозок, прежде всего в сообщении между Европой и Азией, а также совершенствование международного железнодорожного транспортного права, в частности ведение дел по

Соглашению о международном пассажирском сообщении (СМПС), Соглашению о международном железнодорожном грузовом сообщении (СМГС) и по другим правовым документам, связанным с международными железнодорожными перевозками.

Участниками СМГС кроме России на сегодняшний день являются Азербайджан, Албания, Афганистан, Беларусь, Болгария, Венгрия, Вьетнам, Грузия, Иран, Казахстан, КНР, КНДР, Киргизия, Латвия, Литва, Молдова, Монголия, Польша, Словакия, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан, Украина, Эстония - всего 25 государств <1>. Соглашение действует в редакции от 1 июля 2018 г. <2>.

<1> URL: http://osjd.org/doco/public/ru?STRUCTURE_ID=5038.

<2> URL: http://osjd.org/dbmm/download?vp=51&load=y&col_id=2066&id=2990.

СМГС применяется к перевозкам грузов в прямом международном железнодорожном сообщении и в прямом международном железнодорожно-паромном сообщении. Под перевозкой груза в прямом международном железнодорожном сообщении понимается перевозка железнодорожным транспортом по территории двух или более государств груза по единому документу (накладной), оформленному на весь маршрут следования, а под перевозкой груза в прямом международном железнодорожно-паромном сообщении - перевозка груза в прямом международном железнодорожном сообщении с участием водного транспорта при условии, что груз от станции отправления до станции назначения следует в вагоне или на своих осях. Перевозки грузов в прямом международном железнодорожном сообщении производятся между станциями, которые открыты для выполнения грузовых операций в соответствии с национальным законодательством государств - участников Соглашения, а в прямом международном железнодорожно-паромном сообщении - с участием водного участка пути, объявленного государствами-участниками для таких перевозок.

СМГС разрешает странам, которые являются одновременно участниками других международных соглашений, устанавливающих правовые нормы о договоре перевозки грузов железнодорожным транспортом, применять для регулирования перевозки между станциями железных дорог этих стран условия этих соглашений. Речь идет о возможности применения государствами - участниками СМГС в первую очередь Единых правил перевозки грузов ЦИМ-КОТИФ.

В СМГС установлено, что при отсутствии в нем соответствующих положений применяется национальное законодательство того государства-участника, в котором правомочное лицо реализует свои права. Соглашение содержит и правило императивного характера: любое условие договора перевозки, непосредственно или косвенно отступающее от условий данного Соглашения, недействительно и лишено законной силы, за исключением случаев, оговоренных в самом Соглашении. Недействительность таких условий не влечет за собой недействительность других условий договора перевозки.

Условия заключения и исполнения договора перевозки определяются в разделе II Соглашения. В соответствии с договором перевозки перевозчик обязуется за плату перевезти вверенный ему отправителем груз до станции назначения по маршруту, согласованному

отправителем и перевозчиком, и выдать его получателю. Заключение договора перевозки подтверждается накладной. Неверные или неточные сведения, внесенные в накладную, а также утрата накладной перевозчиком не влияют ни на существование, ни на действительность договора перевозки. Допускается использование бумажных или электронных документов. Отправитель несет ответственность за правильность сведений и заявлений, указанных им в накладной.

Соглашение также устанавливает правила приема груза к перевозке и его проверки, требования к таре, упаковке и маркировке, определяет сроки доставки груза, исчисление провозных платежей и порядок расчетов между перевозчиками.

Особое место в СМГС занимают вопросы ответственности железной дороги. По общему правилу перевозчик несет ответственность за утрату, недостачу и повреждение (порчу) груза с момента приема груза к перевозке до его выдачи. Также перевозчик несет ответственность за превышение срока доставки груза. Перевозчик освобождается от ответственности за утрату, недостачу или повреждение (порчу) груза, принятого к перевозке, если они произошли:

1) вследствие обстоятельств, которые перевозчик не мог предотвратить и устранение которых от него не зависело;

2) по вине отправителя или получателя либо вследствие их требований, в силу которых нельзя возложить вину на перевозчика, а также в силу ряда других обстоятельств, указанных в Соглашении. При этом наличие обстоятельств, наступление которых невозможно было предотвратить, должен доказать перевозчик, а отсутствие вины в своих действиях или распоряжениях, повлекших утрату или повреждение груза, - отправитель или получатель груза. Перевозчик также освобождается от ответственности за превышение срока доставки груза, вызванное обстоятельствами, которые он не мог предотвратить и устранение которых от него не зависело, либо вызванное виной отправителя (получателя) или вследствие их требований, в силу которых нельзя возложить вину на железную дорогу. Бремя доказывания наличия указанных обстоятельств ложится на перевозчика.

В отличие от Единых правил ЦИМ-КОТИФ, в СМГС предел ответственности железной дороги за несохранность груза не ограничивается конкретной суммой. Согласно данному Соглашению он не может превышать размера возмещения, подлежащего уплате перевозчиком при утрате груза. Размер же возмещаемого ущерба при утрате или недостаче груза определяется исходя из его стоимости <1>.

<1> Стоимость груза исчисляется в соответствии с подлежащим применению правом той страны, в которой перевозчик должен возместить ущерб за утрату груза, хотя в предыдущей редакции СМГС размер возмещения при полной или частичной утрате груза исчислялся исходя из его цены, указанной в счете иностранного поставщика или выписке из этого счета. Подробнее об этом см.: Холопов К.В. СМГС: новые правила международных железнодорожных перевозок грузов. Что обязательно надо знать об этом экспортеру // Российский экономический вестник. 2016. N 5.

При утрате или недостаче груза, перевозимого с объявленной ценностью, перевозчик возмещает отправителю или получателю сумму объявленной ценности или долю объявленной

ценности, соответствующую утраченной части груза. Также подлежат возврату суммы провозных платежей, другие расходы отправителя или получателя, полученные перевозчиком за перевозку утраченного груза или утраченной его части, если они не включены в его стоимость.

В тех случаях, когда перевозчик должен возместить отправителю или получателю ущерб за повреждение (порчу) груза, размер возмещаемого ущерба должен соответствовать сумме, на которую понизилась стоимость груза. При повреждении (порче) груза, перевозимого с объявленной ценностью, перевозчик возмещает сумму, которая должна составлять часть объявленной ценности, соответствующую в долевом отношении проценту понижения стоимости груза, которое наступило в результате повреждения (порчи) груза.

При несоблюдении перевозчиком срока доставки он уплачивает возмещение в виде неустойки. Размер неустойки за превышение срока доставки груза определяется исходя из провозной платы того перевозчика, который допустил превышение срока доставки, и величины (длительности) превышения срока доставки, рассчитываемой как отношение превышения срока доставки (в сутках) к общему сроку доставки. При утрате груза неустойка за превышение срока доставки груза не выплачивается. При недоставе груза неустойка за просрочку доставки подлежит уплате в размере, определяемом исходя из доставленной части груза. При повреждении (порче) груза выплата возмещения за превышение срока доставки суммируется с соответствующей суммой возмещения за повреждение (порчу) груза.

СМГС, в отличие от правил ЦИМ-КОТИФ, предусмотрен обязательный претензионный порядок при предъявлении требований. Перевозчик обязан в 180-дневный срок со дня получения претензии рассмотреть ее, дать ответ заявителю и при полном или частичном признании претензии уплатить ему причитающуюся сумму. Срок исковой давности по требованиям, связанным с превышением срока доставки груза, составляет два месяца, а по всем остальным требованиям - девять месяцев. Иск предъявляется в надлежащий судебный орган по месту нахождения ответчика.

Участниками **Соглашения о международном железнодорожном пассажирском сообщении (СМПС)** помимо России являются Азербайджан, Албания, Афганистан, Беларусь, Болгария, Вьетнам, Грузия, Казахстан, КНР, КНДР, Киргизия, Латвия, Литва, Молдова, Монголия, Польша, Словакия, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан, Украина, Чехия, Эстония. Соглашение действует в редакции от 1 мая 2018 г. <1>.

<1> URL: http://osjd.org/dbmm/download?vp=51&load=y&col_id=2066&id=2975.

СМПС имеет обязательную силу для перевозчиков, пассажиров, отправителей и получателей багажа, товаробагажа, операторов вагонов, а также управляющих инфраструктурой.

Соглашение применяется к перевозке пассажиров, багажа и товаробагажа, если:

- станции отправления и назначения находятся в двух различных государствах;
- если станции отправления и назначения находятся в одном и том же государстве, но договор перевозки заключен в другом государстве;

- если станции отправления и назначения находятся в одном и том же государстве, но перевозка производится транзитом по территории других государств.

В соответствии с договором перевозки перевозчик обязуется перевезти пассажира, багаж и товаробагаж в пункт назначения и выдать багаж и товаробагаж отправителю либо получателю, а пассажир или отправитель обязан уплатить установленную плату. Договор перевозки подтверждается одним или несколькими проездными либо перевозочными документами.

Проезд пассажира в поезде осуществляется на основании договора перевозки и подтверждается проездным документом, который может быть оформлен как на бланке установленной формы, так и в электронном виде. Порядок и правила приобретения проездных документов с оплатой через Интернет регламентируются национальным законодательством. Соглашением определяются основные данные пассажирских проездных документов (билета, плацкарты, доплатной квитанции), условия их действия, а также условия проезда детей, перевозки лиц с ограниченной подвижностью, провоза ручной клади и животных. Общая масса ручной клади, перевозимой бесплатно, не должна превышать на каждый оформленный проездной документ 36 кг для взрослого пассажира и 15 кг на ребенка до 12 лет. Ручную кладь, провозимую сверх установленной нормы, пассажир должен сдать в багаж. Общая масса багажа, сданного по одному проездному документу, ограничивается 100 кг, а масса отдельного места багажа не должна быть менее 5 кг и более 75 кг. При приеме багажа к перевозке пассажиру выдается багажная квитанция.

Соглашением также определен порядок перевозки товаробагажа, под которым понимаются мелкие грузы, которые могут быть легко и быстро погружены и размещены в багажном вагоне. Владелец груза должен объявить ценность товаробагажа при его сдаче, после чего ему выдается товаробагажная квитанция.

Отдельное внимание в СМПС, как и в СМГС, посвящено ответственности железной дороги. По общему правилу перевозчик несет ответственность перед пассажиром, отправителем или получателем за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств по договору перевозки в порядке и пределах, установленных Соглашением. Перевозчик освобождается от ответственности в случае возникновения обстоятельств, которые перевозчик не мог предотвратить и устранение которых от него не зависело, а также в результате действий пассажира, отправителя или получателя, повлекших причинение вреда, и в результате действий третьих лиц, которых перевозчик, несмотря на применение всех мер предосторожности, не смог избежать или предотвратить их последствия. Перевозчик несет ответственность за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира в течение времени нахождения в поезде, а также в период посадки в поезд и высадки из поезда.

Порядок и размер возмещения за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, определяются в соответствии с национальным законодательством государства, на территории которого причинен вред.

СМПС установлена ответственность железной дороги перед пассажиром, отправителем или получателем за несоблюдение сроков доставки багажа и товаробагажа. Размер ответственности составляет 5% провозной платы за каждые сутки просрочки сверх срока доставки багажа, но не более 50% провозной платы и 1,5% провозной платы за каждые сутки просрочки доставки товаробагажа, но не более 30% провозной платы. Перевозчик несет ответственность и за полную

или частичную утрату, повреждение багажа или товаробагажа. При полной или частичной утрате багажа, сданного к перевозке без объявленной ценности, перевозчик возмещает отправителю действительную стоимость утраченного, не превышающую 2 швейцарских франков за каждый недостающий килограмм массы брутто. При утрате багажа или товаробагажа с объявленной ценностью перевозчик уплачивает как возмещение долю объявленной ценности за каждый недостающий килограмм. В случае повреждения багажа без объявленной ценности перевозчик должен возместить такую сумму, на которую понизилась стоимость багажа, без возмещения других убытков. При повреждении багажа или товаробагажа с объявленной ценностью перевозчик возмещает сумму, которая должна составлять часть объявленной ценности, соответствующую проценту понижения ценности багажа или товаробагажа в результате повреждения. Перевозчик освобождается от ответственности за полную или частичную утрату, повреждение багажа или товаробагажа, если они произошли:

- 1) вследствие обстоятельств, которые участники перевозочного процесса не могли предотвратить и устранение которых от них не зависело;
- 2) вследствие особых естественных свойств багажа или товаробагажа, вызвавших его поломку, ржавчину, внутреннюю порчу и тому подобные последствия;
- 3) вследствие недостатков тары или упаковки, которые не могли быть замечены по наружному виду при приемке багажа или товаробагажа к перевозке.

В отличие от предыдущих редакций СМПС предусмотренный действующей редакцией претензионный порядок предъявления требований не является обязательным. Право предъявления претензий, основанных на договоре железнодорожной перевозки, принадлежит пассажиру, отправителю, получателю или уполномоченному ими лицу. Претензии на сумму, эквивалентную менее 1,5 швейцарских франков по одному проездному документу или по одной отправке багажа или товаробагажа, не подлежат предъявлению. Перевозчик обязан в 180-дневный срок со дня заявления претензии, подтвержденного почтовым штемпелем или распиской в получении претензии, рассмотреть претензию, дать ответ заявителю претензии и при полном или частичном признании ее уплатить ему причитающееся возмещение. Срок исковой давности составляет девять месяцев, за исключением требований о превышении сроков доставки багажа или товаробагажа, для которых он ограничен 30 днями. Требования, касающиеся случаев причинения вреда жизни и здоровью пассажира, не имеют срока давности.

4. Действие на евроазиатском пространстве двух соглашений - КОТИФ и СМГС делает невозможным осуществление международных железнодорожных перевозок между участвующими в них странами в прямом сообщении. Выполнение таких перевозок возможно лишь с переотправкой груза на пограничной станции как с составлением новой накладной, так и по единому перевозочному документу, распространяющемуся на весь путь следования <1>. Порядок осуществления перевозок между государствами - членами СМГС и КОТИФ путем переоформления накладных установлен Международным железнодорожным транзитным тарифом (МТТ) <2>, разработанным Организацией сотрудничества железных дорог (ОСЖД). В МТТ кроме Российской Федерации участвуют железные дороги Азербайджана, Беларуси, Грузии, Казахстана, Киргизии, Латвии, Литвы, Молдовы, Монголии, Таджикистана, Узбекистана, Украины, Чехии, Эстонии.

<1> При этом в обоих случаях будут последовательно заключаться два договора перевозки. См.: Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. М.: Юридическая литература, 1981. С. 127.

<2> URL: http://osjd.org/dbmm/download?vp=51&load=y&col_id=2066&id=2908.

В соответствии с установленными МТТ правилами груз следует до пограничной станции железных дорог по накладной СМГС (и в обратном порядке), где происходит ее переоформление на накладную ЦИМ для отправки груза в конечный пункт назначения. Таким образом, пограничная транзитная железнодорожная станция действует в качестве экспедитора, выполняя переотправку груза. В накладной СМГС в качестве пункта назначения указывается соответствующая станция транзитной железной дороги в лице начальника станции, а в графе "Особые заявления отправителя" - окончательный получатель груза в конечном пункте назначения. При составлении новой накладной ЦИМ в нее в точности переносятся все данные из накладной СМГС, а в качестве отправителя груза указывается не транзитная железнодорожная станция, занимавшаяся переотправкой, а изначальный отправитель и железнодорожная станция по накладной СМГС. При этом накладная СМГС прилагается к новой накладной ЦИМ. Альтернативный порядок перевозки грузов между зонами действия КОТИФ и СМГС - перевозка груза с использованием единой накладной ЦИМ/СМГС - предусмотрен в приложении 6 к СМГС (Руководство по накладной ЦИМ/СМГС). В нем содержится образец такой накладной, а также правила по ее заполнению и применению. Накладная ЦИМ/СМГС в сфере действия ЦИМ-КОТИФ применяется как накладная ЦИМ, а в сфере действия СМГС - как накладная СМГС. Это касается также и применения накладной ЦИМ/СМГС в качестве таможенного документа. Таким образом, накладная ЦИМ/СМГС является лишь подтверждением заключения двух договоров перевозки по правилам ЦИМ-КОТИФ и СМГС в сообщении между государствами, применяющими положения этих международных соглашений, и не влияет на их содержание и действительность.

Поскольку при осуществлении железнодорожной перевозки в сообщении ЦИМ-КОТИФ - СМГС последовательно заключаются два самостоятельных договора, права и обязанности сторон, ответственность железной дороги, а также порядок предъявления претензий и исков регулируются либо положениями ЦИМ-КОТИФ, либо СМГС. Соответственно претензии и иски могут предъявляться к перевозчику только участниками данных договоров и самостоятельно по каждому из них.

§ 2. Международные автомобильные перевозки

1. Перевозка грузов автомобильным транспортом рассматривается как международная, если она осуществляется между двумя и более государствами. При этом "для признания перевозки международной не требуется, чтобы она фактически осуществлялась по территории двух или нескольких стран: достаточно начать такую перевозку, фактического поступления груза... на территорию иностранного государства (пересечения границы) может и не быть" <1>. При определении права, подлежащего применению к отношениям, связанным с такой перевозкой, возникают трудности, которые преодолеваются путем согласования государствами в международных документах единообразных условий договора международной перевозки или выбора национальных правовых норм на основе соответствующих коллизионных норм, содержащихся во внутреннем законодательстве.

<1> Такая ситуация возможна, например, при утрате груза. См.: Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. С. 7.

По договору международной автомобильной перевозки груза перевозчик обязуется доставить с использованием автомобильного транспорта груз, вверенный ему отправителем в пункте, находящемся на территории одного государства, и выдать его в пункте назначения, находящемся на территории другого государства, управомоченному на получение груза лицу (получателю), а отправитель обязуется уплатить за перевозку груза установленную плату.

Исполнение договора международной перевозки грузов автомобильным транспортом связано с необходимостью соблюдения ряда требований и правил, содержащихся в международных конвенциях и соглашениях, а также национальном законодательстве стран, по территории которых осуществляется перевозка.

2. **Отношения, возникающие из международной перевозки грузов автомобильным транспортом**, регулируются рядом **международных** документов, среди которых наиболее важное значение имеют Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов от 19 мая 1956 г. <1>, Европейское соглашение о международной дорожной перевозке опасных грузов от 30 сентября 1957 г. (ДОПОГ) <2>.

<1> Официальный русский текст Конвенции отсутствует. Существующие варианты переводов были опубликованы в следующих источниках: Международные перевозки грузов. СПб., 1993. С. 21 - 40; Международное частное право. Сборник документов. М., 1997. С. 354 - 370 // Закон. 2000. N 6; Официальный сайт Европейской экономической комиссии ООН: http://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/conventn/cmr_r.pdf. Необходимо отметить, что указанные переводы отличаются друг от друга и страдают неточностями.

<2> СПС "КонсультантПлюс".

Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (сокращенно - ЦМР) <1> является основным и практически единственным международным договором, наиболее полно регулирующим перевозку грузов автомобильным транспортом в международном сообщении. В Конвенции участвуют 55 государств <2>, в том числе Российская Федерация (СССР присоединился к Конвенции в 1983 г.).

<1> От франц. Convention relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route: CMR. В отечественной литературе также употребляется сокращение КДПГ.

<2> В частности, Великобритания, Германия, Италия, Украина, Франция и др. См. данные официального сайта Европейской экономической комиссии ООН: <http://www.unece.org/trans/maps/un-transport-agreements-and-conventions-25.html>.

Создание единообразных правил регламентации международных перевозок грузов автомобильным транспортом было вызвано значительным увеличением числа таких перевозок в послевоенный период <1> и, как следствие, сложностями, возникающими при их выполнении.

<1> После окончания Второй мировой войны.

Положения Конвенции носят императивный характер. Всякое соглашение, которое прямо или косвенно допускает отступление от ее положений, признается недействительным. При этом недействительность такого соглашения не влечет за собой недействительность других условий договора.

Действие Конвенции распространяется на любой договор перевозки грузов автомобильным транспортом за вознаграждение, если место приема груза к перевозке и место его доставки находятся в двух разных государствах, по крайней мере, одно из которых является участником Конвенции (п. 1 ст. 1). Конвенция не применяется к перевозкам, осуществляемым согласно международным почтовым конвенциям <1>, к перевозкам умерших, а также к перевозкам обстановки и мебели при переездах.

<1> Речь идет о перевозке грузов, составляющих монополию почтовых ведомств стран отправления или назначения. См.: Холопов К.В. Международное частное транспортное право. Анализ норм международного и российского транспортного права: Учебное пособие. С. 486.

В Конвенции регулируются разные аспекты международной автомобильной перевозки грузов, в том числе порядок заключения и исполнения договора перевозки, ответственность сторон, процессуальные вопросы, касающиеся претензий и исков, и др. При этом особое внимание уделяется правилам, регламентирующим порядок оформления договора международной автомобильной перевозки грузов с помощью накладной, а также ответственности перевозчика за нарушение своих обязательств по договору.

Положений, определяющих форму и содержание договора перевозки, Конвенция не содержит, но она предусматривает необходимость составления **накладной**. Значение накладной заключается в том, что она, не являясь самим договором, подтверждает принятие груза к перевозке, а также служит доказательством заключения договора. Вместе с тем отсутствие, неправильность или утрата накладной не отражаются ни на существовании, ни на действительности договора перевозки, к которому и в этом случае применяются положения Конвенции.

Хотя наличие накладной, как видно, не является обязательным, ее отсутствие может вызвать определенные трудности. Во-первых, при отсутствии единого документа, распространяющегося на всю перевозку, истцу будет сложно доказать в суде, что перевозка является международной в соответствии с требованиями, предусмотренными п. 1 ст. 1 Конвенции. Так, перевозчик, который первым начал осуществлять перевозку, может не признать своей ответственности за то, что произойдет на ее следующих этапах. Во-вторых, в случае применения к договору Конвенции ЦМР от наличия накладной зависит действие определенных ее положений. Например, отправитель

может распорядиться грузом, который уже находится в пути, только при предъявлении накладной с внесенными в нее новыми инструкциями (п. 5 ст. 12 Конвенции).

Форму накладной Конвенция ЦМР не устанавливает. Международным союзом автомобильного транспорта (МСАТ) <1> с учетом положений Конвенции ЦМР была разработана форма накладной, которая рекомендована перевозчикам, экспедиторам, операторам и агентам для оформления и подтверждения договоров перевозки грузов <2>.

<1> Сокращенно от англ. IRU (International Road Transport Union). Является международной неправительственной организацией, которая представляет интересы автомобильного транспорта 68 стран мира - Европы, Америки, Азии и Африки.

<2> См.: Холопов К.В. Международное частное транспортное право. Анализ норм международного и российского транспортного права: Учебное пособие. С. 491.

В 2008 г. был подписан разработанный Комитетом по внутреннему транспорту Европейской экономической комиссии ООН Дополнительный протокол к Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов, касающийся электронной накладной (Е-CMR) <1>; Протокол был рекомендован МСАТ всем странам - участницам Конвенции ЦМР для присоединения. Основной целью принятия Протокола было упрощение и ускорение процедуры оформления договора перевозки с помощью электронных средств связи путем введения так называемой электронной накладной ЦМР, имеющей равную юридическую силу с бумажным вариантом.

<1> Протокол вступил в силу 5 июня 2011 г., набрав необходимое количество ратификаций. Сегодня его участниками являются: Болгария, Голландия, Дания, Испания, Латвия, Литва, Чехия, Швейцария. Российская Федерация присоединилась к Протоколу 6 марта 2018 г. См. данные официального сайта Европейской экономической комиссии ООН: http://www.unece.org/trans/conventn/legalinst_27_OLIRT_e-CMR.html.

На сегодняшний день в Протоколе участвуют 17 государств. Однако в некоторых странах наряду с электронной накладной в обязательном порядке требуется составление ее бумажной копии, что перечеркивает все преимущества данного нововведения.

Большое внимание в Конвенции ЦМР уделяется вопросам **ответственности перевозчика** за нарушение своих обязательств по договору. Перевозчик несет ответственность за полную или частичную утрату груза или его повреждение, которые произошли в промежуток времени между принятием груза к перевозке и его доставкой, а также за просрочку его доставки.

Различие между частичной и полной утратой груза имеет значение для определения начала исчисления срока исковой давности и размера возмещения, подлежащего взысканию истцом с перевозчика. Частичная утрата означает, что количество, вес или объем груза, доставленного перевозчиком в установленное место назначения, меньше, чем они были изначально при его принятии.

В Конвенции проводится различие между частичной утратой и повреждением груза. Данное различие не влияет на установление начала исчисления срока исковой давности, но имеет значение при определении размера возмещения, подлежащего взысканию истцом с перевозчика. Если при частичной утрате уменьшается количество, вес или объем груза, то при его повреждении изменяется его физическое состояние.

Полная утрата груза означает, что он целиком не был доставлен в установленное место назначения. Часто в случае полной утраты местонахождение груза неизвестно, но это не является существенным признаком полной утраты. В качестве полной утраты груза могут рассматриваться его конфискация <1>, кража либо доставка ненадлежащему лицу <2>.

<1> См.: Thume K.H. Kommentar zur CMR. 2nd ed. Frankfurt, 2007. P. 67.

<2> См.: Rodiere Rene. Le Droit des Transports. 2nd ed. London, 1991. P. 501.

Перевозчик несет ответственность за просрочку в доставке груза при наличии оговоренного срока либо за доставку груза по истечении разумного срока, необходимого при обычных условиях для выполнения перевозки. Кроме того, установлена ответственность перевозчика за просрочку в доставке, равносильную полной утрате груза.

Размер подлежащего возмещению ущерба, вызванного полной или частичной утратой груза, определяется исходя из стоимости груза в месте и во время его принятия к перевозке (п. 1 ст. 23 Конвенции). Стоимость груза определяется на основании биржевой котировки <1>, или, за отсутствием таковой, - на основании текущей рыночной цены, или же при отсутствии и той и другой - на основании обычной стоимости товара такого же рода и качества <2>.

<1> Применительно к тем товарам, которые продаются на товарных и сырьевых биржах. См.: Холопов К.В. Международное частное транспортное право. Анализ норм международного и российского транспортного права: Учебное пособие. С. 507.

<2> Для установления цены груза, как правило, проводится независимая товарная экспертиза (национальными торгово-промышленными палатами). См.: Холопов К.В. Международное частное транспортное право. Анализ норм международного и российского транспортного права: Учебное пособие.

Установлен предельный размер возмещения - 25 франков за килограмм недостающего веса брутто <1>. Перевозчик не вправе ссылаться на установленный Конвенцией предел ответственности в случае, если ущерб был причинен в результате его умышленных неправомерных действий.

<1> Под франком подразумевается золотой франк весом 10/31 гр. золота 0,900 пробы. Протоколом от 5 июля 1978 г. к Конвенции о договоре международной дорожной перевозки

грузов был определен порядок исчисления ответственности перевозчика в иных расчетных единицах - специальных правах заимствования (СПЗ), при этом размер возмещения составляет не более 8,33 СПЗ за килограмм веса брутто. Участниками Протокола являются 44 государства, Российская Федерация присоединилась к Протоколу 3 февраля 2016 г. См. также: Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. С. 369; Холопов К.В. Международное частное транспортное право. Анализ норм международного и российского транспортного права: Учебное пособие. С. 483.

Перевозчик несет также ответственность за повреждение груза.

При просрочке в доставке груза, повлекшей убытки, ответственность перевозчика ограничена размером провозных платежей.

Конвенцией ЦМР предусмотрена возможность объявления ценности груза (ст. 24), которая означает, что стороны вправе по обоюдному согласию и за соответствующую надбавку к провозным платежам установить стоимость груза, превышающую предел, установленный Конвенцией. Об этом необходимо указать в накладной в соответствии с пп. "d" п. 2 ст. 6 Конвенции.

Предусматриваются случаи, **освобождающие перевозчика от ответственности**: если утрата, повреждение или просрочка в доставке произошли по вине правомочного по договору лица, вследствие приказа последнего, какого-либо дефекта самого груза или были вызваны обстоятельствами, которых перевозчик не мог избежать и последствия которых он не мог устранить (п. 2 ст. 17). Условиями частичного или полного освобождения от ответственности являются предоставление перевозчиком доказательств того, что причиной утраты, повреждения или просрочки доставки груза стали указанные обстоятельства.

Исключают ответственность перевозчика и предусмотренные п. 4 ст. 17 Конвенции альтернативные обстоятельства, связанные с особыми рисками. Главное их отличие от обстоятельств, указанных в п. 2 ст. 17, состоит в том, что если перевозчиком будет доказано наличие особого риска, презюмируется, что утрата, повреждение или просрочка доставки были вызваны указанными обстоятельствами, и, таким образом, он полностью освобождается от ответственности. Поскольку перевозчику проще доказать последствия наступления особого риска, то чаще всего на практике он сначала обращается к положениям п. 4 ст. 17 и лишь в случае, если судом не будут приняты его доводы, ссылается на п. 2 ст. 17 Конвенции.

Бремя доказывания того, что утрата, повреждение или просрочка доставки были вызваны обстоятельствами, указанными в п. 2 ст. 17, лежит на перевозчике. Таким образом, перевозчик должен доказать, что имело место обстоятельство, освобождающее его от ответственности, и что именно оно стало причиной утраты, повреждения или просрочки доставки груза. Установление причинно-следственной связи между обстоятельствами, освобождающими перевозчика от ответственности, и произошедшими утратой, повреждением или просрочкой доставки должно проводиться в соответствии с национальным законодательством ^{<1>}.

<1> См.: Loewe R. Commentary on the Convention of 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR), 1976. P. 170.

Пунктом 5 ст. 17 Конвенции предусмотрено, что в том случае, когда согласно настоящей статье перевозчик освобождается от ответственности в силу указанных в ней обстоятельств, явившихся причиной утраты, повреждения или просрочки доставки, он несет ответственность только в том объеме, в каком обстоятельства, за которые в соответствии с настоящей статьей предусмотрена его ответственность, привели к утрате, повреждению или просрочке доставки. Таким образом, если утрата, повреждение или просрочка доставки груза произошли частично ввиду события, исключаяющего ответственность перевозчика, например неправомерных действий или небрежности истца, и частично из-за действий самого перевозчика, ответственность должна распределяться по усмотрению суда.

Так, в деле, рассмотренном Верховным Судом земли г. Саарбрюкен <1>, осуществлялась перевозка рулонов металла, которые были изначально ненадлежащим образом погружены отправителем. Во время перевозки один из рулонов выпал из транспортного средства, после чего был погружен обратно. В дальнейшем водитель грузовика превысил скоростной режим на повороте, из-за чего четыре рулона выпали из кузова и были сильно повреждены. Безусловно, часть вины за повреждение груза лежала на отправителе. При этом суд посчитал, что перевозчик в лице водителя нарушил общую обязанность следить за грузом, поскольку уже после первого происшествия было очевидно, что груз был погружен ненадлежащим образом и водителю не следовало продолжать выполнять перевозку, не приняв мер предосторожности. Например, он мог связаться с отправителем либо самостоятельно зафиксировать груз надлежащим образом. В итоге суд распределил ответственность между отправителем и перевозчиком поровну, указав, что ни одно из обстоятельств не было единственной причиной повреждения груза.

<1> См.: решение Верховного Суда земли г. Саарбрюккен (Германия) от 21 ноября 1974 г. // European Transport Law. 1976. P. 11, 261.

В Конвенции установлен срок исковой давности, который составляет 1 год, а при наличии умышленных неправомерных действий сторон - 3 года.

В случае спора иск может быть подан в компетентные суды стран - участниц Конвенции по соглашению сторон. При отсутствии такого соглашения предусматривается возможность предъявления иска в суды стран, где находятся:

- обычное местожительство ответчика;
- местонахождение главного управления его предприятия, отделение или агентство, при посредстве которых был заключен договор перевозки;
- место принятия груза к перевозке или место его доставки.

Коллизионные нормы, содержащиеся в Конвенции ЦМР, немногочисленны. Некоторые требования к оформлению накладной определяются на основании закона места ее составления (п. 1 ст. 5 Конвенции). В соответствии с основаниями, предусмотренными ст. 16 Конвенции, перевозчик может продать транспортируемый груз, в частности, если он является скоропортящимся. Применяемая при продаже процедура определяется законом места нахождения

груза (п. 5 ст. 16 Конвенции). Порядок действий в отношении найденного впоследствии груза также регулируется законом места его нахождения (п. 4 ст. 20 Конвенции). Приостановление и продление срока исковой давности регулируются законом суда (п. 3 ст. 32 Конвенции).

При разрешении вопросов, не урегулированных Конвенцией, следует обращаться к нормам национального права, которые подлежат применению субсидиарно <1>. По словам самих разработчиков Конвенции, они не стремились "создать акт, исчерпывающим образом регламентирующий транспортные договоры", и "намеренно допускали, что при отсутствии каких-либо положений в Конвенции будут применяться нормы национального права" <2>. Национальное право применяется, например, при решении вопроса о распределении между сторонами основных обязанностей по договору перевозки (погрузке, выгрузке груза и др.); при прямой отсылке Конвенции к национальному праву (продление срока исковой давности, порядок действий в отношении найденного впоследствии груза и др.); в случаях, когда положения Конвенции подразумевают применение национального права, например в отношении ответственности перевозчика за невыполнение им определенных обязанностей.

<1> См.: Канашевский В.А. Договор международной автомобильной перевозки грузов в российской и зарубежной судебной практике // Хозяйство и право. 2008. N 2. С. 35.

<2> См.: Документ Европейской экономической комиссии ООН W/TRANS/212. P. 2.

Унифицированные правила международных автомобильных перевозок опасных грузов содержит **Европейское соглашение о международной дорожной перевозке опасных грузов от 30 сентября 1957 г. (ДОПОГ)**, подготовленное в рамках Комитета по внутреннему транспорту Европейской экономической комиссии. Соглашение насчитывает 50 стран-участниц <1>, Российская Федерация участвует в нем с 1994 г.

<1> В том числе Великобритания, Германия, Италия, Украина, Франция и др. См.: Данные официального сайта Европейской экономической комиссии ООН: <http://www.unece.org/trans/maps/un-transport-agreements-and-conventions-53.html>.

В приложениях к Соглашению содержатся: требования, при соблюдении которых допускается международная автомобильная перевозка опасных грузов, перечень опасных грузов, вообще не допускаемых к перевозке или же перевозимых с соблюдением строго определенных условий; изложены предписания, касающиеся опасных веществ и предметов, их тары и упаковки (приложение А), а также предусмотрены технические требования к автотранспортным средствам, используемым для перевозки опасных грузов, установлен обязательный порядок их технического осмотра и выдача в стране регистрации свидетельства о допущении к перевозке, срок действия которого не может превышать одного года (приложение В).

Транспортные средства, предназначенные для международных автомобильных перевозок опасных грузов, должны подвергаться техническим осмотрам в стране регистрации с целью проверки пригодности к таким перевозкам (разд. 9.1.2). Компетентные органы страны регистрации в случае удовлетворительных результатов осмотра выдают на каждое транспортное средство

специальное свидетельство о допущении к перевозке, которое составляется на языке страны регистрации и на одном из следующих языков: английском, французском или немецком (разд. 9.1.3).

3. В российском законодательстве вопросы, связанные с международными автомобильными перевозками, регламентируются в **Федеральном законе от 24 июля 1998 г. N 127-ФЗ "О государственном контроле за осуществлением международных автомобильных перевозок и об ответственности за нарушение порядка их выполнения"** (в ред. от 14 декабря 2015 г.) <1>.

<1> СЗ РФ. 1998. N 31. Ст. 3805.

Под международной перевозкой Закон понимает перевозку транспортным средством грузов:

- 1) за пределы территории Российской Федерации или на территорию Российской Федерации;
- 2) транзитом через территорию Российской Федерации.

Установлено, что международные автомобильные перевозки иностранными перевозчиками по территории Российской Федерации осуществляются в соответствии с российскими разрешениями и многосторонними разрешениями, а также специальными разрешениями. Российские перевозчики осуществляют международные автомобильные перевозки в соответствии с иностранными и многосторонними разрешениями.

К специальным актам транспортного законодательства, регулирующим договор международной автомобильной перевозки грузов, относятся: **Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта** (в ред. от 3 июля 2016 г.) <1>, а также **Правила перевозок грузов автомобильным транспортом** (в ред. от 16 марта 2018 г.) <2>, являющиеся подзаконным актом по отношению к Уставу (п. 1 ст. 1).

<1> См.: Федеральный закон от 8 ноября 2007 г. N 259-ФЗ // СЗ РФ. 2007. N 46. Ст. 5555.

<2> Утверждены Постановлением Правительства РФ от 15 апреля 2011 г. N 272 // СЗ РФ. 2011. N 17. Ст. 2407.

Устав определяет международные автомобильные перевозки как **перевозки, которые осуществляются за пределы территории Российской Федерации или на территорию Российской Федерации с пересечением Государственной границы Российской Федерации**, в том числе транзитом через территорию Российской Федерации. При этом ч. 3 ст. 1 Устава устанавливает, что такие перевозки регулируются международными договорами Российской Федерации. В целом круг вопросов, содержащихся в данных правовых актах, совпадает с тем, который содержится в Конвенции ЦМР. Однако если будет подлежать применению российское право, то Уставом и, соответственно, Правилами будут регулироваться только те отношения, которые не урегулированы Конвенцией ЦМР. В частности, это касается таких вопросов, как

подача перевозчиком транспортного средства (ч. 1 ст. 9 Устава, п. 22 ч. 3 Правил), порядок предъявления и приема груза к перевозке (ст. 10 Устава, п. 31 ч. 3 Правил), условия выполнения погрузочных работ (ст. 11 Устава, п. 38 ч. 3 Правил) и др.

Регулирование подобных особых отношений, как правило, требует издания большого числа специфических предписаний внутреннего права, поэтому, как отмечалось в литературе <1>, их проще подчинить внутренним нормам страны отправления или назначения перевозки.

<1> Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. С. 53 и сл.

Необходимо отметить, что в российском законодательстве **отсутствуют специальные коллизионные нормы, посвященные договору международной автомобильной перевозки грузов**, поэтому к данному договору подлежат применению общие правила ст. 1210 ГК РФ о выборе применимого права и п. 6 ч. 2 ст. 1211, предусматривающий общую коллизионную привязку, относящуюся к любым видам договора перевозки, в соответствии с которой при отсутствии соглашения сторон применяется право страны перевозчика.

4. Следует иметь в виду, что международное автомобильное сообщение охватывает и **публично-правовые аспекты** дорожного движения, включая требования, предъявляемые к автодорожным транспортным средствам, вопросы налогового обложения, таможенные вопросы.

Этим вопросам посвящен ряд международных договоров с участием Российской Федерации: двусторонние соглашения о международном автомобильном сообщении, Конвенция о дорожном движении и Конвенция о дорожных знаках и сигналах 1968 г., Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП) 1975 г.

Общие (административные и технические) вопросы организации и осуществления международных автомобильных перевозок нашли отражение в специальных **межгосударственных двусторонних международных соглашениях**. На сегодняшний день насчитывается 49 таких двусторонних соглашений с участием Российской Федерации, первые из которых были заключены Правительством СССР в 60-е гг. XX в.

Практика заключения двусторонних договоров о международном автомобильном сообщении привела к тому, что сложилась определенная проформа такого соглашения <1>. По своей структуре и содержанию они не имеют значительных различий. Как правило, в общих положениях данных соглашений определяется их предмет, а также даются определения основных используемых терминов. Далее содержатся положения, касающиеся: регистрационных документов на автотранспортные средства и водительских прав, порядка таможенного, пограничного и санитарного контроля, запрета для иностранных перевозчиков осуществлять внутренние перевозки по территории государства другой договаривающейся стороны. Кроме того, предусматривается взаимное освобождение от налогов и сборов, связанных с осуществлением международного автомобильного сообщения, а также обязанность страхования иностранным перевозчиком гражданской ответственности в случае причинения вреда <2>. Установлено правило, согласно которому при осуществлении международного автомобильного сообщения вопросы, не урегулированные соглашением, а также международными договорами, участницами которых являются обе стороны, должны решаться согласно внутреннему законодательству каждой

из договаривающихся сторон <3>.

<1> См.: Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. С. 142.

<2> Такие условия, например, содержатся в ст. 15 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Финляндской Республики о международном автомобильном сообщении 1995 г. // СЗ РФ. 2006. N 46. Ст. 4742.

<3> См., например, ст. 21 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Итальянской Республики о международном автомобильном пассажирском и грузовом сообщении 1999 г. // БМД. 2001. N 12. С. 50 - 57.

В двусторонних соглашениях содержится требование об осуществлении международных автомобильных перевозок грузов в соответствии с разрешениями, выдаваемыми компетентными органами договаривающихся государств, и определен порядок их выдачи. При этом для некоторых видов грузовых перевозок такие разрешения необязательны. Количество получаемых иностранных разрешений на выполнение международных перевозок ежегодно определяется в ходе переговоров между соответствующими органами сотрудничающих стран. В Российской Федерации распределение иностранных разрешений между перевозчиками производится Ассоциацией международных автомобильных перевозчиков Российской Федерации (АСМАП) <12>.

<1> Ассоциация, созданная в 1974 г., является некоммерческой организацией, объединяющей на добровольной основе российские предприятия и организации, осуществляющие международные перевозки автомобильным транспортом, членом Международного союза автомобильного транспорта (IRU).

Кроме того, соглашения устанавливают требования к автомобильным транспортным средствам и транспортной документации, а также предусматривают особые условия для перевозки опасных и скоропортящихся грузов.

Вопросы дорожного движения получили разрешение в Конвенции о дорожном движении и Конвенции о дорожных знаках и сигналах, подписанных 8 ноября 1968 г. в Вене <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс". Всего на сегодняшний день участниками Конвенции о дорожном движении 1968 г. являются 76 государств, а Конвенции о дорожных знаках и сигналах 1968 г. - 65 государств. Российская Федерация участвует в обеих Конвенциях. См.: Данные официального сайта Европейской экономической комиссии ООН: http://www.unece.org/trans/conventn/agreem_cp.html.

Основная цель **Конвенции о дорожном движении** состоит в том, чтобы обеспечить действие на территории государств - участников единообразных правил дорожного движения.

Кроме того, в Конвенции предусматривается, что государства-участники должны допускать к международному движению по своей территории автомобили, отвечающие требованиям Конвенции, а также признавать свидетельства о регистрации транспортного средства и водительские удостоверения, выдаваемые в соответствии с положениями Конвенции. Правовое регулирование, содержащееся в Конвенции о дорожных знаках и сигналах 1968 г., направлено на установление единообразной системы дорожных знаков и сигналов и определенных требований к их оформлению и расположению. Согласно положениям Конвенции договаривающиеся государства принимают установленную в ней систему дорожных знаков и сигналов.

Вопросам **таможенного регулирования** посвящена Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП <1> (Конвенция МДП) от 14 ноября 1975 г. <2>.

<1> Расшифровывается как "международные дорожные перевозки", от франц. TIR (Transports Internationaux Routiers).

<2> СПС "КонсультантПлюс". В настоящее время в Конвенции участвует 74 государства, в том числе Великобритания, Германия Франция, Канада, США и др. Российская Федерация участвует в Конвенции с 1982 г. См.: Данные официального сайта Европейской экономической комиссии ООН: http://www.unece.org/trans/conventn/agreem_cp.html.

Основным атрибутом международной перевозки грузов с применением процедуры, предусмотренной данной Конвенцией, является книжка МДП (carnet TIR) - единый таможенный документ, применяемый таможенными органами каждой из договорившихся стран в качестве грузового манифеста.

Конвенция предусматривает выполнение международных перевозок грузов в автомобилях и контейнерах под таможенными печатями и пломбами таможенной службы страны отправления до таможенной службы страны назначения без таможенного досмотра в промежуточных таможах на границах, а также уплаты ввозных и вывозных пошлин и сборов. Транспортное средство перевозчика, осуществляющего международную автомобильную перевозку груза в соответствии с процедурой МДП, должно иметь специальное обозначение в виде табличек с аббревиатурой "TIR". Таким образом, соответствующее транспортное средство "избавляется" от остановок и задержек таможами стран, участвующих в Конвенции, в результате чего груз перемещается через национальные границы в максимально сжатые сроки.

5. Международным автомобильным перевозкам пассажиров и багажа посвящена заключенная в 1997 г. в Бишкеке **Конвенция о международных автомобильных перевозках пассажиров и багажа**, вступившая в силу 14 сентября 1999 г. Конвенция действует в рамках СНГ, ее участниками являются Армения, Беларусь, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Таджикистан, Узбекистан, Украина. Российская Федерация ратифицировала Конвенцию в 2010 г.

Положения Конвенции носят императивный характер. Условие договора перевозки, которым прямо или косвенно допускается отступление от положений Конвенции, признается не имеющим силы. При этом недействительность такого условия не влечет за собой недействительность других условий договора перевозки.

Конвенция распространяется на перевозчиков государств-участников, выполняющих перевозку пассажиров и багажа в международном сообщении автобусами, независимо от страны их регистрации, и имеет для них обязательную силу, а также на перевозки пассажиров и их багажа автобусами, когда в договоре перевозки указано, что перевозка осуществляется по территориям не менее двух государств-участников и пункт отправления или пункт назначения находится на территории одного из государств-участников.

В Конвенции регламентируются условия и правила перевозок, ответственность перевозчиков, порядок предъявления претензий и исков.

Форма билета и багажной квитанции, которыми оформляется перевозка пассажира и багажа, утверждается государственными компетентными органами в области автомобильного транспорта перевозчика и признается государственными компетентными органами в области транспорта других государств, по территории которых осуществляется перевозка.

Конвенцией установлена ответственность перевозчика за вред, причиненный здоровью пассажира или ущерб багажу во время перевозки. При этом перевозчик несет ответственность как за свои действия, так и за действия других лиц, к услугам которых он прибегает для выполнения обязательств, возлагаемых на него в силу договора перевозки, когда эти лица действуют в пределах своих обязательств.

Перевозчик освобождается от ответственности за вред, причиненный пассажиру, или ущерб, нанесенный багажу, если причиной происшествия явились обстоятельства, последствия которых перевозчик, несмотря на принятые меры, не мог предвидеть и избежать, а также если вред или ущерб возникли вследствие дефекта багажа, содержащего скоропортящиеся или запрещенные для перевозки вещества, средства или предметы. Он освобождается полностью или частично от ответственности и в случае, если вред или ущерб возник по вине пассажира. Перевозчик не вправе, однако, ссылаться на положения Конвенции, исключаящие полностью или частично его ответственность, если вред или ущерб причинен им пассажиру, багажу или имуществу в результате нарушения им правил дорожного движения государства, по территории которого осуществлялась перевозка, или правил перевозок пассажиров.

Пассажир имеет право предъявить претензию перевозчику в течение семи дней со дня прибытия его самого или багажа в пункт назначения.

По всем спорным вопросам, возникающим в связи с перевозкой пассажиров и багажа в международном сообщении, пассажир имеет право в соответствии со ст. 20 Минской конвенции 1993 г. обратиться в суды государства, на территории которого произошло событие, повлекшее вред либо ущерб, или в суды по месту нахождения перевозчика или места жительства пассажира. Компетентны также суды в пунктах отправления или прибытия пассажира.

Право на предъявление иска в связи с причинением вреда здоровью пассажира сохраняется в течение трех лет. Право на предъявление иска в связи с полной или частичной утерей багажа или его повреждением сохраняется в течение одного года.

Процесс перевозки пассажиров и багажа автобусами в регулярном и нерегулярном международном автобусном сообщении (организация перевозок, контроль) подробно регламентируется [Правилами перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом в](#)

международном сообщении государств - участников СНГ, являющимися неотъемлемой частью Конвенции.

Следует упомянуть также заключенную в 1973 г. в Женеве **Конвенцию о договоре международной автомобильной перевозки пассажиров и багажа (КАПП/CVR)** <1>, вступившую в силу 12 апреля 1994 г. Она применяется к договору автомобильной перевозки пассажиров и - в соответствующих случаях - их багажа транспортными средствами, когда в договоре указано, что перевозка осуществляется по территории по крайней мере двух государств и что пункт отправления или пункт назначения или тот и другой находятся на территории одного из договаривающихся государств. Применение Конвенции не зависит от местожительства и гражданства заключающих договор сторон. В Конвенции регулируются порядок заключения и исполнения договора перевозки пассажира и багажа, который удостоверяется билетом и багажной квитанцией, проводится различие между ответственностью перевозчика за вред, причиненный пассажирам, и ущербом, причиненным багажу, а также решаются процессуальные вопросы, касающиеся претензий и исков, и др. На сегодняшний день Конвенция не получила широкого распространения - в ней участвует лишь 9 государств. Российская Федерация в ней не участвует.

<1> URL: http://www.unece.org/trans/conventn/legalinst_28_OLIRT_CVR.html.

§ 3. Международные воздушные перевозки

1. Основу системы международных договоров, регулирующих воздушные перевозки, образуют положения Конвенции о международной гражданской авиации 1944 г. (Чикагская конвенция) <1>. Частью Конвенции является Устав Международной организации гражданской авиации (ИКАО) - специализированного учреждения ООН. В приложениях к Конвенции, а также в издаваемых ИКАО документах предусматриваются международные авиационные регламенты-стандарты, рекомендуемая практика, процедуры.

<1> СССР присоединился к Конвенции 15 октября 1970 г. Конвенция вступила в силу для СССР 14 ноября 1970 г.

Российская Федерация участвует во многих двусторонних международных договорах о воздушном сообщении <1>. Этими договорами, базирующимися на Чикагской конвенции, определяются коммерческие права сотрудничающих государств при осуществлении воздушных перевозок пассажиров, багажа, груза и почты, которые (права) реализуются назначенными государствами авиапредприятиями (фактическими пользователями прав) в соответствии с заключаемыми ими коммерческими соглашениями. "Пакет" таких прав включает семь "свобод воздуха", охватывающих транзитные перевозки, перевозки между государствами-партнерами по соглашению, перевозки из государства, участвующего в соглашении, в третьи страны <2>.

<1> Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Куба о воздушном сообщении 2007 г. // БМД. 2009. N 1; Соглашение между Правительством РФ и

Правительством Республики Корея о воздушном сообщении 2003 г. // БМД. 2003. N 8; Соглашение между Правительством РФ и Правительством Греческой Республики о воздушном сообщении 2001 г. // БМД. 2005. N 8; Соглашение между Правительством РФ и Правительством Французской Республики о воздушном сообщении 2001 г. // БМД. 2002. N 10; Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Беларусь о воздушном сообщении и сотрудничестве в области воздушного транспорта 1997 г. // БМД. 1998. N 6; Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Казахстан о воздушном сообщении 1994 г. // БМД. 1995. N 2; Соглашение между Правительством РФ и Правительством Азербайджанской Республики о воздушном сообщении и сотрудничестве в области воздушного транспорта 1993 г. // БМД. 1995. N 7; 1998. N 6; и т.п.

<2> См.: Грязнов В. Международно-правовое регулирование воздушных перевозок // Закон. 1997. N 8. С. 92 - 94.

Примером регламентации права полетов и перевозок на двусторонней основе является Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Куба о воздушном сообщении 2007 г. В соответствии с положениями ст. 2 этого Соглашения авиапредприятия государства каждой Стороны при осуществлении международного воздушного сообщения по установленным маршрутам пользуются следующими правами:

- 1) совершать пролет над территорией государства другой Стороны без посадки;
- 2) совершать на территории государства другой Стороны остановки с некоммерческими целями;
- 3) совершать посадки на территории государства другой Стороны в пунктах, указанных для этого маршрута в приложении к Соглашению, с целью посадки и (или) высадки пассажиров, погрузки и (или) выгрузки почты и груза международного следования.

Предоставление авиапредприятиям Сторон названных прав не может рассматриваться как предоставление назначенному авиапредприятию государства одной Стороны права брать на борт пассажиров, груз и почту для их перевозки между пунктами на территории государства другой Стороны на условиях аренды или за вознаграждение.

2. Условия широкого, охватывающего различные регионы сотрудничества в области воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов определяются Конвенцией для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, 1929 г. (Варшавская конвенция 1929 г.) <1>. В 1955 г. Варшавская конвенция была изменена Протоколом относительно изменения Конвенции для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, подписанной в Варшаве 12 октября 1929 г. (Гаагский протокол) <2>. В 1961 г. была принята Конвенция, дополнительная к Варшавской конвенции, для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, осуществляемых лицом, не являющимся перевозчиком по договору (Гвадалахарская конвенция) <3>. Варшавская конвенция 1929 г., Гаагский протокол 1955 г. и Гвадалахарская конвенция 1961 г., в которых участвует и Россия, составляют так называемую Варшавскую систему в ее классическом виде.

<1> СССР подписал Варшавскую конвенцию в 1929 г. и ратифицировал ее в 1934 г. // СЗ СССР. 1934. Отд. II. N 20. Ст. 176.

<2> ВВС СССР. 1957. N 8. Ст. 217. СССР ратифицировал Протокол Указом Президиума Верховного Совета СССР от 9 февраля 1957 г. // ВВС СССР. 1957. N 6. Ст. 136. Протокол вступил в силу для СССР в 1963 г.

<3> ВВС СССР. 1984. N 7. Ст. 113. СССР ратифицировал Конвенцию Указом Президиума Верховного Совета СССР от 15 августа 1983 г. N 9820-X // ВВС СССР. 1983. N 34. Ст. 521. Конвенция вступила в силу для СССР в 1983 г.

Варшавская конвенция, измененная Гаагским протоколом, в последующем была дополнена Гватемальским протоколом 1971 г. <1> и Монреальскими протоколами (N 1 - 4) 1975 г. <2> Российская Федерация не участвует в Гватемальском и Монреальских протоколах.

<1> ICAO. Doc. 8932.

<2> ICAO. Doc. 9145, 9146, 9147, 9148. Протоколы N 1, 2 вступили в силу в 1996 г. и насчитывают 49 и 50 участников соответственно. Протокол N 4 вступил в силу в 1998 г. и насчитывает 57 участников. Протокол N 3 не вступил в силу, поскольку не набрал необходимого количества ратификаций.

Варшавская конвенция <1> применяется при всякой международной перевозке пассажиров, багажа или груза, осуществляемой за плату посредством воздушного судна. Она применяется также к бесплатным перевозкам, осуществляемым посредством воздушного судна предприятием воздушных перевозок. Конвенция не применяется к перевозке почтовой корреспонденции и почтовых посылок.

<1> Здесь и далее, если не оговаривается иное, имеется в виду Конвенция, измененная Гаагским протоколом.

В Варшавской конвенции под международной перевозкой понимается любая перевозка, при которой место отправления и место назначения (вне зависимости от того, имеется ли перерыв в перевозке или перегрузка) расположены либо на территории двух государств - участников Конвенции, либо на территории одного и того же государства - участника, если остановка предусмотрена на территории другого государства, даже когда это последнее не является участником Конвенции. Перевозка без подобной остановки между двумя пунктами, находящимися на территории одного и того же государства-участника, не рассматривается как международная в смысле Конвенции.

Перевозка, осуществляемая несколькими последовательно действующими перевозчиками, считается единой, если она рассматривается сторонами как единая операция, вне зависимости от того, оформлена ли она одним или рядом договоров. Перевозка такого рода не утрачивает свой международный характер лишь потому, что один или несколько договоров должны быть

выполнены полностью на территории одного и того же государства.

В Конвенции устанавливаются единые требования, предъявляемые к реквизитам перевозочных документов (проездного билета, багажной квитанции, воздушно-погрузочного документа), порядку их выдачи. Отсутствие, неправильность в оформлении или утеря этих документов не влияют на существование и действительность договора о перевозке, который будет тем не менее подпадать под действие правил Варшавской конвенции. Однако если перевозчик примет пассажира, багаж или груз на борт воздушного судна без указанных документов либо если такие документы не содержат уведомления об ограничении ответственности перевозчика, то последний не будет иметь права ссылаться на положения Конвенции, устанавливающие предел его ответственности.

Центральное место в Конвенции занимают правила об ответственности перевозчика. Перевозчик несет ответственность за вред, происшедший в случаях:

- смерти, ранения или любого другого телесного повреждения пассажира, если несчастный случай, в результате которого причинен вред, произошел на борту воздушного судна или во время операций по посадке и высадке;
- уничтожения, потери или повреждения зарегистрированного багажа или груза, если происшествие, причинившее вред, произошло во время воздушной перевозки;
- опоздания при воздушной перевозке пассажиров, багажа, грузов.

Ответственность перевозчика, согласно Варшавской конвенции, основывается на принципе вины: перевозчик не несет ответственности, если докажет, что принял все необходимые меры, чтобы избежать вреда, или что такие меры невозможно было принять.

В случае, если перевозчик докажет, что вина потерпевшего была причиной вреда или способствовала ему, суд может в соответствии со своим законом устранить или ограничить ответственность перевозчика.

Конвенция ограничивает ответственность перевозчика за вред, причиненный пассажиру, багажу, грузу, ручной клади.

Варшавской конвенцией 1929 г. пределы ответственности перевозчика были установлены в размере 125 тыс. франков <1> за каждого пассажира, 250 франков за 1 кг груза или багажа и 5 000 франков за вещи, находящиеся при пассажире (ручная кладь). Отмечается, что Варшавская конвенция была принята в начале XX в., в период, когда авиаперевозчики несли значительные риски при осуществлении международных воздушных перевозок. Поэтому Варшавская конвенция ввела ответственность авиаперевозчика за вину и установила незначительные пределы его ответственности <2>. Однако к 1955 г. возросло экономическое благосостояние граждан, пользующихся воздушным транспортом, увеличилась стоимость жизни, усилилась безопасность воздушных полетов и требовалось повысить пределы ответственности перевозчика. Гаагский протокол удвоил предельные размеры ответственности перевозчика в отношении пассажира (250 тыс. франков).

<1> Здесь и далее имеются в виду франки Пуанкаре - валютная единица, содержащая 65,5 мг золота 900-й пробы.

<2> См.: Хлестова И.О. Международные воздушные перевозки // Отдельные виды обязательств в международном частном праве. М., 2008. С. 248.

Закон суда, в который предъявлен иск, может устанавливать возмещение в виде периодических платежей. В этом случае эквивалентная капитализированная сумма платежей не должна превышать 250 тыс. франков. Перевозчик и пассажир, заключив особое соглашение, могут установить и более высокий предел ответственности.

Всякая оговорка, ведущая к освобождению перевозчика от ответственности или к установлению меньшего предела ответственности, чем тот, что предусмотрен Варшавской конвенцией, является недействительной и не порождает никаких последствий, но недействительность оговорки не влечет за собой недействительности самого договора международной воздушной перевозки.

Пределы ответственности не подлежат применению, если будет доказано, что вред произошел в результате действия или упущения перевозчика, совершенных с намерением причинить вред или носивших опрометчивый характер с сознанием того, что в результате такого действия (упущения) возможно причинение вреда.

Иск об ответственности должен быть возбужден в пределах территории одного из государств - участников Варшавской конвенции по выбору истца: в суде по месту жительства перевозчика, по месту нахождения главного управления его предприятия, по месту, где перевозчик имеет контору, посредством которой был заключен договор, или в суде места назначения. Срок исковой давности, установленный Конвенцией, составляет два года с момента прибытия воздушного судна по назначению, или со дня, когда воздушное судно должно было прибыть, или с момента остановки перевозки.

Немногочисленные коллизионные нормы, содержащиеся в Варшавской конвенции, отсылают к закону суда: для решения вопросов о возможности установить возмещение в виде периодических платежей, о присуждении выплаты истцу понесенных им судебных издержек и других расходов по судебному разбирательству, о порядке исчисления срока исковой давности. Не решаются в Конвенции вопросы, относящиеся к порядку определения размера возмещения, кругу лиц, имеющих право на возмещение в случае гибели пассажира.

В 1971 г. Гватемальским протоколом предел ответственности перевозчика перед пассажиром был увеличен в шесть раз по сравнению с Гаагским протоколом (до 1,5 млн франков). Гватемальский протокол допускает последующее увеличение этого предела через каждые пять лет и вносит ряд изменений в Варшавскую конвенцию:

1) устанавливает ответственность перевозчика за причинение вреда жизни или здоровью пассажира, а также за несохранность багажа независимо от вины;

2) предусматривает освобождение перевозчика от ответственности, если вред был обусловлен состоянием здоровья пассажира или его виной либо явился результатом внутренних свойств багажа или вины пассажира.

Протокол не набрал необходимого количества ратификаций и не вступил в силу.

Монреальские протоколы (N 1 - 4) 1975 г. внесли существенные изменения в Варшавскую конвенцию, установив в качестве расчетной единицы "специальные права заимствования" (СПЗ). Пределы ответственности перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, составляют: в Протоколе N 1 - 8 300 СПЗ, Протоколе N 2 - 16 600 СПЗ, Протоколе N 3 - 100 тыс. СПЗ; за несохранность груза согласно Протоколам N 1, 3, 4 перевозчик несет ответственность в пределах 17 СПЗ за 1 кг; за несохранность багажа согласно Протоколу N 1 - 17 СПЗ за 1 кг, Протоколу N 3 - 1 000 СПЗ в отношении каждого пассажира. Протокол N 1 также устанавливает пределы ответственности перевозчика за несохранность ручной клади в размере 332 СПЗ. Согласно Протоколу N 3 ответственность перевозчика за задержку пассажира и багажа ограничивается 4 150 СПЗ <1>. Изменениям подверглись и основания ответственности перевозчика. Так, Протокол N 4, посвященный перевозкам грузов, закрепил объективную ответственность перевозчика за несохранность груза. Протокол N 3 воспроизвел положения Гватемальского протокола, согласно которым перевозчик отвечает за несохранность багажа независимо от вины.

<1> См.: Грязнов В. Указ. соч. С. 95.

В практике международного воздушного транспорта широко распространена аренда воздушных судов <1>. Данное обстоятельство послужило причиной принятия в 1961 г. Гвадалахарской конвенции, которая распространила действие Варшавской конвенции на международные перевозки, выполняемые фактическим перевозчиком (а не перевозчиком по договору). Под фактическим перевозчиком, согласно Гвадалахарской конвенции, понимается лицо, не являющееся перевозчиком по договору, которое, будучи уполномочено последним, осуществляет полностью или частично перевозку, но которое в отношении этой части не является последовательным перевозчиком в смысле Варшавской конвенции. На фактического перевозчика и уполномоченных им лиц распространяется режим ответственности, установленный Варшавской конвенцией. Любой иск о возмещении вреда, причиненного при перевозке, осуществляемой фактическим перевозчиком, может быть предъявлен по выбору истца либо к этому перевозчику, либо к перевозчику по договору, либо к обоим, совместно или в отдельности.

<1> См.: Хлестова И.О. Указ. соч. С. 248, 249.

Варшавской конвенцией были установлены низкие пределы ответственности перевозчика, что в сложившихся социально-экономических условиях привело к их увеличению отдельными государствами на национальном уровне.

3. 28 мая 1999 г. в Монреале на Международной конференции по воздушному праву, состоявшейся под эгидой ИКАО, была принята Конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок (Монреальская конвенция 1999 г.), направленная на модернизацию и консолидацию Варшавской конвенции и связанных с ней документов. В данной Конвенции, вступившей в силу 4 ноября 2003 г. и объединяющей более 130 государств, могут участвовать в том числе региональные организации экономической интеграции. В частности,

одним из ее участников является ЕС. Россия присоединилась к Монреальской конвенции в апреле 2017 г. <1>.

<1> См.: Федеральный закон от 3 апреля 2017 г. N 52-ФЗ "О присоединении Российской Федерации к Конвенции для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок" // СЗ РФ. 2017. N 15 (ч. I). Ст. 2127.

Монреальская конвенция учитывает новые реалии, сложившиеся в области международных воздушных перевозок <1>, отвечает современным требованиям упрощения процедур и формальностей на воздушном транспорте <2>. Положения Конвенции направлены на достижение баланса интересов потребителя и перевозчика, формируют систему обеспечения и защиты прав потребителей при международных воздушных перевозках, значительно облегчают процедуру возмещения вреда, причиненного при перевозке, и исходят из необходимости справедливой компенсации на основе принципа наиболее полного возмещения.

<1> Хлестова И.О. Указ. соч. С. 273.

<2> Остроумов Н.Н. Об ответственности воздушного перевозчика за несохранность груза и багажа // Государство и право. 2005. N 2. С. 35.

Отличительной особенностью Монреальской конвенции является то, что участвовать в ней могут не только государства, но и региональные организации экономической интеграции. В частности, одним из ее участников является Европейский союз, для которого Конвенция вступила в силу в 2004 г.

Сфера применения Монреальской конвенции и закрепленное в ней понятие международной воздушной перевозки аналогичны соответствующим положениям Варшавской конвенции. Монреальская конвенция применяется в том числе к воздушным перевозкам, осуществляемым лицами, не являющимися перевозчиками по договору. Эти правила также аналогичны тем, что содержатся в Гвадалахарской конвенции 1961 г.

Вместо категорий "проездной билет" и "багажная квитанция", предусмотренных Варшавской конвенцией, Монреальская конвенция использует термин "перевозочный документ" (индивидуальный или групповой), который выдается при перевозке пассажиров. На каждое место зарегистрированного багажа пассажиру вручается багажная идентификационная бирка. При перевозке груза выдается авиагрузовая накладная. Вместо перевозочного документа и авиагрузовой накладной могут использоваться любые другие средства, сохраняющие запись о предстоящей перевозке. Под такими средствами следует понимать прежде всего электронные средства оформления договора международной воздушной перевозки (так называемые электронный билет и электронная авианакладная), применение которых позволяет упростить процесс заключения договора <1>. Возможность оформления договора международной воздушной перевозки грузов электронной авианакладной предусматривалась еще Монреальским протоколом 1975 г. N 4.

<1> О преимуществах использования электронного билета для пассажиров и перевозчиков подробнее см.: Бордунов В.Д. Международное воздушное право: Учебное пособие. М., 2007. С. 192, 193.

При оформлении договора международной воздушной перевозки пассажиров с использованием электронных средств перевозчик предлагает пассажиру представить письменное изложение сохраненной информации. Пассажиру также вручается письменное уведомление об ограничении ответственности перевозчика. Если при оформлении договора международной воздушной перевозки грузов используется электронная авианакладная, перевозчик по просьбе отправителя выдает квитанцию на груз, позволяющую опознать груз и получить доступ к сохраненной в электронном варианте информации.

По сравнению с Варшавской конвенцией Монреальская конвенция ужесточает правила об ответственности авиаперевозчика. Монреальская конвенция во многом основывается на положениях Гватемальского протокола 1971 г. и Монреальских протоколов (N 1 - 4) 1975 г. Основные новеллы касаются прежде всего пассажирских перевозок.

Принцип наиболее полного возмещения вреда реализуется в положениях Монреальской конвенции об ответственности перевозчика за вред, происшедший в случае смерти или телесного повреждения пассажира. Устанавливается двухуровневая система ответственности. Если размер причиненного вреда не превышает 100 тыс. СПЗ, то перевозчик несет безвиновную ответственность, которая наступает при наличии одного только факта причинения вреда. Такая ответственность характеризуется как абсолютная <1>. В рамках 100 тыс. СПЗ перевозчик несет ответственность за вред, причиненный в результате действия обстоятельств непреодолимой силы, а также за вину третьих лиц. В последнем случае наиболее распространенными примерами являются террористические акты, совершаемые посредством захвата воздушных судов, а также ошибка наземного диспетчера.

<1> См.: Остроумов Н.Н. Монреальская конвенция об унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г. и ответственность перевозчика за жизнь и здоровье пассажира // Московский журнал международного права. 2004. N 4. С. 116.

Если причиненный вред превышает на каждого пассажира 100 тыс. СПЗ, виновная ответственность перевозчика сохраняется. В этом случае перевозчик не несет ответственности, если докажет, что такой вред не был причинен из-за небрежности, другого неправильного действия или бездействия перевозчика, его служащих или агентов либо такой вред причинен исключительно из-за небрежности, другого неправильного действия или бездействия третьей стороны.

Таким образом, Монреальская конвенция по существу не предусматривает пределов ответственности перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира <1>.

<1> Так, по мнению Н.Н. Остроумова, "Конвенция вообще не предусматривает каких-либо пределов ответственности перевозчика за смерть и телесное повреждение пассажира. <...> порог размера причиненного вреда, который составляет 100 000 СПЗ, пределом ответственности не является, поскольку последняя по Конвенции беспредельна". См.: Остроумов Н.Н. Монреальская конвенция об унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г. и ответственность перевозчика за жизнь и здоровье пассажира. С. 115, 127.

Монреальская конвенция содержит правило о незамедлительных предварительных выплатах. В случае авиационного происшествия, вызвавшего смерть или телесное повреждение пассажиров, перевозчик, если это предусматривается его национальным законодательством, незамедлительно производит предварительные выплаты лицам, которые имеют право требовать компенсацию, для удовлетворения безотлагательных экономических потребностей таких лиц. Предварительные выплаты не означают признание ответственности перевозчика и могут идти в зачет последующих выплат в плане возмещения убытков.

За несохранность зарегистрированного багажа Монреальская конвенция также устанавливает безвиновную ответственность авиаперевозчика. Перевозчик не несет ответственности только в том случае, если вред явился результатом присущего багажу дефекта, качества или порока. В отношении незарегистрированного багажа, включая личные вещи, перевозчик несет ответственность, если вред причинен по его вине или по вине его служащих или агентов.

Монреальской конвенцией также предусмотрена объективная ответственность перевозчика за несохранность груза. Перевозчик не несет ответственности, только если докажет, что уничтожение, утеря или повреждение груза произошли в результате: присущего грузу дефекта, качества или порока; неправильной упаковки груза лицом, кроме перевозчика, его служащих или агентов; акта войны или вооруженного конфликта; акта органа государственной власти, связанного с ввозом, вывозом или транзитом груза.

Ответственность авиаперевозчика за вред, происшедший вследствие задержки при воздушной перевозке пассажиров, багажа или груза, по-прежнему основывается на принципе вины.

Во всех перечисленных случаях (смерть или телесные повреждения пассажира, несохранность или задержка багажа или груза, задержка при воздушной перевозке пассажиров) перевозчик освобождается от ответственности полностью или частично, если докажет, что вред был причинен по вине самого потерпевшего.

Монреальская конвенция устанавливает повышенные пределы ответственности авиаперевозчика: за несохранность или задержку багажа - 1 000 СПЗ в отношении каждого пассажира; за несохранность или задержку груза - 17 СПЗ за 1 кг груза; в случае вреда, причиненного при перевозке лиц в результате задержки, - 4 150 СПЗ в отношении каждого пассажира.

Названные пределы ответственности не применяются, если будет доказано, что вред произошел в результате действия или бездействия перевозчика, его служащих или агентов, совершенного с намерением причинить вред или безрассудно и с сознанием того, что в результате этого, возможно, произойдет вред, при условии, что в случае такого действия или бездействия служащего или агента будет также доказано, что этот служащий или агент действовал в рамках

своих обязанностей.

Допускается возможность пересмотра пределов ответственности перевозчика каждые пять лет с использованием коэффициента инфляции, соответствующего совокупным темпам инфляции за период со времени предыдущего пересмотра, или при первом пересмотре - с даты вступления в силу Конвенции.

Как и Варшавская конвенция, Монреальская конвенция содержит норму о недействительности любых соглашений, направленных на уменьшение пределов ответственности перевозчика либо на освобождение его от ответственности.

В целях обеспечения надлежащего возмещения вреда, причиненного во время воздушной перевозки, устанавливается правило об обязательном страховании перевозчиком своей ответственности.

Нормы о юрисдикции, закрепленные в Варшавской конвенции, воспроизведены и в Монреальской конвенции, при этом возможность выбора юрисдикции истцом расширена. В отношении вреда, происшедшего в результате смерти или телесного повреждения пассажира, иск об ответственности может быть возбужден также на территории государства-участника, в котором пассажир на момент происшествия имеет основное и постоянное место жительства и в которое или из которого осуществляется воздушная перевозка пассажиров.

Новеллой Монреальской конвенции является предоставление сторонам в договоре перевозки груза права установить, что любой спор, касающийся ответственности перевозчика, подлежит разрешению в арбитраже.

Монреальская конвенция содержит и коллизионные нормы, в основном аналогичные соответствующим нормам Варшавской конвенции: коллизионная привязка к закону страны суда по вопросам исчисления срока исковой давности, а также по вопросам присуждения судебных издержек и других расходов по судебному разбирательству, понесенных истцом, включая проценты. Стоит отметить, что Варшавской конвенцией возможность выплаты истцу процентов не предусматривается.

4. Регулированию международных воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов и почты была посвящена отдельная глава ныне утратившего силу Воздушного кодекса СССР 1983 г. <1> (гл. 7), которая давала определение международной воздушной перевозки, содержала нормы, касающиеся перевозочных документов, регулировала ответственность перевозчика, деятельность иностранных авиационных предприятий на территории СССР, устанавливала срок исковой давности по требованиям, вытекающим из международной воздушной перевозки.

<1> СЗ СССР. Т. 8. С. 257.

В Воздушном кодексе Российской Федерации, вступившем в силу 1 апреля 1997 г., регулированию международных воздушных перевозок посвящены отдельные нормы этого Кодекса.

Международная воздушная перевозка определяется как такая, при которой пункт отправления и пункт назначения расположены:

- соответственно на территориях двух государств;
- на территории одного государства, если предусмотрен пункт (пункты) посадки на территории другого государства.

Это определение основывается на положениях Варшавской конвенции.

Перевозчик несет ответственность перед пассажиром воздушного судна и грузовладельцем в порядке, установленном законодательством РФ, международными договорами РФ, а также договорами воздушной перевозки пассажира, груза или почты. За вред, причиненный при воздушной перевозке жизни или здоровью пассажира воздушного судна, он отвечает в соответствии с международными договорами РФ и гл. 59 ГК РФ ("Обязательства вследствие причинения вреда"). Если договором воздушной перевозки пассажира не предусмотрен более высокий размер ответственности перевозчика за такой вред (а перевозчику предоставляется право заключать соглашения с пассажирами, грузоотправителями или грузополучателями о повышении пределов своей ответственности по сравнению с пределами, установленными Воздушным кодексом или международными договорами РФ), размер ответственности определяется международным договором РФ или в соответствии с Воздушным кодексом РФ.

Воздушный кодекс рассматривает ответственность перевозчика за вред, причиненный жизни и здоровью пассажира во внутренних воздушных перевозках, как внедоговорную ответственность. Деятельность авиаперевозчика связана с использованием средств повышенной опасности, поэтому его ответственность является объективной. Вред в таком случае подлежит возмещению в полном объеме. Согласно ст. 117 Кодекса перевозчик обязан выплатить компенсацию в счет возмещения вреда, причиненного жизни пассажира воздушного судна, в сумме 2 млн руб.; в счет возмещения вреда, причиненного здоровью пассажира, - не более 2 млн руб. Выплата указанной компенсации не освобождает перевозчика от возмещения такого вреда в части, превышающей сумму произведенной компенсации.

За утрату, недостачу или повреждение (порчу) багажа, груза, а также вещей, находящихся при пассажире, при международных воздушных перевозках перевозчик несет ответственность в соответствии с международными договорами РФ.

Воздушный кодекс РФ устанавливает срок для предъявления претензии к перевозчику при международных воздушных перевозках. В случае повреждения (порчи) багажа или груза лицо, имеющее право на его получение, при обнаружении вреда должно заявить перевозчику уведомление в письменной форме не позднее чем через 7 дней со дня получения багажа и не позднее чем через 14 дней со дня получения груза. В случае просрочки доставки багажа или груза претензия должна быть предъявлена в течение 21 дня со дня передачи багажа или груза в распоряжение лица, имеющего право на его получение.

В случае утраты багажа, груза или почты претензия к перевозчику может быть предъявлена в течение 18 месяцев со дня прибытия воздушного судна в аэропорт пункта назначения, со дня, когда воздушное судно должно было прибыть, или со дня прекращения воздушной перевозки.

За вред, причиненный при воздушной перевозке жизни, здоровью либо имуществу пассажира или третьих лиц, владелец воздушного судна несет ответственность в размере, предусмотренном гражданским законодательством России, если иное не установлено международным договором РФ.

Воздушный кодекс РФ предусматривает обязательное страхование ответственности владельца воздушного судна перед третьими лицами. При выполнении международных полетов и авиационных работ в воздушном пространстве иностранных государств минимальный размер страховой суммы устанавливается по законодательству соответствующего иностранного государства.

Страхование риска гражданской ответственности перевозчика перед пассажирами за причиненный при воздушной перевозке вред жизни или здоровью пассажира, вред его багажу и находящимся при этом пассажире вещам является обязательным.

При выполнении международных воздушных перевозок размеры страховой суммы и страховых выплат не должны быть менее размеров, установленных в соответствии с международными договорами РФ.

Иностранные авиационные предприятия, международные эксплуатационные агентства и иностранные индивидуальные предприниматели вправе осуществлять коммерческую деятельность в области гражданской авиации в порядке, установленном законодательством и международными договорами РФ.

Воздушным кодексом РФ (ст. 63) предусматриваются следующие требования к этой деятельности:

1) международные воздушные перевозки и (или) авиационные работы выполняются при условии получения соответствующих лицензий;

2) названные предприятия, агентства и предприниматели не имеют права:

а) принимать на территории России на борт воздушных судов пассажиров, багаж, грузы и почту для воздушных перевозок на территорию иностранного государства или перевозить их на территорию России с территории иностранного государства, если иное не предусмотрено международным договором РФ или выдаваемыми в порядке, установленном Правительством РФ, разовыми разрешениями уполномоченного органа в области гражданской авиации;

б) принимать на территории России на борт воздушных судов пассажиров, багаж, грузы и почту для воздушных перевозок в пределах ее территории без разрешений уполномоченного органа в области гражданской авиации, выдаваемых в порядке, установленном Правительством РФ.

Иностранные авиационные предприятия могут открывать свои представительства на территории России в соответствии с законодательством и (или) международными договорами РФ.

Согласно ст. 102 Воздушного кодекса РФ перевозчики обязаны соблюдать общие правила воздушных перевозок пассажиров, багажа и грузов и требования к обслуживанию пассажиров,

грузоотправителей, грузополучателей, устанавливаемые федеральными авиационными правилами.

Приказом Министерства транспорта РФ от 28 июня 2007 г. N 82 утверждены Федеральные авиационные правила "Общие правила воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов и требования к обслуживанию пассажиров, грузоотправителей, грузополучателей" <1>. Данные Правила разработаны в соответствии с Варшавской конвенцией 1929 г. и определяют условия воздушной перевозки пассажиров и их вещей, грузов, права и обязанности перевозчика, других лиц, участвующих в организации и обеспечении воздушных перевозок, а также пассажиров, грузоотправителей и грузополучателей.

<1> Российская газета. 2007. 10 окт.; 2008. 30 дек.

Правила применяются при осуществлении внутренних и международных воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов регулярными и чартерными рейсами. При выполнении международных перевозок они применяются в части, не противоречащей международным соглашениям РФ о воздушном сообщении, а также законам, постановлениям, правилам и предписаниям государственных органов страны, на территорию, с территории или через территорию которой осуществляются такие перевозки.

В связи с присоединением России к Монреальской конвенции в литературе обсуждается вопрос о соотношении императивных положений Конвенции и не соответствующих ей положений российского законодательства <1>.

<1> См.: Остроумов Н.Н. Монреальская конвенция о международных воздушных перевозках как составная часть правовой системы России // Журнал российского права. 2017. N 9.

§ 4. Международные морские перевозки

1. Действующие в области торгового мореплавания нормы международного частного права образуют одну из его наиболее развитых подсистем. В юридической литературе, исследующей проблемы торгового мореплавания, эта подсистема нередко обозначается как "международное частное морское право".

"Срез" ее нормативных предписаний обнаруживает много общего со структурой международного частного права в целом. Они также включают нормы прямого действия и коллизионные нормы, закрепляемые в национальном законодательстве, материально-правовые и коллизионные нормы международных договоров, обычаи <1>.

<1> См.: Многосторонние международные соглашения о морском транспорте. Вступительная статья А.Л. Маковского. М., 1983.

Отношения, опосредуемые договорами перевозки пассажиров, багажа и грузов, образуют

одну из сфер, охватываемых понятием "торговое мореплавание". Другие сферы охватывают осуществление вещных прав на морские суда, отношения, связанные с риском мореплавания (морское страхование, общая и частная авария, столкновение судов, спасание на море и др.).

Заметной особенностью регулирования этой сферы в последние годы является расширение круга многосторонних договоров, предусматривающих унифицированные материально-правовые и коллизионные нормы, позволяющие решать на единообразной основе сложные вопросы торгового мореплавания. Предметом унификации являются, например, правила о перевозке пассажиров, груза и багажа, об ограничении ответственности судовладельцев, об ответственности за загрязнение нефтью, о последствиях столкновения судов и других инцидентов, осложняющих плавание, о спасании, о гражданской ответственности в области морской перевозки ядерных материалов и некоторые другие правила.

До недавнего времени в целом ряде таких многосторонних соглашений Россия не участвовала. В немалой степени это объясняется включением в них положений, в той или иной мере отражавших неизвестные Российской Федерации нормы других правовых систем. Но в последние годы, в условиях обновления российского частного права, параллельно с разработкой Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации, вступившего в силу с 1 мая 1999 г. <1>, начался и набрал силу процесс присоединения России к наиболее авторитетным международно-правовым документам, положения которых, будучи имплементированными в Кодекс, образовали в ряде глав как бы его несущие стержневые конструкции.

<1> СЗ РФ. 1999. N 18. Ст. 2207.

В России приняты федеральные законы о ее участии в следующих многосторонних международных договорах по вопросам торгового мореплавания: Международной конвенции о спасании 1989 г. <1>; Протоколе 1979 г. "Об изменении Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 г., измененной Протоколом от 23 февраля 1968 г." <2>; Международной конвенции об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов, 1952 г. <3>; Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1992 г. <4>; Протоколе 1992 г. об изменении Международной конвенции о создании Международного фонда для компенсации ущерба от загрязнения нефтью 1971 г. <5>; Международной конвенции об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ 1996 г. <6>; Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения бункерным топливом 2001 г. <7>; Международной конвенции о морских залогах и ипотеках 1993 г. <8>; Протоколе 1996 г. об изменении Конвенции об ограничении ответственности по морским требованиям 1976 г. <9> Россия продолжает участвовать в Международной конвенции об унификации некоторых правил относительно столкновения судов (1910 г.) <10>.

<1> СЗ РФ. 1998. N 51. Ст. 6268.

<2> СЗ РФ. 1999. N 2. Ст. 244.

<3> СЗ РФ. 1999. N 2. Ст. 240.

<4> СЗ РФ. 2000. N 2. Ст. 148.

<5> СЗ РФ. 2000. N 2. Ст. 147.

<6> СЗ РФ. 2000. N 2. Ст. 138.

<7> Российская газета. 2008. 9 дек.

<8> СЗ РФ. 1998. N 51. Ст. 6266.

<9> СЗ РФ. 1999. N 2. Ст. 236.

<10> Россия ратифицировала Конвенцию 1 февраля 1913 г. СССР признал Конвенцию имеющей силу для СССР (Постановление СНК СССР от 2 февраля 1926 г. "О признании имеющими силу для СССР Брюссельских конвенций 23 сентября 1910 г. о столкновении судов и оказании помощи на море и Парижской конвенции 14 марта 1884 г. по охране подводных кабелей") // Собрание законов и распоряжений Рабоче-крестьянского Правительства СССР. Отдел второй. 1 ноября 1926 г. N 31. Ст. 187.

Федеральным законом от 26 февраля 1997 г. N 30-ФЗ была ратифицирована Конвенция ООН по морскому праву 1982 г. <1>. Определяя всеобъемлющий режим в области морского права, 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 и др.).

<1> СЗ РФ. 1997. N 9. Ст. 1013; N 49. Ст. 5493. Конвенция вступила в силу для Российской Федерации 11 апреля 1997 г.

В 1979 г. СССР ратифицировал Конвенцию о кодексе поведения линейных конференций, одной из основных целей которой является создание баланса интересов перевозчика и грузовладельца.

2. Принятым в начале 1999 г. Федеральным законом был решен вопрос о присоединении Российской Федерации к Протоколу 1979 г. с непростым наименованием "Об изменении Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 г., измененной Протоколом от 23 февраля 1968 г." <1>. Из ст. VII Протокола 1979 г. следует, что присоединение к нему равносильно присоединению к Конвенции. Тем самым в истории российского торгового мореплавания был сделан важный шаг, подготовленный предшествующим развитием отечественного законодательства.

<1> Рассматривая причины и историю принятия Конвенции о коносаменте 1924 г., А.Л.

Маковский пишет: "В основу этой Конвенции, часто не вполне точно называемой Гаагскими правилами, легли правила, принятые в 1921 г. в Гааге на сессии Ассоциации международного права и предназначенные для добровольного применения их участниками перевозок путем ссылки на них в коносаментах. При принятии их в 1922 г. в качестве Конвенции в них был внесен ряд не очень существенных изменений. После незначительной доработки этой Конвенции в 1923 г. назначенной конференцией комитетом она была подписана в Брюсселе 25 августа 1924 г." (Маковский А.Л. Об унификации норм морского права // Проблемы международного частного права. М., 1960. С. 113 - 117). С той же условностью Конвенцию о коносаменте 1924 г., измененную Протоколом 1968 г., именуют Правилами Гаага-Висби.

В самом деле, несмотря на то что Советский Союз не был участником Конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г. (Конвенция о коносаменте 1924 г., Гаагские правила), ее положения составили основу гл. VIII "Договор морской перевозки груза" КТМ СССР 1968 г. Соответствующая глава КТМ РФ опирается на правила как самой Конвенции о коносаменте 1924 г., так и последующих (1968 и 1979 г.) протоколов о ее изменении.

Нелишне отметить, что присоединение к Конвенции о коносаменте 1924 г. - шаг столь же важный, сколь и давно ожидавшийся. К моменту присоединения 4/5 всех морских перевозок грузов осуществлялось на судах, плавающих под флагами государств, являвшихся участниками Конвенции либо сформировавших свое законодательство на ее основе. Конвенция о коносаменте 1924 г. по сей день остается "основной международной Конвенцией, регулирующей перевозки грузов морем" <1>.

<1> Маковский А.Л. Обязательства по морской перевозке грузов в международном частном праве // Отдельные виды обязательств в международном частном праве. М., 2008. С. 290.

Сфера действия Конвенции о коносаменте 1924 г. не оставалась неизменной. Несмотря на правило ст. 10 Конвенции, предусматривавшее применение ее ко всякому коносаменту, выданному в одном из Договаривающихся государств, протокол подписания Конвенции разрешал Договаривающимся государствам не применять Конвенцию к каботажным перевозкам, что обусловило в их законодательстве неодинаковый подход к сфере действия Конвенции. Не распространялась Конвенция и на отношения по чартеру, а также на отношения, связанные с погрузкой и выгрузкой грузов.

Со вступлением в силу в июне 1977 г. Протокола 1968 г. об изменении Конвенции о коносаменте 1924 г. сфера ее применения была расширена (ст. 5 Протокола). Норма ст. 10 Конвенции, о которой сказано выше, была исключена и ее правила заменены положениями, в силу которых Конвенция применяется ко всякому коносаменту, относящемуся к перевозке грузов между портами двух разных государств, если: 1) коносамент выдан в Договаривающемся государстве, либо 2) перевозка осуществляется из порта, находящегося в Договаривающемся государстве, либо 3) договор, содержащийся в коносаменте или удостоверенный им, предусматривает, что правила Конвенции или вводящего их в действие законодательства какого-либо государства применяются к этому договору.

Указанные положения применяются, какова бы ни была национальность судна, перевозчика, отправителя, получателя или любого другого заинтересованного лица.

КТМ РФ (ст. 122), санкционируя применение правил, установленных гл. VIII "Договор морской перевозки груза", к перевозкам грузов в каботаже, исключает эту возможность в отношении правил ст. 167 "Навигационная ошибка", ст. 170 "Ограничение ответственности перевозчика" и п. 2 ст. 171 "Требования к работнику или агенту перевозчика".

Конвенция о коносаменте 1924 г. вводит виновную ответственность перевозчика, его агентов и служащих. Перевозчик не отвечает за потери и убытки, возникшие не из-за действий и не по вине перевозчика и не из-за действий и не по вине агентов или служащих перевозчика; однако бремя доказывания отсутствия вины возлагается на лицо, требующее такого освобождения от ответственности: оно должно доказать, что ни действия или вина перевозчика, ни действия или вина агентств или служащих перевозчика не способствовали потерям или убыткам.

В числе указанных в Конвенции причин потерь (убытков), за которые перевозчик не отвечает, называются действия, небрежность или упущения капитана, члена экипажа, лоцмана или служащих перевозчика в судовождении или управлении судном. Правило об освобождении перевозчика от ответственности при так называемой "навигационной ошибке" определено в ст. 167 КТМ РФ следующим образом: "Перевозчик не несет ответственности за утрату или повреждение принятого для перевозки груза либо за просрочку его доставки, за исключением груза, перевозимого в каботаже, если докажет, что утрата, повреждение или просрочка произошли вследствие действия или бездействия в судовождении или управлении судном капитана судна, других членов экипажа судна либо лоцмана (навигационная ошибка)".

Еще одна существенная особенность унифицированных Конвенцией 1924 г. правил о коносаменте - установление предела ответственности перевозчика за место или единицу груза. Протокол 1979 г. для исчисления предельной суммы возмещения ("если характер и стоимость груза не были объявлены отправителем до погрузки и внесены в коносамент") обращается к расчетной единице, являющейся единицей "специального права заимствования" (СПЗ), как она определена Международным валютным фондом.

До вступления в силу Протокола 1979 г. для исчисления предела ответственности перевозчика применялся в соответствии с Протоколом 1968 г. франк Пуанкаре.

Конвенционная норма об ограничении ответственности перевозчика отражена в КТМ РФ, в частности в ст. ст. 170 - 172. В случае, если род и вид, а также стоимость груза не были объявлены отправителем до погрузки и не были внесены в коносамент, ответственность перевозчика за утрату или повреждение принятого для перевозки груза не может превышать 666,67 расчетной единицы за место или другую единицу отгрузки либо две расчетные единицы за 1 кг массы брутто утраченного или поврежденного груза в зависимости от того, какая сумма выше. Перевозчик не имеет права на ограничение ответственности, если будет доказано, что утрата или повреждение принятого для перевозки груза либо просрочка его доставки явились результатом его собственного действия или собственного бездействия, совершенных умышленно или по грубой неосторожности.

3. По инициативе большого числа развивающихся стран Конференцией ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) в рамках ЮНСИТРАЛ была разработана Конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 г. (Гамбургские правила) <1>. В отношении государств, присоединившихся к этой Конвенции, прекращается действие Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г. и Протокола 1968 г.

<1> Конференция в Гамбурге наряду с принятием Конвенции рекомендовала в своей резолюции называть содержащиеся в ней правила Гамбургскими правилами.

Положения Гамбургских правил применяются к договорам морской перевозки между двумя государствами, если: 1) порт погрузки, предусмотренный в договоре морской перевозки, находится в одном из Договаривающихся государств; или 2) порт разгрузки, предусмотренный в договоре морской перевозки, находится в одном из Договаривающихся государств; или 3) один из опционных портов разгрузки, предусмотренных в договоре морской перевозки, является фактическим портом разгрузки и находится в одном из Договаривающихся государств; или 4) коносамент либо другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, выдан в одном из Договаривающихся государств; или 5) коносамент либо другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, предусматривает, что договор должен регулироваться положениями Гамбургских правил или законодательством любого государства, вводящим их в действие.

Сопоставление Гамбургских и Гаагских правил (Конвенции о коносаменте 1924 г.) позволяет сделать вывод о более широкой сфере применения первых, распространяющихся на палубные грузы и животных. В отличие от Конвенции о коносаменте 1924 г. Гамбургские правила распространяются на морские перевозки как по коносаменту, так и по иным транспортным документам. Положения этих правил не применяются к чартерам.

В связи с тем, что принцип вины выражен в Гамбургских правилах недостаточно четко, в заключительном акте конференции, принявшей Конвенцию 1978 г., было оговорено, что ответственность перевозчика в соответствии с Конвенцией основывается на принципе презюмируемой вины.

Гамбургские правила содержат более жесткие правила об ответственности перевозчика. Расширен период ответственности перевозчика: он охватывает время, в течение которого груз находится в ведении перевозчика в порту погрузки, в процессе перевозки и в порту разгрузки (п. 1 ст. 4). Если Конвенция 1924 г. (в ред. Протокола 1979 г.) ограничивает ответственность перевозчика суммой, не превышающей 666,67 расчетной единицы за место или единицу либо 2 расчетных единицы за один килограмм веса брутто утраченного или поврежденного груза, в зависимости от того, какая сумма выше (п. 5 ст. 4), то в Гамбургских правилах предел ответственности перевозчика увеличен: его ответственность ограничивается суммой, эквивалентной 835 расчетным единицам за место или другую единицу отгрузки либо 2,5 расчетной единицы за один килограмм веса брутто утраченного или поврежденного груза, в зависимости от того, какая сумма выше (п. 1 ст. 6). Расчетная единица ограничения ответственности, упоминаемая в статье 6 Гамбургских правил, является единицей "специального права заимствования" (СПЗ). В Гамбургских правилах в отличие от Конвенции 1924 г. (п. 2 ст. 4) не содержится "каталога исключений" - четкого перечня оснований, освобождающих перевозчика от ответственности. Кроме того, Гамбургскими правилами введена ответственность перевозчика за ущерб, причиненный пожаром, если лицо, заявляющее требование, докажет, что пожар возник по вине служащих или агентов перевозчика (п. 4 ст. 5), и исключено правило об освобождении перевозчика от ответственности при навигационной ошибке. Срок исковой давности по требованиям, связанным с перевозкой, в Гамбургских правилах увеличен (по сравнению с Конвенцией о коносаменте) с одного до двух лет.

В Конвенции 1978 г. (Гамбургских правилах) участвуют 34 государства <1>. Подписали, но так и не ратифицировали Конвенцию такие государства, как Бразилия, Дания, Финляндия, Франция, Германия, Мексика, Норвегия, Португалия, Швеция, США. Таким образом, среди участников Гамбургских правил нет ведущих морских держав. Поскольку Гамбургские правила не получили достаточно широкого распространения, ЮНСИТРАЛ начала разработку новой конвенции, призванной заменить Конвенцию о коносаменте 1924 г. и Конвенцию 1978 г. По словам А.Л. Маковского, "ЮНСИТРАЛ по сути дела признала создание Гамбургских правил неудачей в деле международной унификации регулирования отношений по морским перевозкам грузов" <2>.

<1> URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_status.html.

<2> Маковский А.Л. Обязательства по морской перевозке грузов в международном частном праве. С. 301.

4. В 2001 г. на 34-й сессии ЮНСИТРАЛ была учреждена Рабочая группа III (Транспортное право), на которую была возложена задача подготовки в тесном сотрудничестве с заинтересованными международными межправительственными и неправительственными организациями проекта новой конвенции по вопросам, связанным с международной перевозкой грузов <1>. В докладе по итогам 34-й сессии ЮНСИТРАЛ отмечалось, что морская перевозка грузов нередко представляет собой относительно ограниченный этап международной перевозки грузов. В случае же использования различных видов транспорта нередко возникают пробелы в действии обязательных режимов применительно к различным используемым видам транспорта. В этой связи было предложено в процессе разработки нового документа, регулирующего морские перевозки грузов, учитывать также вопросы, возникающие в случаях, когда предусмотрены перевозки с использованием более чем одного вида транспорта <2>.

<1> Doc. A/CN.9/497.

<2> Doc. A/CN.9/497.

Проект Конвенции о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов готовился на протяжении тринадцати сессий Рабочей группы с апреля 2002 г. по январь 2008 г. и был одобрен ЮНСИТРАЛ в Нью-Йорке 3 июля 2008 г. <1>. 11 декабря 2008 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла Конвенцию и постановила открыть ее для подписания 23 сентября 2009 г. в Роттердаме. Генеральная Ассамблея, кроме того, рекомендовала называть правила, содержащиеся в этой Конвенции, Роттердамскими правилами <2>. Для вступления Роттердамских правил в силу необходима их ратификация 20 государствами, пока же их ратифицировали только Испания, Конго и Того.

<1> Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение N 17 (A/63/17). Текст Конвенции на русском языке приводится в Журнале международного частного

права. 2009. N 2. С. 41 - 88.

<2> Doc. A/RES/63/122.

Целью Роттердамских правил является установление отвечающего современным требованиям единообразного правового регулирования сквозных перевозок, или перевозок "от двери до двери" ("door-to-door"), в то время как Гамбургские правила регулируют межпортовые перевозки ("port-to-port"), а перевозка грузов по Конвенции о коносаменте охватывает период с момента погрузки грузов на борт судна до их выгрузки с судна ("tackle-to-tackle"). Можно отметить, что в своих принципиальных положениях Роттердамские правила во многом схожи с Конвенцией 1978 г.

Роттердамские правила применяются к договорам перевозки, по которым место получения груза и место сдачи груза находятся в разных государствах и порт погрузки для морской перевозки и порт разгрузки для этой же морской перевозки находятся в разных государствах, если согласно договору перевозки любое из следующих мест находится в Договариваемом государстве:

- 1) место получения груза;
- 2) порт погрузки;
- 3) место сдачи груза;
- 4) порт разгрузки.

Отношения по чартеру не регулируются. Вводятся понятия "исполняющая сторона", "морская исполняющая сторона".

На 34-й сессии ЮНСИТРАЛ отмечалось, что "широкое использование электронных средств связи в области перевозки грузов вызывает необходимость разработки единообразных положений по вопросам, конкретно связанным с использованием новых технологий" <1>. Роттердамские правила разрешают использование наравне с транспортными документами транспортных электронных записей. Транспортная электронная запись, равно как и обычный транспортный документ, свидетельствует о получении перевозчиком или исполняющей стороной груза, а также о наличии договора перевозки или содержит такой договор. Выдача такой записи, владение ею или ее передача имеют такие же последствия, как и выдача транспортного документа, владение им или его передача.

<1> Doc. A/CN.9/497.

В категорию "груз" Роттердамскими правилами включены в том числе упаковка и любое оборудование и контейнер, которые не предоставляются перевозчиком или от его имени. Указанные правила содержат также положения, применяемые к перевозкам палубных грузов, а также опасных грузов, в целом аналогичные соответствующим нормам Гамбургских правил.

Роттердамские правила содержат обширный блок норм, регулирующих ответственность перевозчика. Период ответственности перевозчика за груз начинается с момента получения перевозчиком или исполняющей стороной груза для перевозки и заканчивается в момент сдачи груза. Перевозчик отвечает за утрату, повреждение или задержку в сдаче груза на основании вины.

При разработке Конвенции (Роттердамских правил) в ЮНСИТРАЛ был поставлен вопрос о включении в ее текст "каталога исключений". В итоге Конвенция содержит перечень оснований освобождения перевозчика от ответственности (п. 3 ст. 17). Как и в Гамбургских правилах, здесь отсутствуют нормы об освобождении перевозчика от ответственности при навигационной ошибке. Кроме того, согласно ст. 18 перевозчик несет ответственность за нарушение своих обязательств, вызванное действиями или бездействием любой исполняющей стороны, капитана или экипажа судна, служащих перевозчика или исполняющей стороны, а также любого другого лица, которое исполняет или обязуется исполнить любые обязательства перевозчика в соответствии с договором перевозки, в той степени, в какой это лицо действует, прямо или косвенно, по просьбе перевозчика или под надзором или контролем перевозчика. "Упоминание в данном контексте о капитане или экипаже судна явно излишне и преследует, очевидно, лишь одну цель - напомнить, что норма об освобождении от ответственности перевозчика при "навигационной ошибке" ушла безвозвратно" <1>.

<1> Иванов Г.Г. Морские перевозчики в ожидании новых, возможно, "Роттердамских правил" // Транспортное право. 2008. N 4. С. 6.

Конвенцией установлен повышенный по сравнению с Гамбургскими правилами предел ответственности перевозчика. Его ответственность ограничивается 875 СПЗ за место или другую единицу отгрузки или 3 СПЗ за один килограмм веса брутто груза, являющегося предметом иска или спора, в зависимости от того, какая сумма выше.

Срок исковой давности по требованиям, возникающим из нарушения обязательств по данной Конвенции, составляет два года.

5. В качестве государства - продолжателя СССР Россия является стороной в Афинской конвенции о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 г. и Протоколе 1976 г. к этой Конвенции.

Афинская конвенция именует международной любую перевозку, при которой в соответствии с договором место отправления и место назначения расположены в двух различных государствах либо в одном государстве, если согласно договору перевозки или предусмотренному рейсу промежуточный порт захода находится в другом государстве.

Конвенция подлежит применению к любой международной перевозке, поскольку: 1) судно плавает под флагом государства, являющегося Стороной Конвенции, или зарегистрировано в таком государстве; либо 2) договор перевозки заключен в государстве, являющемся Стороной Конвенции; либо 3) в соответствии с договором перевозки место отправления или назначения находится в государстве, являющемся Стороной Конвенции. Однако Конвенция не применяется, когда перевозка подпадает под режим гражданской ответственности, предусмотренной положениями любой другой международной конвенции о перевозке пассажиров и их багажа иным

видом транспорта (при условии, что эти положения должны применяться к перевозке морем).

Ответственность перевозчика за ущерб, причиненный в результате смерти пассажира или нанесения ему телесного повреждения, а также в результате утраты или повреждения багажа, наступает, если происшествие, вследствие которого был причинен ущерб, произошло во время перевозки и по вине перевозчика.

Перевозчик в соответствии с законодательством страны суда может быть освобожден от ответственности полностью или частично, если докажет, что виновное поведение пассажира явилось причиной или способствовало его смерти либо нанесению телесного повреждения, утрате или повреждению багажа.

Афинской конвенцией предусмотрен предел ответственности перевозчика в случае причинения вреда жизни или здоровью пассажира, а также в случае утраты или повреждения каютного <1> и иного багажа. Размер ответственности до вступления в силу Протокола 1976 г. к Конвенции определялся во франках. Конвенция предоставляет перевозчику и пассажиру право на основе точно выраженного письменного соглашения установить более высокие пределы ответственности. Перевозчик не вправе воспользоваться нормой о пределах ответственности, если доказано, что ущерб возник в результате его действий или упущений, совершенных с намерением причинить ущерб либо по самонадеянности, "с сознанием возможного причинения ущерба".

<1> Под каютным багажом в Конвенции понимается багаж, который помещается в каюте пассажира или иным образом находится в его владении, под его охраной или его контролем, а также, за некоторыми исключениями, багаж, который пассажир имеет в своей автомашине или на ней.

Присоединяясь к Афинской конвенции <1>, Советский Союз сделал заявление, предусмотренное п. 1 ст. 22 Конвенции. Согласно этому пункту любая Страна может во время подписания, ратификации, принятия или одобрения Конвенции либо присоединения к ней в письменной форме заявить о том, что она не будет применять положения Конвенции, когда пассажир и перевозчик являются лицами или гражданами этой Страны.

<1> См.: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 5 апреля 1983 г. N 9064-X "О присоединении Союза Советских Социалистических Республик к Афинской конвенции о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 года" // ВВС СССР. 1983. N 15. Ст. 222.

Протокол 1976 г. к Афинской конвенции <1> изменил порядок исчисления пределов ответственности перевозчика и ввел расчетную единицу СПЗ (как она определена Международным валютным фондом). Ответственность перевозчика была ограничена: в случае смерти пассажира или причинения ему телесного повреждения - 46 666 СПЗ в отношении перевозки в целом; за несохранность каютного багажа - 833 СПЗ на пассажира; за несохранность автомашины, включая весь багаж, перевозимый в ней или на ней, - 3 333 СПЗ за автомашину; за несохранность иного багажа - 1 200 СПЗ на пассажира. Перевозчик и пассажир могут заключить соглашение о том, что ответственность может быть возложена на перевозчика только за вычетом

суммы, не превышающей 117 СПЗ (в случае повреждения автомашины), и суммы, не превышающей 13 СПЗ на пассажира - в случае утраты или повреждения иного багажа, причем эта сумма должна вычитаться из суммы понесенной утраты или повреждения. Протокол 1990 г. по внесению поправок в Афинскую конвенцию увеличил пределы ответственности перевозчика <2>. Протокол пока не вступил в силу, поскольку не набрал необходимого количества ратификаций.

<1> См.: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 14 ноября 1988 г. N 9779-XI "О присоединении Союза Советских Социалистических Республик к Протоколу 1976 года к Афинской конвенции о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 года" // ВВС СССР. 1988. N 47. Ст. 711.

<2> Российская Федерация в Протоколе не участвует. Подробнее о новеллах Протокола 1990 г. см. ниже.

В 2002 г. в Лондоне был подписан Протокол к Афинской конвенции о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 г., вступивший в силу 23 апреля 2014 г. и насчитывающий 29 участников. Россия не участвует в этом Протоколе <1>. Государства, ратифицировавшие Протокол 2002 г., денонсируют тем самым Афинскую конвенцию 1974 г. и Протоколы 1976 г. и 1990 г. к ней. Положения Афинской конвенции, измененные Протоколом 2002 г., а также новые статьи этого Протокола заменяют названные документы и именуются Афинской конвенцией о перевозке морем пассажиров и их багажа. Стоит отметить, что участвовать в Протоколе 2002 г. могут не только государства, но и региональные организации экономической интеграции (его участником является ЕС). Россия не участвует в этом Протоколе.

<1> Информация о статусе Протоколов 1990 г. и 2002 г. получена с официального интернет-сайта Международной морской организации по адресу: <http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>.

Важнейшими положениями Протокола 2002 г., разработанными в духе современных транспортных конвенций <1>, являются:

<1> В качестве примера можно привести Монреальскую конвенцию для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г. (см. § 3 настоящей главы).

- требование об обязательном страховании перевозчиком своей ответственности перед пассажирами либо о предоставлении иного финансового обеспечения такой ответственности;

- значительное увеличение пределов ответственности перевозчика и возможность их последующего пересмотра в упрощенном порядке;

- изменение оснований ответственности перевозчика в случае смерти пассажира или причинения вреда его здоровью.

Вводится двухуровневая система ответственности перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира. На первом уровне ответственность перевозчика наступает независимо от вины (объективная ответственность) и ограничивается суммой в 250 тыс. СПЗ. Перевозчик не несет ответственности только в том случае, если докажет, что вред был причинен в результате следующих обстоятельств: акта войны, военных действий, гражданской войны, народного восстания или стихийного бедствия, носящего непреодолимый характер, а также в результате действий или бездействия третьих лиц, совершенных с намерением причинить вред.

Если размер причиненного вреда превышает 250 тыс. СПЗ, перевозчик несет виновную ответственность в пределах 400 тыс. СПЗ.

Национальным законодательством государств - участников Протокола 2002 г. могут устанавливаться и более высокие пределы ответственности перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира.

Ответственность перевозчика за несохранность каютного багажа ограничивается 2 250 СПЗ на пассажира; за несохранность автомашины, включая весь багаж, перевозимый в ней или на ней, - 12 700 СПЗ за автомашину; за несохранность иного багажа - 3 375 СПЗ на пассажира. Перевозчик и пассажир могут заключить соглашение о том, что ответственность может быть возложена на перевозчика за вычетом суммы в размере не более 330 СПЗ - в случае повреждения автомашины, а также не более 149 СПЗ на пассажира - в случае утраты или повреждения иного багажа, причем эта сумма должна вычитаться из суммы понесенной утраты или повреждения.

Несмотря на то что Россия не участвует в Протоколе 1990 г., увеличенные им пределы ответственности перевозчика обозначены в ст. 190 КТМ РФ, согласно которой ответственность перевозчика не должна превышать: за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, 175 тыс. расчетных единиц в отношении перевозки в целом; за утрату или повреждение каютного багажа 1,8 тыс. расчетных единиц на пассажира в отношении перевозки в целом; за утрату или повреждение автомашины, в том числе багажа, перевозимого в ней или на ней, 10 тыс. расчетных единиц за автомашину в отношении перевозки в целом; за утрату или повреждение иного багажа 2700 расчетных единиц на пассажира в отношении перевозки в целом <1>.

<1> В соответствии со стоимостью рубля в единицах специального права заимствования перевод в рубли сумм, указанных в ст. ст. 170 и 190 КТМ РФ (о пределах ответственности перевозчика), осуществляется на дату вынесения решения судом, арбитражным судом или третейским судом либо на дату, установленную соглашением сторон (ст. 11 Кодекса).

Перевозчик и пассажир могут своим соглашением в письменной форме установить более высокие пределы ответственности перевозчика. Однако перевозчик не вправе воспользоваться этим правилом о пределах ответственности, если доказано, что ущерб, причиненный пассажиру, явился результатом его собственного действия или бездействия, совершенных умышленно или по грубой неосторожности.

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 международными договорами РФ либо, если КТМ РФ или договором морской перевозки пассажира не предусмотрен более высокий размер возмещения указанного вреда, в соответствии с гражданским законодательством России.

Правила гл. IX Кодекса об ответственности перевозчика за утрату или повреждение багажа и об ограничении такой ответственности не применяются при его перевозке в каботаже. При перевозке багажа в каботаже ответственность перевозчика за утрату или повреждение багажа либо за просрочку его выдачи определяется в соответствии с гражданским законодательством России.

6. Заключительная глава КТМ РФ (XXVI) объединила нормы о применимом праве.

Заголовки ст. ст. 414 - 426 КТМ РФ, закрепивших такие нормы, обозначают в общем виде сферу их действия:

- 1) право собственности и иные вещные права на судно;
- 2) правовое положение членов экипажа судна;
- 3) права на затонувшее имущество;
- 4) отношения, возникающие из договоров, заключаемых в области торгового мореплавания;
- 5) общая авария;
- 6) отношения, возникающие из столкновения судов;
- 7) отношения, возникающие из причинения ущерба от загрязнения с судов нефтью;
- 8) отношения, возникающие из причинения ущерба в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ;
- 9) осуществление спасательных операций по отношению к судну или любому другому имуществу;
- 10) морской залог на судно;
- 11) ипотека судна или строящегося судна;
- 12) ограничение ответственности по морским требованиям.

В ст. 414 КТМ РФ нашел отражение принцип автономии воли сторон. Применительно к договорам морской перевозки этот принцип звучит так: стороны могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по данному договору. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяются правила КТМ РФ. Однако наличие такого соглашения не может повлечь за собой устранение или уменьшение ответственности, которую в

соответствии с Кодексом торгового мореплавания перевозчик должен нести за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа либо просрочку их доставки.

В соответствии со ст. 418 Кодекса, посвященной определению права, применимого к отношениям, возникающим из договоров в области торгового мореплавания, действуют следующие правила: отношения, возникающие из договора морской перевозки груза, договора буксировки, договора морского агентирования, договора морского посредничества, договора морского страхования, тайм-чартера и бербоут-чартера, 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 названных 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.

7. Обычаи торгового мореплавания, будь то обычаи морских портов или обычаи, становление которых связано с обращением к разрабатываемым международными неправительственными организациями сводам правил и иному инструментарию "негосударственного регулирования", давно и прочно утвердились в качестве источника права, включая международное частное право. Так, К. Шмиттгофф писал: "Коносамент является детищем торгового обычая, типичным инструментом международной торговли. Он стал применяться в XVI веке" <1> (об обычае как источнике международного частного права см. [гл. 2](#) настоящего учебника). КТМ РФ в ст. 285 отсылает к Йорк-Антверпенским правилам об общей аварии и другим международным обычаям торгового мореплавания, а в ст. 414 называет признаваемые в России обычаи торгового мореплавания в составе источников, определяющих применимое право.

<1> Шмиттгофф К.М. Экспорт: право и практика международной торговли / Пер. с англ. М., 1993. С. 295.

Широко распространены проформы чартеров, определяющих условия морской перевозки различных видов грузов. Проформы разрабатываются как национальными объединениями судовладельцев, так и международными морскими организациями.

Контрольные вопросы

1. Как регулируются в России международные железнодорожные перевозки?
2. Какой международный договор с участием России регулирует частноправовые вопросы международных автомобильных перевозок?
3. Как различаются правила об ответственности воздушного перевозчика, установленные Варшавской конвенцией 1929 г., изменяющими ее Протоколами и Монреальской конвенцией 1999 г.?

4. Правила каких многосторонних международных договоров составили основу положений главы VIII "Договор морской перевозки груза" и главы IX "Договор морской перевозки пассажира" КТМ РФ? Каковы основные положения Роттердамских правил?

Рекомендуемая литература

1. Бордунов В.Д. Международно-правовая унификация правил международных воздушных перевозок: теория и практика // Законодательство. 2009. N 1.
2. Борисов В.Н. Договор международной автомобильной перевозки грузов: транспортная накладная ЦМР // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. N 2.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации, часть третья. Раздел VI "Международное частное право". Комментарий и постатейные материалы / Отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004.
4. Грязнов В. Международно-правовое регулирование воздушных перевозок // Закон. 1997. N 8.
5. Гуреев С.А. Коллизионные проблемы морского права. М., 1972.
6. Иванов Г.Г. Морские перевозчики в ожидании новых, возможно, "Роттердамских правил" // Транспортное право. 2008. N 4.
7. Иванов Г.Г., Маковский А.Л. Международное частное морское право. Л., 1984.
8. Из практики Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. 1987 - 2005 годы / Под ред. С.Н. Лебедева, А.И. Лободы, Д.Б. Филимонова. М., 2009.
9. Калпин А.Г. Конвенция ООН о договорах полностью или частично морской перевозки грузов (Роттердамские правила) // Право. 2010. N 4.
10. Канашевский В.А. Договор международной автомобильной перевозки грузов в российской и зарубежной судебной практике // Хозяйство и право. 2008. N 2.
11. Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. М., 2016.
12. Канашевский В.А. Регулирование международных железнодорожных перевозок грузов: международные соглашения в российской судебной практике // Закон. 2008. N 7.
13. Кокин А.С. Международная морская перевозка груза: право и практика. М., 2007.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации (под ред. Г.Г. Иванова) включен в информационный банк согласно публикации - Спарк, 2000.

14. Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации / Под ред. Г.Г.

Иванова. М., 2005.

15. Маковский А.Л. Международные договоры об унификации морского права. ТПП СССР. Секция торгового мореплавания и морского права. М., 1983.

16. Маковский А.Л. Унификация морского права и понятие международного частного морского права // Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980.

17. Малеев Ю.Н. Международное воздушное право: вопросы теории и практики. М., 1986.

18. Остроумов Н.Н. Монреальская конвенция о международных воздушных перевозках как составная часть правовой системы России // Журнал российского права. 2017. N 9.

19. Остроумов Н.Н. Правовой режим международных воздушных перевозок: Монография. М.: Статут, 2015.

20. Остроумов Н.Н. Электронная форма договора международной воздушной перевозки // Закон. 2007. N 7.

21. Отдельные виды обязательств в международном частном праве / Отв. ред. Н.Г. Доронина, И.О. Хлестова. М., 2014.

22. Садиков О.Н. 100-летие Бернских конвенций о железнодорожных перевозках // Российский ежегодник международного права. 1993 - 1994. СПб.: Россия - Нева, 1995.

23. Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. М., 1981.

24. Садиков О.Н. Реформы международного железнодорожного права // Проблемы международного частного права: Сборник статей. М., 2000.

25. Смирнов А.Е. Монреальская конвенция: консолидация документов Варшавской системы и некоторые вопросы ответственности авиаперевозчика в международных грузовых перевозках // Московский журнал международного права. 2004. N 2.

26. Холопов К.В. Международное частное транспортное право. Анализ норм международного и российского транспортного права: Учебное пособие. М.: Статут, 2010.

27. Холопов К.В. СМГС: новые правила международных железнодорожных перевозок грузов. Что обязательно надо знать об этом экспортеру // Российский экономический вестник. 2016. N 5.

Глава 15. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОНЦЕССИОННЫЙ ДОГОВОР

§ 1. Понятие концессионного договора (концессионного соглашения)

В настоящее время исполнение государством своих публичных функций в социальной сфере часто осуществляется путем заключения органом власти гражданско-правового договора с частным предпринимателем. Распространение такой практики объясняется тем, что рыночные

отношения преобладают над иными формами социально-экономических отношений.

В условиях рыночных отношений концессионный договор, или концессионное соглашение, получает распространение как одна из форм государственно-частного партнерства. По условиям концессионного соглашения частные предприниматели, заключающие с органом управления концессионный договор, обязуются совершать разного рода юридические действия в обмен на встречное обязательство другой стороны - органа государства содействовать совершению этих действий и следовать условиям концессионного договора до конца срока, предусмотренного в договоре.

В Российской Федерации концессионное соглашение введено в гражданский оборот после принятия **Федерального закона от 21 июля 2005 г. N 115-ФЗ "О концессионных соглашениях"** <1>. Однако история применения концессионных договоров восходит к более древним векам <2>. Большое развитие концессионные договоры получили в первой половине XX в. при осуществлении добычи полезных ископаемых <3>. При этом концессионный порядок деятельности в области добычи полезных ископаемых всегда был направлен на защиту интересов государства, участвующего в договоре, так как заключение концессионного договора было связано с признанием суверенного права государства распоряжаться недрами <4>.

<1> С изменениями от 31 декабря 2017 г.

<2> "В античной Греции, в Средние века и на протяжении всего 20-го века бизнес и государство использовали арбитраж для разрешения споров, в результате деятельности которого были созданы приводимые в исполнение нормы права". Это высказывание о взаимоотношении бизнеса и государства, принадлежащее известному в области теории права автору, подчеркивает особенность появления и развития оформленного договором отношения государства с частным лицом. См. статью: David W. Rivkin. The Impact of International Arbitration on the Rule Of Law // Arbitration International. 2013. Vol. 29. Issue 3. P. 327.

<3> Подробнее об этом см.: Сосна С.А. Концессионные соглашения (теория и практика). М., 2002. С. 183; Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Государство и регулирование инвестиций. М.: Городец, 2003. С. 99.

<4> Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН: О неотъемлемом суверенитете государства над природными ресурсами; О хартии экономических прав и обязанностей государств; О Новом экономическом порядке // GA Res. 1803 (XVII) 1962; GA Res. 3171 (XXVII) 1973; GA Res. 3281 (XXIX). 1974.

Принятый в России Закон, посвященный концессионным соглашениям, рассчитан на широкую сферу применения. Само понятие "соглашение", применяемое к гражданско-правовому договору, свидетельствует об английском происхождении этой цивилистической конструкции. Ведь именно в Великобритании для того, чтобы ввести в оборот землю, собственником которой признается монарх, широко применяется понятие "соглашение" (agreement), предметом которого является не земля, а право на землю.

В государствах, которые заимствовали конструкцию концессионного соглашения из

английского права, сохраняется эквивалентное понятие как свидетельство того, что данная конструкция приспособлена для введения в гражданский оборот прав на осуществление деятельности или на вещи, которые находятся в сфере юрисдикции государства или органа государства. Соответственно, одной из характеристик концессионного соглашения как договора в гражданском праве является то, что в нем определены права участников договора относительно имущества, принадлежащего государству или органу суверенной власти, а также права на осуществление деятельности, связанной с этим имуществом.

Другой особенностью концессионного договора является то, что, "уступая" свое право на осуществление определенной деятельности стороне в концессионном соглашении, орган государства принимает на себя гражданско-правовые обязательства, нарушение которых влечет за собой обязанность возмещения убытков или выплаты компенсации другой стороне в той или иной форме.

Важную роль в концессионном соглашении играет **causa**, или основание договора, которое выражено в его главной цели, а именно, в достижении **баланса между публичным и частным интересом**, носителями которого являются стороны в договоре: государство и частный предприниматель.

Присутствие публичного интереса объясняется сферой применения концессионных соглашений. Так, **областью применения концессионного соглашения в различных странах являются:**

- культура (содержание и сохранение памятников культуры, музеев за счет привлечения средств частных инвесторов);
- здравоохранение (строительство и эксплуатация больниц, домов отдыха и медицинских учреждений в системе здравоохранения);
- образование (объектом концессионных соглашений часто становятся библиотеки, школы, образовательные учреждения).

В современных условиях наиболее распространенной областью применения концессионных соглашений является строительство дорог, различных объектов инфраструктуры, предназначенных для общественного пользования <1>.

<1> См.: Концессионный договор в международном частном праве // Отдельные виды обязательств в международном частном праве / Отв. ред. Н.Г. Доронина, И.О. Хлестова. М.: ИНФРА-М, 2014. С. 161.

В концессионном соглашении каждая из сторон, как правило, принимает на себя обязательства, направленные на организацию своей деятельности в соответствии с условиями заключенного договора. **Организационный характер** концессионного соглашения выделяет этот договор среди других гражданско-правовых договоров. Этим объясняется тот факт, что во многих странах концессионное соглашение **регулируется** не только гражданским кодексом (общими положениями об обязательствах), но также и специальными законами **о концессионных**

договорах (концессионных соглашениях).

Концессионное соглашение часто используется в литературе как синоним понятия "инвестиционный договор" в связи с тем, что реализация государственных проектов осуществляется путем инвестиций из источников капитала, принадлежащих частным лицам. **Инвестиционный характер** концессионного соглашения подчеркивается в упомянутом Федеральном законе "О концессионных соглашениях в Российской Федерации" и в международных документах, направленных на унификацию правового регулирования концессионных соглашений.

§ 2. Международная унификация правового регулирования концессионных договоров

В настоящее время разработаны два международно-правовых документа, которые лежат в основе унификации законодательства о концессионных договорах:

- Руководство для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, подготовленное Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) <1>;

<1> См.: UN Publications. E.01.V. 4 N.Y., 2001.

- Базовые элементы закона о концессионных соглашениях для корпоративного права и регулирования прямых иностранных инвестиций, разработанные в рамках Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) <1>.

<1> См.: Международный Центр развития частного сектора. Стамбул. Основопологающие элементы закона о концессионных соглашениях. Подробнее см. на сайте: <http://www.oecd.org>.

Указанные документы отличаются друг от друга способом унификации правового регулирования концессионных отношений, а также предполагаемой сферой применения концессионных соглашений. Руководство для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников, разработанное ЮНСИТРАЛ (далее - Руководство), касается правового регулирования только инфраструктурных проектов. Этот документ включает в себя рекомендации по разработке национальных законов, которые адресованы законодательным органам государств, участвующих в унификации правового регулирования концессионных соглашений. Он применяется при реализации инфраструктурных проектов, определение которых содержится в самом документе.

Документ, известный как Базовые элементы закона о концессионных соглашениях для корпоративного права и регулирования прямых иностранных инвестиций (далее - Базовые элементы), представляет собой модельный закон и включает в себя готовые для восприятия в национальном законе нормы, регулирующие концессионный договор. Этот модельный закон может применяться в разных областях, как при осуществлении добычи полезных ископаемых, так

и при создании инфраструктурных объектов.

При разработке указанных актов были применены различные методы унификации:

- руководство, разработанное ЮНСИТРАЛ, является официальной унификацией, осуществляемой при участии заинтересованных государств;

- Базовые элементы представляют собой пример частно-правовой унификации. Для работы над Базовыми элементами была создана рабочая группа, состоящая из представителей частного сектора (Стамбульской фондовой биржи) и экспертов различных государств (из республик бывшего СССР, стран черноморского региона, Юго-Восточной Европы). Разработанный по частной инициативе данный модельный закон отвечает потребностям частного сектора и предназначен для применения в корпоративном праве и при регулировании прямых иностранных инвестиций.

Унификация концессионного права стала возможной после того, как было достигнуто единство в понимании и оценке правовой природы концессионного договора как гражданско-правового договора. Это отражено в международных документах.

Согласно Базовым элементам и Руководству, концессионный договор является гражданско-правовым договором, направленным на реализацию инвестиционного проекта, под которым понимается любой объект или услуга **"на благо членов всего общества"** <1>. Из определения следует, что основной чертой концессионного соглашения является **прямое или подразумеваемое участие государства в договоре**.

<1> Основопологающие элементы закона о концессионных соглашениях. ОЭСР. Международный Центр развития частного сектора. Стамбул.

Определение инвестиционного проекта, которое является основанием или **causa** концессионного соглашения, позволяет применить к концессионному соглашению часто используемое в литературе понятие **"инвестиционный договор"**. Концессионное соглашение направлено на организацию хозяйственных связей его участников. По российскому законодательству концессионный договор может включать в себя элементы различных договоров, регулируемых ГК РФ. Организационный характер этого договора вытекает из содержания Руководства.

Последнее включает в себя рекомендации, сгруппированные в пяти главах:

- 1) "Общие законодательные и институциональные рамки";
- 2) "Риски, связанные с проектами, и правительственная поддержка";
- 3) "Выбор концессионера";
- 4) "Сооружение и эксплуатация инфраструктуры: законодательные рамки и проектное соглашение";

5) "Срок действия, продление и прекращение проектного соглашения".

Основное внимание в документе уделяется порядку заключения концессионных соглашений.

В соответствии с общими положениями Руководства законодательство о концессионных соглашениях должно обеспечивать их прозрачность, справедливость и долгосрочную стабильность в создаваемых правоотношениях. Для достижения этой цели в законе должны быть предусмотрены:

- порядок наделения того или иного органа полномочиями заключать соглашение на реализацию проектов;
- сфера применения концессионных соглашений (виды инфраструктуры);
- механизмы, упрощающие порядок заключения концессионных соглашений, включая порядок координации действий административных органов.

Долгосрочную стабильность в договорных отношениях обеспечивает **правильное распределение рисков между государственным и частным сектором при финансировании проекта**. Суть рекомендации в этой области сводится к тому, чтобы государство не устанавливало для организации-заказчика излишних законодательных и регулятивных ограничений в согласовании им с инвестором распределения рисков (Рекомендация 12). При этом не возбраняется оказывать финансовую или экономическую поддержку осуществлению проектов со стороны государства (Рекомендация 13). Поддержка государства может осуществляться путем предоставления льгот участвующим в проекте предпринимателям. Рекомендация, однако, не конкретизирует, какие льготы имеются в виду.

Особое внимание в Руководстве уделяется **порядку выбора концессионера**. Законодательство обязано обеспечить конкурентные условия еще при выборе концессионера, до того, как заключено концессионное соглашение. Этому вопросу посвящена глава третья Руководства. Для выбора концессионера обычно применяются специальные приспособленные к особенностям проектов процедуры <1>. В указанной главе даются рекомендации относительно процедур, соответствующих определенному этапу работы по выбору концессионера:

<1> В Типовом законе ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг имеются соответствующие положения о выборе поставщика или подрядчика. Однако, как указывается в комментарии к Рекомендации 14, каждая страна должна самостоятельно решить, принимать ли ей специальные правила, касающиеся только выбора концессионера, или воспользоваться уже имеющимися правилами, разработанными в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о закупках. Рекомендации основаны на признании особого характера процедуры выбора концессионера при реализации инфраструктурных проектов.

- предварительному отбору участников процедур;
- запросу предложений участников и порядку их отбора;

- выдаче концессии без проведения конкурентных процедур;
- порядку рассмотрения сделанных по инициативе концессионера-инвестора предложений.

В Рекомендации 16 предусмотрено, что участникам процедур следует предоставить возможность создавать консорциумы для представления предложений при условии, что каждый член консорциума, прошедшего предварительный отбор, может принимать участие, непосредственно или через дочерние компании, только в одном консорциуме, участвующем в процедурах. Получение финансирования из частных источников считается тем более гарантированным, чем больше участников претендует на получение концессии.

В Рекомендациях 40 - 68 содержатся положения, в которых указывается, что следует урегулировать в законодательном порядке, а что следует оставить для соглашения между участниками проекта. С одной стороны, Руководство создает унифицированные правила для регулирования концессионного договора как разновидности гражданско-правового договора, который заключается между организацией-заказчиком и частным предпринимателем. С другой стороны, проектному соглашению придаются организационные функции, что позволяет рассматривать его как способ регулирования отношений между участниками договора. Отсюда и устанавливаемое в этой части Руководства соотношение между законодательными рамками и самим проектным соглашением.

В законодательстве могут быть определены включенные в проектное соглашение ключевые условия, к числу которых относится условие о применимом праве (Рекомендация 40).

Рекомендация 41 предусматривает, что концессионный договор регулируется **законодательством государства, принимающего инвестиции, если иное не предусмотрено в концессионном договоре**. Такая формулировка позволяет принять предложенную рекомендацию как в странах, допускающих применение иного права, чем закон своей страны, если это предусмотрено в законодательном порядке, так и в странах, в которых организации-заказчику предоставляется право договариваться о применимом праве.

Организация-заказчик, победившая в конкурсе, может потребовать создания самостоятельного юридического лица с местонахождением в стране (Рекомендация 42). В этом случае в концессионном договоре могут быть предусмотрены соответствующие условия:

- минимальный капитал "проектной компании";
- соотношение активов, находящихся в публичной и в частной собственности;
- определение активов, которые концессионер обязуется передать организации-заказчику по истечении или прекращении проектного соглашения;
- определение активов, которые организация-заказчик может по своему выбору выкупить у концессионера;
- какие активы концессионер может свободно вывезти или реализовать по истечении или прекращении проектного соглашения (Рекомендация 44).

В законодательстве должны быть урегулированы отношения, касающиеся **прав третьих лиц**. В этой связи Рекомендация 45 предусматривает, что организации-заказчику следует оказывать помощь концессионеру в приобретении прав, связанных со строительной площадкой, осуществлять транзитные перевозки по территории, находящейся в собственности третьих лиц, и др.

В законодательстве следует предусмотреть полномочия концессионера на взимание тарифов или сборов за использование объекта или предоставляемых услуг. В проектом соглашении должны предусматриваться методы и формулы корректировки таких тарифов или сборов, взимаемых с пользователей (Рекомендация 46).

Рекомендуется включать в концессионное соглашение условие об ответственности концессионера за привлечение инвестиций в объеме, необходимом для сооружения и эксплуатации объектов инфраструктуры. Для этих целей концессионеру должно быть предоставлено право обращаться к любым **обеспечительным мерам**:

- создание обеспечительных интересов в имуществе, принадлежащем ему на праве собственности;
- залог акций проектной компании;
- залог поступлений и дебиторской задолженности.

Концессионер может обращаться к любым иным средствам обеспечения, если только его действия будут нарушать норму права, запрещающую создание обеспечительных интересов в публичной собственности (Рекомендация 49).

Не рекомендуется позволять концессионеру совершать действия по уступке своих прав третьим лицам без согласия организации-заказчика (Рекомендация 50). В концессионном соглашении должны быть предусмотрены условия, при которых организация-заказчик может дать согласие на уступку концессии. Например, в концессионном соглашении может содержаться условие, согласно которому новый концессионер принимает на себя все обязательства по проектному соглашению. При этом организация-заказчик может потребовать от предполагаемого нового концессионера доказательства того, что у него имеются финансовые и технические возможности, необходимые для принятия на себя обязательств по концессионному соглашению. Данное условие проектного соглашения имеет большое значение, так как подчеркивает "персональный характер" договора концессии. Оно направлено на создание стабильности в отношениях по финансированию проекта.

Такое же значение придается условию концессионного соглашения о получении согласия организации-заказчика на передачу контрольного пакета акций созданной в соответствии с условиями концессионного соглашения компании (Рекомендация 51).

Согласно указанным Рекомендациям организация-заказчик на основании концессионного соглашения осуществляет контроль за деятельностью концессионера. Если концессионер выполняет строительные работы, организация-заказчик следит за ходом строительных работ (Рекомендация 52), а концессионер обязуется предоставлять отчет и другую информацию о своих операциях организации-заказчику (Рекомендация 54). Концессионер в соответствии с указанными

условиями концессионного соглашения может вводить правила использования объекта, введенного в эксплуатацию, только по согласованию с организацией-заказчиком (Рекомендация 55).

Особенное внимание уделяется вопросам ответственности концессионера за установление платы за предоставляемые им услуги. Рекомендация 53 предусматривает, что концессионер обязан обеспечить удовлетворение спроса на услуги, услуги должны предоставляться всем пользователям на практически одних и тех же условиях, а также обеспечить доступ, если это необходимо, других поставщиков услуг к любой сети публичной инфраструктуры, эксплуатируемой концессионером.

В рекомендациях подчеркиваются следующие черты концессионного соглашения как организационного договора. Согласно Рекомендации 56 организация-заказчик может зарезервировать за собой право рассматривать и **утверждать** основные контракты, заключаемые концессионером. В утверждении контракта может быть отказано только в том случае, когда в нем содержатся положения, противоречащие проектному соглашению или явно противоречащие публичным интересам или императивным нормам публично-правового характера.

В Рекомендации 57 оговаривается порядок согласования сторонами концессионного соглашения условия о праве, применимом к контрактам, заключаемым в рамках проектного соглашения. Концессионер и его кредиторы, страховщики и другие договорные партнеры должны иметь возможность **свободно выбирать право, применимое к их договорным отношениям**, если такой выбор не будет нарушать публичный порядок принимающей страны.

В рекомендациях особое внимание уделяется договорным гарантиям, предоставляемым концессионером. В концессионном соглашении должны оговариваться форма, продолжительность и объем гарантий, предоставляемых концессионером в связи с сооружением и эксплуатацией объектов, а также страховые полисы, приобретение которых может быть потребовано от концессионера.

В форме гарантий формулируются договорные обязательства не только концессионера, но и концедента, т.е. государства или уполномоченного им органа, организации-заказчика, которые являются стороной в концессионном договоре. На концеденте, в частности, лежит обязанность выплаты компенсации, на которую имеет право претендовать концессионер в случае законодательных изменений экономических и финансовых условий, повлекших трудности в исполнении концессионером своих обязательств.

К гарантиям, предоставляемым государством-концедентом, отнесено также условие, предусматривающее механизмы пересмотра проектного соглашения, освобождения концессионера от ответственности в связи с неисполнением или задержкой исполнения обязательств, в случае возникновения обстоятельств, находящихся вне сферы разумного контроля.

Важной гарантией стабильности концессионного соглашения является норма национального законодательства о средствах правовой защиты, находящихся в распоряжении организации-заказчика и концессионера (Рекомендация 58).

Основополагающими принципами регулирования порядка эксплуатации объектов инфраструктуры являются следующие:

- право концессионера на компенсацию в случае законодательных или других изменений в экономических и финансовых условиях концессионного соглашения;
- механизм пересмотра условий концессионного соглашения в случае таких изменений.

В соответствии с указанными принципами в концессионных договорах устанавливается размер компенсации. Право на компенсацию может возникнуть, если затраты на исполнение концессионного соглашения существенно возрастут и если прибыль, которую получает концессионер, сократится в сравнении с первоначально предусматривавшимися затратами. Неблагоприятное соотношение прибыли и затрат, требующее пересмотра концессионного соглашения, является результатом изменений в законодательстве, непосредственно затрагивающих объект инфраструктуры или предоставляемые услуги. В концессионном договоре может быть предусмотрен объем, в пределах которого концессионер может ходатайствовать о пересмотре концессионного договора в целях предоставления ему компенсации.

Основаниями для возникновения права на пересмотр концессионного соглашения являются такие изменения в экономических или финансовых условиях деятельности либо в законодательстве, которые концессионер не мог разумно предвидеть в момент заключения договора или не мог избежать (или преодолеть) последствия произошедших изменений после того, как соглашение было достигнуто. Это положение рекомендуется закрепить в законодательстве. Оно, согласно рекомендации, должно также получить отражение в концессионном соглашении при определении в нем порядка обсуждения между сторонами условий договора после наступления любых из перечисленных в законе изменений обстоятельств.

Принятие Руководства имеет большое значение для развития концессионных соглашений. Оно обеспечивает **обязательность исполнения договора сторонами**: концессионер не может прекратить концессионный договор, даже когда исполнение им его обязательств существенно затрудняется.

Гибкость в регулировании концессионных соглашений достигается положениями Руководства, согласно которым договорные отношения могут быть прекращены лишь в случае серьезного нарушения договора со стороны организации-заказчика. Указанное правило дополняется положением о том, что любая из сторон имеет право прекратить договор, когда исполнение ее обязательств становится невозможным в силу обстоятельств вне сферы разумного контроля любой из сторон (Рекомендации 64 и 65).

Значение этих положений в законодательстве о концессионных соглашениях трудно переоценить, если учесть, что оказываемые концессионером услуги носят публичный характер. В концессионном соглашении рекомендовано выделять условия, при которых организация-заказчик может временно брать на себя функции по эксплуатации объекта с целью обеспечения эффективного и бесперебойного оказания услуг в случае неисполнения концессионером его обязательства (Рекомендация 59).

Рекомендации допускают также, учитывая публичные интересы, возможность досрочного прекращения концессионного договора по инициативе организации-заказчика в случае серьезного нарушения концессионером своих обязательств по предоставлению требуемых услуг и в случае наступления оговоренных событий (Рекомендация 60).

Наличие иностранного элемента в концессионном договоре, где в качестве концессионера выступает иностранное физическое или юридическое лицо, и унификация материально-правовых норм, регулирующих концессионный договор с учетом его гражданско-правовой природы, - все это позволяет называть концессионный договор **международным договором (контрактом)**. К концессионным договорам понятие "международный контракт" применяется в том же значении, в каком оно употребляется по отношению к договору международной купли-продажи и иным договорам, которые заключают субъекты гражданского права в сфере международного экономического сотрудничества.

Как это свойственно любому договору в сфере внешнеэкономической деятельности, в качестве применимого права стороны концессионного договора могут выбрать право одной из сторон в контракте. Как правило, применимым правом в концессионном договоре является право принимающего государства (государства-концедента). Именно эта привязка получила, как уже отмечалось, отражение в Руководстве, унифицировавшем в основном материально-правовое регулирование концессионных договоров. Признание гражданско-правовой природы концессионного договора, по-видимому, не исключает применение права страны концессионера, участвующего в контракте <1>.

<1> Вопрос о том, могут ли стороны концессионного договора избрать в качестве права, регулирующего этот договор, законодательство другого государства, чем принимающая страна, решается в разных странах по-разному, учитывая, что в некоторых странах концессионные договоры могут подпадать под действие административного права.

§ 3. Международные концессионные договоры в практике применения договорных гарантий инвестиций. Вашингтонская конвенция 1965 г.

Две особенности концессионного договора (участие государства в качестве стороны в гражданском правоотношении и инвестиционный характер договорных отношений) привели к появлению так называемых инвестиционных споров как особой категории споров, возникающих между государством и лицом другого государства. В основании такого рода споров лежит нарушение условий концессионного договора. В то же время особый статус государства, участвующего в договоре, нередко приводил к тому, что основанием возникновения конфликта становились обстоятельства, лежащие за пределами договорных обязательств. Например, воспрепятствование деятельности иностранного лица со стороны органов государства или органов власти отдельных регионов. Именно эти обстоятельства побуждали инвестора искать компетентный суд.

Альтернативные процедуры разрешения инвестиционных споров, лежащие за пределами юрисдикции государственных судов, обеспечивали в максимальной степени объективность и служили интересам инвесторов. Включенная в концессионный договор, характеризующийся наличием в нем иностранного элемента, арбитражная оговорка является особенностью концессионного договора как международного контракта.

История развития концессионных соглашений свидетельствует о том, что такие соглашения часто содержат отсылку к нормам и принципам международного права как к применимому праву.

Под давлением государств, выступающих в качестве реципиентов инвестиций, в 70-е гг. прошлого столетия были приняты так называемые "мягкие" (т.е. необязательные) нормы международного права, согласно которым инвестиционные отношения надлежит рассматривать в рамках национального частного права. Так, в Резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН провозглашается постоянный и неотъемлемый суверенитет государства над природными ресурсами <1>.

<1> См.: Res. 1803 (XVII) On Permanent Sovereignty over natural Resources // UN Doc A/5217 (1962); Res. 3201 (S-VI). The Declaration on the Establishment of New International Economic Order // UN Doc. A/9559 (1979); Res. 3281 (XXIX) Charter of Economic Rights and Duties of States // UN Doc A/9631 (1974).

Произошедшие изменения привели к тому, что начала разрабатываться международная конвенция о защите иностранной собственности <1>. В середине шестидесятых годов прошлого века наконец-то был найден компромисс между двумя мирами, которые условно назывались в мировом сообществе "Север" и "Юг". С целью обеспечения притока частных инвестиций в развивающиеся страны по инициативе Мирового банка была создана международная конвенция о порядке урегулирования споров, вытекающих из концессионных договоров. **Международная конвенция о порядке разрешения споров между государством и лицом другого государства** была подписана в 1965 г. в г. Вашингтоне и известна как **Вашингтонская конвенция**.

<1> См.: Проект конвенции об инвестициях за рубежом 1959 г., известный как "проект Абс-Шоукросса" по имени его создателей; Проект конвенции о защите иностранной собственности, подготовленный ОЭСР в 1967 г.; Проект кодекса поведения транснациональных корпораций, разрабатываемый специально созданной для этой цели Комиссией ООН. См.: Доронина Н.Г. Иностранные инвестиции и современное международное право // Правовые проблемы иностранных инвестиций в СССР: Тезисы докладов научно-практической конференции. М.: ВНИИ советского государственного строительства и законодательства, 1991. С. 119.

Вашингтонская конвенция имеет, однако, более широкое значение, чем создание международно-правового механизма разрешения споров. Так, в ней содержатся единообразные коллизионные нормы (они будут рассмотрены ниже) и общие подходы к решению проблем инвестиционного законодательства в национально-правовых системах. С вступлением в силу этой Конвенции появилось международное инвестиционное право. Вашингтонская конвенция положила начало международно-правовой практике разрешения инвестиционных споров, большая часть которых была связана с концессионными соглашениями.

Практика заключения концессионных договоров и разрешения споров, вытекающих из них, свидетельствует о большом разнообразии в решении вопроса о праве, подлежащем применению к концессионному договору.

В споре между государством Кувейт и компанией АМИНОЙЛ (США) суд избрал в качестве применимого права право принимающего государства <1>. При этом суд руководствовался положениями Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам (ст. 4), отражающей современные подходы к решению коллизионных вопросов (см. [гл. 10](#)). Решение

арбитража ad hoc в данном споре продемонстрировало изменение баланса сил между государствами - экспортерами нефти, участвующими в ОПЕК, с одной стороны, и остальным миром - с другой <2>.

<1> См.: *Gouvernement of the State of Kuweit v. American Independent Oil Company (AMINOIL). Award of March 24, 1982* // *International Legal Materials*. 1982. Vol. 24. P. 976.

<2> См.: Ahmed S. El-Koshari. *The Legacy of the Aminoil Award* // *Arbitrating For Peace*. Edited by Ulf Franke, Annette Magnusson, Joel Dahlquist. Kluwer Law International B.V. The Netherlands. 2016. P. 103.

Тот факт, что право принимающего государства действительно тесно связано с концессионным договором, казалось бы, ни у кого не может вызывать сомнений. Однако в некоторых спорах, которые рассматривались в МЦУИС, находились аргументы и в пользу иной позиции.

Приведенное выше дело АМИНОЙЛ было одним из первых дел, когда арбитражный суд при выборе права, применимого к концессионному договору, руководствовался нормами национального права и общими принципами, которые, как правило, в соответствии с условиями концессионного договора должны были применяться при разрешении спора. "Без сомнения, - по словам одного из арбитров, - подлежит применению право Кувейта по вопросам, которые прямо требуют обращения к праву Кувейта" <1>. Кроме того, правовая система Кувейта включает в себя нормы международного права. В качестве источника права применялись также общие принципы права, составляющие часть международного публичного права. По мнению Эль Кошери, этот источник применяется в соответствии с условием самого концессионного договора <2>.

<1> Ibid. P. 107.

<2> Такой перечень источников приводится в п. п. 6 - 10 решения арбитража.

Решение по делу АМИНОЙЛ положило начало так называемой "локализации" концессионного договора как международного контракта <1>. "В последние годы мы являемся свидетелями того, как государства проводят в жизнь свою политику, направленную на то, чтобы локализовать государственные контракты, переводя их в сферу действия своего правопорядка" <2>.

<1> См.: Delaume G.R. *The Proper Law of State Contracts Revisited* // *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*. 1997. Vol. 12. No 1. P. 11.

<2> Примерами такой политики, по словам французского юриста Ж. Делома, являются соглашения, заключаемые арабскими государствами (Катар, Египет), странами Африки (Эфиопия, Кения, Танзания), странами Тихоокеанского региона (Индонезия, Малайзия, Филиппины, Перу) //

Barrows. Oil Laws and Concession Contracts. Asia & Australasia. 1991.

Тенденция локализации международных контрактов получила развитие как реакция на распространение доктрины "интернационализации концессионных договоров".

Впервые **доктрина интернационализации концессионных договоров** получила развитие в первой половине XX столетия. Особое значение в тот период приобрело дело "Лена Гольдфильдс", которое рассматривалось Лондонским арбитражным судом в 1930 г. <1>.

<1> В 1925 г. английской компании "Лена Гольдфильдс" была предоставлена в СССР концессия на месторождение и на национализированное в 1918 г. имущество дочерних компаний этой компании. В 1930 г., следуя условиям концессионного договора, подписанного обеими сторонами, компания возбудила арбитражную процедуру в связи с невозможностью осуществлять деятельность на территории СССР, следуя условиям концессионного договора. Поскольку государство резко оборвало арбитражную процедуру, решение было вынесено при отсутствии стороны в споре. Согласно содержащемуся в договоре концессии арбитражному соглашению "если одна сторона не присутствует при разрешении спора или не допускает назначенного арбитра к слушанию дела, то по просьбе другой стороны спор может быть разрешен при участии другого арбитра и председателя арбитражного суда" (ст. 90 названного концессионного договора).

Согласно § 89 концессионного договора "Лена Гольдфильдс" "стороны кладут в основу своих отношений начало благожелательности, доброй совести, а также разумное понимание условий настоящего договора <1>. Условие о праве, применимом к договорным отношениям, в данном концессионном договоре отсутствовало. При принятии решения арбитраж применил "общий принцип неосновательного обогащения" <2>. При этом общий принцип был выведен на основе сравнительного анализа института неосновательного обогащения, применяемого в английском и советском гражданском праве. По словам В.В. Веедера, арбитраж, принимая решение по данному инвестиционному спору, допустил по крайней мере три новации, к числу которых относится и допущение применения "**ненационального**" права в решении частнопровового спора - общего принципа права <3>.

<1> См.: Концессионный договор Правительства Союза Советских Социалистических Республик с Английским обществом "Лена Гольдфильдс Лимитед" (The Lena Goldfields Limited). М., 1928.

<2> Veeder V.V. The **Lena Goldfields** Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas // International and Comparative Law Quarterly. 1998. Vol. 47. P. 4. P. 766.

<3> Veeder V.V. Op. cit. P. 748.

Наиболее полное отражение доктрина "интернационализации контракта" получила в решении арбитража по делу ТОПКО <1>.

<1> См.: Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company (TOPCO) v. Government of the Libyan Arab Republic Award of January 19, 1977 // International Legal Materials. 1978. Vol. 17. P. 16, 44.

В этом решении было высказано суждение, что обращение к международному институту арбитражного разбирательства само по себе является основанием для применения норм и принципов международного права в качестве права, применимого к договорным обязательствам. По мнению ведущего юриста в МЦУИС Ж.Р. Деломе, "это суждение не может найти поддержку в учении международного частного права и нет никаких оснований для того, чтобы полагать, что государственный контракт, или инвестиционное соглашение должны стать исключением" <1>.

<1> Delaume G.R. Op. cit. P. 6.

В современных условиях доктрина интернационализации контракта получила новое современное толкование. Так, например, в некоторых концессионных договорах стало встречаться условие, согласно которому стороны обязуются рассматривать концессионный договор как основной документ, в котором определены их права и обязанности. Обращение к любым иным источникам допускается лишь в случаях, когда из условий концессионного договора невозможно сделать вывод о намерении сторон или когда концессионный договор не имеет связи с возникшим спором.

Стремление сторон сделать международный контракт самодостаточным инструментом для регулирования отношений между сторонами получило отражение, например, в практике Египта. В концессионных договорах, заключаемых на добычу нефти в Египте, встречается условие, согласно которому отношения сторон подчинены праву Египта, "если только действующие нормы не вступают в противоречие с положениями настоящего договора" <1>.

<1> Ibid. P. 14.

В ответ на практику заключения концессионных договоров, отражающую интересы государства как стороны в договоре, получила распространение **доктрина международных инвестиционных соглашений**. Межправительственные соглашения о поощрении и защите инвестиций (международные инвестиционные соглашения) стали рассматриваться как международные контракты, в которых предусматриваются права и обязанности концессионера-инвестора.

В споре между французской компанией "Компания де Агуаз дель Аконкиха" к органу местной власти Республики Аргентина - провинции Тукуман арбитражный суд МЦУИС не принял во внимание условие о порядке разрешения спора, которое содержалось в договоре концессии, заключенном французской компанией с органом местной власти.

В концессионном договоре предусматривалось, что споры будут разрешаться в административном порядке в соответствии с правом Аргентины. Арбитраж пришел к выводу о том, что спор подчиняется юрисдикции МЦУИС в силу действия ст. 8 Соглашения о поощрении и

защите инвестиций, заключенного между Правительством Франции и Правительством Аргентины. Согласно этой статье указанного межправительственного соглашения все инвестиционные споры разрешаются в соответствии с процедурами, предусмотренными в Вашингтонской конвенции <1>.

<1> См.: ICSID Case N ARB/97/3 // International Legal Materials. 2001. Vol. 40. P. 426.

В постоянно меняющейся практике заключения концессионных соглашений важная роль отводится условиям, отражающим баланс интересов между фактически неравными по своему статусу сторонами. Такими условиями являются **условие о применимом праве и о порядке разрешения вытекающих из концессионного соглашения споров**. Унификация коллизионной нормы, определяющей право, применимое к концессионному договору, позволяет избежать разногласий по этим вопросам.

Такая унифицированная коллизионная норма представлена нормой ст. 42 Вашингтонской конвенции 1965 г.

Согласно этой статье арбитраж рассматривает спор между государством и лицом другого государства **согласно нормам права, предусмотренного в соглашении сторон**. В случае отсутствия соглашения сторон о применимом праве арбитраж применяет **право договаривающегося государства, выступающего в качестве стороны в споре, а также те нормы международного права, которые могут быть применимы**. Основным положением, таким образом, является формулировка принципа автономии воли сторон при выборе применимого права.

Правило ст. 42 Вашингтонской конвенции о применении права государства - участника международного контракта закрепляет и другое правило, которое нашло отражение в Регламенте ЮНСИТРАЛ и Регламенте Международной торговой палаты. Единственное, что отличает норму данной статьи от соответствующего правила, содержащегося в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об арбитраже и Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ, это то, что согласно Конвенции арбитраж применяет также "те нормы международного права, которые могут быть применимы".

Согласно мнению разработчиков и комментаторов Вашингтонской конвенции обращение к нормам международного права предполагалось лишь в случаях:

- пробела в национальном законодательстве в части регулирования того или иного вопроса;
- в чрезвычайном случае, когда арбитры оказываются вынужденными оставить без внимания нормы национального законодательства, принятые "с целью причинить ущерб иностранному инвестору" <1>.

<1> Shihata I., Parra R. Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention // ICSID Review. Foreign Investment Law Journal. 1994. Vol. 9. N 2. P. 192.

Унификация коллизионной нормы, применяемой к концессионным соглашениям, имеет большое значение для практики привлечения иностранных инвестиций. Как показывает практика заключения концессионных договоров, доктрину интернационализации контрактов отличает тенденция вывода их за рамки национального права. Обращение же к унифицированной коллизионной норме соответствует общей тенденции развития международных экономических отношений.

§ 4. Концессионный договор в российском законодательстве

1. Обязанность концессионера осуществлять инвестиции. Согласно п. 1 ст. 3 Федерального закона от 21 июля 2005 г. N 115-ФЗ "О концессионных соглашениях" (далее - Закон) под **концессионным договором** (соглашением) в России понимается договор, в котором одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением недвижимое имущество (объект концессионного соглашения).

Слова "за свой счет" указывают на то, что концессионер несет обязанность инвестировать свои средства в предписываемую ему законом деятельность.

Из приведенного выше определения следует, что концессионный договор является **основанием для возникновения у концессионера права, носящего скорее вещно-правовой, чем обязательственный характер.**

В зарубежном гражданском праве еще в 1983 г. отмечалась тенденция "модернизации" понятия имущества. "Крупным шагом в расширении объектов права собственности и других вещных прав явилась разработка и использование понятия бестелесного имущества, под которым понимались определенные права, имеющие стоимость и денежную оценку, но представляющие собой принадлежащий собственнику "идеальный" имущественный объект" <1>. Названная тенденция продолжает сохранять свою актуальность и в настоящее время. Так, Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации, следуя указанной тенденции, предусматривает расширение перечня вещных прав, а также объектов вещных прав (см. [гл. 8](#) настоящего учебника).

<1> Свядосц Ю.И. Объекты вещных прав // Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник / Отв. ред. Р.Л. Нарышкина. Ч. I. М.: Международные отношения, 1983. С. 219.

Большое значение имеет характеристика возникающего у концессионера права, например, создание или реконструкция объекта концессионного соглашения за свой счет или право осуществлять эксплуатацию этого объекта в течение срока, указанного в концессионном соглашении. Действия, характеризующие объект договорного обязательства, непосредственно связаны с предметом договора (передача имущества, создание юридического лица и проч.). При этом условия, характеризующие объект договорных обязательств, носят характер существенных условий договора, поскольку они позволяют судить о степени исполнения концессионером своих обязательств.

Другим важным отличительным свойством концессионного договора является придание ему

черт **смешанного договора**. Концессионный договор может быть похож на **договор аренды**, если речь идет об эксплуатации участка земли, **договор подряда**, если речь идет о строительстве или реконструкции разного рода объектов недвижимости.

В концессионном договоре можно найти черты также иных гражданско-правовых договоров в зависимости от целей, поставленных заказчиком (концедентом), и характера юридических действий, совершаемых концессионером для исполнения своих обязательств. Учитывая эту особенность концессионного соглашения, законом предусматривается, что к отношениям сторон концессионного соглашения применяются общие положения Гражданского кодекса Российской Федерации о договорах (п. 2 ст. 3 Закона).

2. Объект концессионного соглашения. Объект концессионного соглашения является одним из квалифицирующих признаков концессионного договора, поскольку он, как правило, свидетельствует о присутствии в договоре публичного интереса. Это следует из того, что перечень объектов, в отношении которых планируется заключение концессионного соглашения, ежегодно утверждается органами исполнительной власти всех уровней (ч. 3 ст. 4 Закона). В то же время перечень объектов носит информационный характер и отсутствие в нем какого-либо объекта не является препятствием для заключения концессионного соглашения с лицами, выступающими по собственной инициативе.

В настоящее время допускается заключение концессионного соглашения по инициативе частного лица <1>. Механизм частной концессионной инициативы, введенный в действие в 2015 г., значительно расширил сферу применения концессионного договора. Предложение о заключении соглашения вместе с проектом самого соглашения может быть представлено в Правительство РФ, субъекту РФ или муниципальному органу, в зависимости от того, в чьей собственности находится объект соглашения (ч. ч. 4.1, 4.2 ст. 37 Закона).

<1> См.: Зусман Е.В.Б., Долгих И.А. Концессия: анализ ключевых новелл // Закон. 2015. N 3.

Из международных документов следует, что объектом концессионного соглашения являются природные ресурсы или объекты инфраструктуры, предназначенные для общественного пользования <1>.

<1> В модельном законе "Базовые элементы", созданном в рамках ОЭСР, гражданско-правовая природа концессионного договора выражена в определении договора (см. § 2).

Согласно ст. 4 Закона объектом концессионного соглашения является недвижимое имущество. Входящее в **состав объекта концессионного соглашения** имущество характеризуется путем приведения подробного перечня. В перечне указаны:

- автомобильные дороги и инженерные сооружения транспортной инфраструктуры, в том числе мосты, путепроводы, тоннели, стоянки автотранспортных средств, пункты пропуска автотранспортных средств, пункты взимания платы с владельцев грузовых автотранспортных

средств;

- объекты железнодорожного, трубопроводного, морского, воздушного транспорта;
- объекты электроэнергетики, коммунальной инфраструктуры;
- объекты социальной сферы.

Перечисленные объекты фактически позволяют определить ту сферу деятельности, в которой применяются концессионные соглашения. В эту сферу входят **объекты, предназначенные для извлечения коммерческой прибыли и имеющие социальное и культурное назначение.**

Что касается концессионных соглашений, используемых в сфере социальных услуг и здравоохранения, то следует обратить внимание на п. 3 ст. 10 Закона. В нем раскрывается условие концессионных соглашений, имеющее особое значение для социальной сферы. При предоставлении товаров, работ, услуг гражданам и другим потребителям, которым в соответствии с законодательством Российской Федерации эти товары, работы и услуги предоставляются за счет бюджетных средств в полном объеме, концессионным соглашением не должна предусматриваться оплата таких товаров, работ, услуг за счет средств граждан и других потребителей. Для обеспечения исполнения концессионером своих инвестиционных обязательств закон предусматривает возможность трехсторонних соглашений, сторонами которого являются концессионер, концедент и кредитная организация, с предоставлением обеспечительной меры в форме "платы концедента" (платеж со стороны бюджетов бюджетной системы) (ч. 13 ст. 3 Закона).

3. Срок действия и другие существенные условия концессионного соглашения. Статья 10 Закона делит условия концессионного соглашения на существенные и простые. К существенным условиям относятся условия концессионного соглашения, предусматривающие:

- обязательства концессионера по созданию и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения, соблюдению сроков его создания и (или) реконструкции;
 - обязательства концессионера по осуществлению деятельности, предусмотренной концессионным соглашением;
 - срок действия концессионного соглашения;
 - состав и описание, в том числе технико-экономические показатели, объекта концессионного соглашения;
 - порядок предоставления концессионеру земельных участков, предназначенных для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, и срок заключения с концессионером договоров аренды (субаренды) этих земельных участков (в случае, если заключение договоров аренды (субаренды) необходимо для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением);
 - цели и срок использования (эксплуатации) объекта концессионного соглашения;
 - иные предусмотренные федеральными законами существенные условия.
-

Весьма существенным для характеристики концессионного соглашения как инвестиционного контракта представляется условие о сроке действия концессионного соглашения. С этим условием связано само определение концессионного соглашения как разновидности гражданско-правового договора. Одним из признаков концессионного договора (соглашения) является то, что контракт заключается государством и частным лицом на длительный срок с целью экономического развития, которое достигается в той или иной сфере за счет привнесения частным лицом современной технологии либо денежных средств либо того и другого вместе. С условием о сроке концессионного соглашения связано основное обязательство государства как стороны в договоре гарантировать концессионеру его права как инвестора.

4. Заключение, изменение и расторжение концессионного соглашения. Концессионное соглашение заключается после проведения конкурса на право заключения концессионного соглашения (п. 1 ст. 13 Закона). Без проведения конкурса концессионное соглашение может быть заключено только в случае, когда в конкурсную комиссию представлено или конкурсной комиссией признано соответствующими критериям конкурса менее двух конкурсных предложений (п. 7 ст. 32 Закона). Закон подробно регулирует порядок проведения конкурса и принятия концедентом решения о заключении концессионного соглашения.

Изменение заключенного соглашения допускается по достижении сторонами согласия по вопросу о вносимых изменениях. Закон не допускает внесения изменений в условия концессионного соглашения, которые были определены на основании конкурсного предложения. Если согласие между сторонами концессионного соглашения не было достигнуто, изменение может быть внесено по решению суда по основаниям, предусмотренным ГК РФ: в соответствии с п. 1 ст. 451 Кодекса изменение договора возможно в случае существенного изменения обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. При этом изменение является существенным, когда можно предположить, что если бы стороны знали или могли бы разумно предположить о его наступлении, то не заключили бы договор или заключили бы его на значительно отличающихся условиях. Изменение условий договора в связи с изменившимися обстоятельствами допускается по решению суда в исключительных случаях, когда расторжение договора противоречит общественным интересам либо повлечет для сторон ущерб, значительно превышающий затраты, необходимые для исполнения договора на измененных судом условиях (п. 4 ст. 451 ГК РФ).

Расторжение концессионного соглашения является нежелательным для сторон. По существу, концессионное соглашение заключается с целью сохранить длящиеся инвестиционные отношения до момента достижения основной цели. Законом предусматривается, что договор прекращается по истечении срока действия концессионного соглашения и по взаимному согласию сторон. Досрочное расторжение концессионного соглашения возможно также на основании решения суда.

Следует заметить, что на одном из этапов работы с проектами федерального закона о концессионных соглашениях обсуждался вопрос о названии будущего закона. В частности, предлагалось назвать законопроект "О договорах концессии, заключаемых с российскими и иностранными инвесторами". В соответствии с таким названием обсуждался вопрос о включении в законопроект статьи, формулирующей возможность выбора сторонами применимого права, а также о праве, применимом к концессионному договору в случае отсутствия соглашения сторон по этому вопросу. Но названный вариант был отвергнут и был принят Закон, рассчитанный на внутреннее применение. Это, однако, не препятствует тому, что **концессионером может стать**

иностранное лицо.

Коллизионные вопросы должны и в случае заключения концессионного договора решаться в соответствии с нормами ГК РФ, если иное не предусмотрено в международном договоре с участием Российской Федерации. Так, в соответствии с п. 10 ст. 1211 ГК РФ к договору, содержащему элементы различных договоров, применяется право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан. Именно такой подход был избран при разрешении международных инвестиционных споров, характеризующихся как споры, связанные с инвестициями между государством и лицом другого государства <1>. Положением ст. 42 Международной конвенции о порядке регулирования инвестиционных споров между государством и лицом другого государства предусматривается, что "суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые могут быть согласованы сторонами. При отсутствии такого соглашения суд применяет право договаривающегося государства, являющегося стороной в споре (включая его нормы коллизионного права)...".

<1> См., например, ст. 42 Международной конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государством и лицом другого государства (Вашингтон, 1965): Международное частное право: Сборник документов / Сост. К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков. М.: БЕК, 1997.

Указанный подход применим, однако, лишь при соблюдении условия, которое содержится в п. 10 ст. 1211 ГК РФ: "Если из закона, условий или существа этого договора либо совокупности обстоятельств дела не вытекает, что применимое право подлежит определению для таких элементов договора отдельно". Концессионное соглашение является соглашением, в котором содержатся элементы различных договоров (п. 2 ст. 3 Закона).

§ 5. Концессионный договор и особые экономические зоны

1. Основные черты концессионного договора присутствуют в соглашениях, заключаемых между резидентами особой экономической зоны (ОЭЗ) и ее органом управления, как это предусмотрено в Федеральном законе "Об особых экономических зонах в Российской Федерации" <1>.

<1> СЗ РФ. 2005. N 30. Ст. 3127.

История создания особых экономических зон связана с появлением особого режима хозяйствования для целей привлечения инвестиций. Именно так формулировалась задача создания "свободных экономических зон" в первом Законе об иностранных инвестициях, принятом в 1991 г. <1>. Согласно ст. 42 Закона РСФСР "Об иностранных инвестициях в РСФСР" 1991 г. иностранному инвестору в свободных экономических зонах предлагался упрощенный порядок регистрации предприятий с иностранными инвестициями, льготный налоговый режим, пониженные ставки за пользование землей, особый таможенный режим, упрощенный порядок въезда и выезда иностранных граждан, в том числе и безвизовый.

<1> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. N 29. Ст. 1008.

В начале 1990-х гг. были приняты многочисленные нормативные акты, в том числе и субъектами Федерации, о свободных экономических зонах <1>. Однако в тот период ОЭЗ не принесли желаемого экономического эффекта. Возможно, причиной этого стало совмещение в одном понятии двух режимов: внешнеторговой и экономической деятельности <2>. С 1999 г. законодательство об особых экономических зонах стало предметом законодательства о внешнеторговой деятельности <3>.

<1> В настоящее время продолжают действовать Федеральный закон от 31 мая 1999 г. N 104-ФЗ "Об Особой экономической зоне в Магаданской области" и Федеральный закон от 10 января 2006 г. N 16-ФЗ "Об Особой экономической зоне в Калининградской области и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации".

<2> См.: Доронина Н.Г. "Свободные экономические зоны" во внешнеэкономической деятельности // Журнал российского права. 2004. N 6. С. 97.

<3> См.: Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. N 164-ФЗ "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности".

В ныне действующем Федеральном законе "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности" предусматривается, что особый режим хозяйственной деятельности, в том числе и внешнеторговой, устанавливается **Федеральным законом "Об особых экономических зонах в Российской Федерации"**.

Согласно определению, данному в Федеральном законе "Об особых экономических зонах в Российской Федерации", особая экономическая зона - это определяемая Правительством РФ часть территории Российской Федерации, на которой действует особый режим осуществления предпринимательской деятельности.

Законом устанавливается порядок создания ОЭЗ и основные условия предпринимательской деятельности в ОЭЗ. Введение его в действие внесло единообразие в порядок создания особого режима предпринимательской деятельности субъектами Федерации.

В упомянутом Федеральном законе предусматривается, что для осуществления предпринимательской деятельности в режиме ОЭЗ индивидуальному предпринимателю или юридическому лицу необходимо заключить соглашение с органом управления ОЭЗ и зарегистрироваться в качестве резидента ОЭЗ. Индивидуальный предприниматель или коммерческая организация становятся резидентами особой экономической зоны после внесения соответствующей записи в реестр резидентов особой экономической зоны. Основанием для внесения такой записи является соглашение о ведении деятельности в ОЭЗ.

2. Индивидуальный предприниматель и коммерческая организация, не являющиеся резидентами ОЭЗ, вправе осуществлять предпринимательскую деятельность в особой экономической зоне (за исключением портовой особой экономической зоны) в соответствии с законодательством Российской Федерации. В то же время статус резидента ОЭЗ позволяет

предпринимателю, коммерческой организации пользоваться льготами и преимуществами, предусмотренными Федеральным законом "Об особых экономических зонах в Российской Федерации" <1>.

<1> Например, резидентам ОЭЗ в Московской области предоставляются налоговые льготы, перечисленные в ч. 2 ст. 4 Закона Московской области от 24 ноября 2004 г. N 151/2004-ОЗ "О льготном налогообложении в Московской области" (в ред. от 12 февраля 2009 г.). Применение положений данного Закона к резидентам ОЭЗ осуществляется на основании Федерального закона "Об особых экономических зонах в Российской Федерации".

Особенностью правового статуса резидента ОЭЗ является и то, что ему не разрешено иметь филиалы и представительства за пределами территории особой экономической зоны.

Всего Федеральным законом "Об особых экономических зонах в Российской Федерации" предусмотрено несколько разновидностей ОЭЗ и в каждой из них резидент ОЭЗ обязан заключить соглашение с органом управления ОЭЗ, чтобы получить регистрацию в качестве резидента ОЭЗ.

В настоящее время предусматривается возможность создания **четырёх видов ОЭЗ**:

- 1) промышленно-производственные;
- 2) технико-внедренческие;
- 3) туристско-рекреационные;
- 4) портовые особые экономические зоны <1>.

<1> См.: Статья 4 Федерального закона "Об особых экономических зонах в Российской Федерации".

Сторонами в соглашении о ведении соответствующей деятельности в ОЭЗ являются:

- частное лицо (индивидуальный предприниматель или коммерческая организация);
- орган управления.

Под органом управления понимается Федеральное агентство по управлению особыми экономическими зонами, имеющее территориальные подразделения.

По своему содержанию соглашение о ведении соответствующей деятельности в ОЭЗ является организационным договором. Важной чертой концессионного договора является то, что он носит инвестиционный характер.

2.1. Для ведения деятельности в промышленно-производственной ОЭЗ заключается соглашение о ведении промышленно-производственной деятельности в порядке и на условиях,

предусмотренных Федеральным законом "Об особых экономических зонах в Российской Федерации". Предметом соглашения является не только ведение резидентом на территории ОЭЗ промышленно-производственной деятельности, но и осуществление инвестиций в объеме и в сроки, предусмотренные соглашением <1>.

<1> См.: Типовое соглашение о ведении промышленно-производственной деятельности, утвержденное Приказом Минэкономразвития России от 10 марта 2006 г.

2.2. Для технико-внедренческой ОЭЗ предметом соглашения является технико-внедренческая деятельность, которую осуществляет резидент и для осуществления которой органы управления ОЭЗ обязуются заключить с резидентом договор аренды государственного и муниципального имущества, расположенного на земельных участках в границах особой экономической зоны <1>.

<1> Статья 22 Федерального закона "Об особых экономических зонах в Российской Федерации".

2.3. Аналогичным образом сформулирован предмет соглашения и для туристско-рекреационной ОЭЗ <1>.

<1> Статья 31.1 Федерального закона "Об особых экономических зонах в Российской Федерации".

2.4. Портовые ОЭЗ создаются на территориях и акваториях морских и речных портов, открытых для международного сообщения и захода иностранных судов, территориях аэропортов, открытых для приема и отправки воздушных судов, выполняющих международные воздушные перевозки, а также на территориях, предназначенных для строительства, реконструкции и эксплуатации в установленном порядке морского и речного порта, аэропорта. Для портовой ОЭЗ предметом соглашения являются предусмотренная соглашением предпринимательская и иная деятельность и в установленных законом случаях (например, при строительстве и реконструкции порта) капитальные вложения в объеме и в сроки, предусмотренные соглашением <1>.

<1> Там же.

3. Содержание соглашения раскрывается в правах и обязанностях сторон, определяемых в Типовом соглашении, утвержденном уполномоченным органом.

Согласно Типовому соглашению о ведении промышленно-производственной деятельности Федеральное агентство по управлению особыми экономическими зонами обязано совершить следующие действия:

- заключить с резидентом договор аренды земельного участка;
- внести в реестр резидентов ОЭЗ запись о регистрации резидента;
- сообщить в органы налогового и таможенного контроля сведения о регистрации резидента;
- обеспечить проведение экспертизы проектной документации за счет резидента;
- выдать резиденту разрешение на строительство и (или) реконструкцию.

В обязанность резидента входит осуществление капиталовложений в объеме и в сроки, предусмотренные соглашением. Согласно условиям Типового соглашения резидент обязан вести на территории ОЭЗ только промышленно-производственную деятельность, предусмотренную Соглашением, осуществить капитальные вложения в рублях в сумме, предусмотренной в Соглашении (не менее 10 млн евро).

Резидент вправе потребовать выписку из реестра резидентов ОЭЗ и свидетельство установленного образца, удостоверяющее регистрацию его в качестве резидента ОЭЗ. Он вправе также присутствовать при проведении плановых проверок его деятельности, знакомиться с ее результатами, обжаловать действия должностных лиц органов государственного надзора.

4. Как и в концессионном договоре, в соглашении основной целью является создать обязательства для сторон в части осуществления предпринимательской деятельности и инвестиций, а также гарантировать исполнение сторонами условий заключенного соглашения, сохранение стабильности и неизменяемости условий соглашения.

Изменения в соглашение вносятся по согласованию, достигнутому сторонами. Согласно Типовому соглашению оно может быть изменено по инициативе резидента и на основании принятия Федеральным агентством решения об изменении условий Соглашения по результатам рассмотрения представленных резидентом в установленном порядке бизнес-плана и заключения банка или иной кредитной организации.

Соглашение может быть расторгнуто только в связи с существенным нарушением его условий одной из сторон и в судебном порядке.

Существенным нарушением при исполнении принятых на себя обязательств признается:

- непредставление Федеральному агентству в установленный срок проектной документации для проведения экспертизы и согласования;
- неосуществление капитальных вложений в объеме и сроки, предусмотренные настоящим Соглашением;
- осуществление на территории ОЭЗ предпринимательской деятельности, не предусмотренной настоящим Соглашением;
- неисполнение Федеральным агентством принятых на себя обязательств по заключению договора аренды земельного участка и (или) недвижимого имущества в пределах территории ОЭЗ.

Основаниями прекращения соглашения являются:

- окончание срока, на который соглашение было заключено;
- расторжение соглашения по соглашению Сторон;
- прекращение предусмотренного соглашением договора аренды земельного участка;
- лишение резидента статуса резидента ОЭЗ;
- досрочное прекращение существования ОЭЗ.

В случае нарушения одной из сторон своих обязанностей Типовые соглашения предусматривают применение гражданско-правовой ответственности. При этом не исключается применение и других форм ответственности. Так, Типовое соглашение о ведении промышленно-производственной деятельности предусматривает, что за неисполнение договорных обязательств стороны несут ответственность в соответствии с законодательством РФ.

Если прекращение соглашения вызвано существенным нарушением резидентом его условий, последний при осуществлении деятельности утрачивает статус резидента ОЭЗ. Кроме того, он выплачивает штраф, предусмотренный в соглашении.

Досрочное прекращение соглашения влечет за собой гражданско-правовые последствия. Резиденту предоставляется право распорядиться принадлежащим ему движимым и недвижимым имуществом, находящимся на территории ОЭЗ, по своему усмотрению в соответствии с гражданским законодательством РФ <1>.

<1> См.: Пункт 3 ст. 21 Федерального закона "Об особых экономических зонах в Российской Федерации".

5. Соглашение предусматривает особый таможенный и налоговый режим деятельности. При осуществлении внешнеторговых операций резидент ОЭЗ действует в порядке режима свободной таможенной зоны. В ст. 37 Федерального закона об ОЭЗ предусмотрены правовые последствия досрочного прекращения договора для пользователей режимом свободной таможенной зоны.

Что касается налогового регулирования, то для организаций - резидентов ОЭЗ законами субъектов РФ может устанавливаться пониженная налоговая ставка налога на прибыль, подлежащего зачислению в бюджеты субъектов РФ. Имущество организации - резидента ОЭЗ, созданного или приобретенного в целях ведения деятельности на территории ОЭЗ, освобождается от налогообложения в течение пяти лет с момента постановки на учет указанного имущества <1>.

<1> См.: Пункт 17 ст. 381 Налогового кодекса; Федеральный закон от 3 июня 2006 г. N 75-ФЗ "О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и статью 1 Федерального закона "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" // СЗ РФ. 2006. N 23. Ст. 2382.

6. Действия резидента ОЭЗ по привлечению иностранных инвестиций следует рассматривать как действия, совершенные в рамках действующего соглашения с органом управления ОЭЗ. Это позволяет подчинить заключаемые резидентом для целей исполнения соглашения контракты российскому законодательству. По этому пути развивается практика рассмотрения вытекающих из сложных взаимосвязанных договорных отношений споров, которые возникают в результате заключения концессионных соглашений.

Особое внимание такого рода договорам в международном частном праве уделено в работах М. Блессинга. Им, в частности, исследовался вопрос о применении арбитражем императивных норм, принятие которых, как правило, оказывает влияние на исполнение договорных обязательств и может привести к изменению и расторжению договора <1>.

<1> См.: Blessing M. Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts Swiss Commercial Law Series edited by N.P. Vogt. 1999. Vol. 9.

В 1991 г. при разработке первого в истории российского законодательства Закона об иностранных инвестициях в процессе обсуждения различных вариантов проектов закона предлагалось для регулирования иностранных инвестиций выделить в отдельную главу договорные формы инвестиций <1>. Концессионный договор, согласно такому подходу, может получить более детальное регулирование, что позволило бы учесть особенности данных отношений, характеризующихся наличием иностранного элемента. В частности, предлагалось разграничить концессионные договоры и договоры иностранных инвесторов с национальными инвесторами о достижении общей хозяйственной цели <2>.

<1> См.: Семилютина Н.Г. О типовом законе союзной республики об иностранных инвестициях: комментарий // Советский журнал международного права. 1991. N 1. С. 89.

<2> См.: Статья 42 Типового закона об иностранных инвестициях и осуществлении предпринимательской деятельности иностранными физическими и юридическими лицами // Советский журнал международного права. 1991. N 1. С. 100.

В предлагавшемся проекте Закона об иностранных инвестициях подчеркивалось, что концессионные договоры должны рассматриваться как обязательные для заключения, если иностранный инвестор предполагает осуществлять предпринимательскую деятельность, связанную с освоением природных ресурсов или с использованием объектов, находящихся в государственной собственности <1>. Для таких договоров коллизионная норма могла бы носить характер односторонней коллизионной нормы, т.е. применительно к предпринимательской деятельности, осуществляемой на территории России, предписывать применение российского права к концессионным договорам.

<1> Заключение концессионного договора, согласно предложенному варианту проекта,

освобождает лицо от необходимости получения соответствующего разрешения, получение которого предусматривалось проектом Закона РСФСР об иностранных инвестициях в РСФСР в 1991 г. (см.: Семилютина Н.Г. О типовом законе союзной республики об иностранных инвестициях: комментарий. С. 92).

В отличие от концессионных договоров, заключаемых с органами государства или уполномоченными государством органами, любые иные договоры, заключаемые между предпринимателями, в том числе российскими и иностранными инвесторами, адресуют стороны руководствоваться в случае отсутствия в договоре условия о применимом праве коллизионными нормами, предусмотренными в ст. 1211 ГК РФ, включая договор коммерческой концессии, предметом которого являются исключительные права на объекты интеллектуальной собственности, принадлежащие частному предпринимателю.

При заключении концессионного договора необходимо учитывать его принципиальное значение для различного рода гражданско-правовых контрактов, заключаемых с целью его реализации. При решении коллизионного вопроса в контрактах, связанных с концессионным договором, например, можно было бы освободить иностранного инвестора от необходимости включать в каждый заключаемый им на базе концессионного договора контракт, связанный с привлечением инвестиций, условие о выборе применимого права и о порядке разрешения споров, имея в виду, что к таким контрактам будет применяться соответствующее условие концессионного договора. Законодательство различных государств, как правило, учитывает такую особенность концессионного договора, как непосредственное участие государства в концессионном договоре как стороны в договоре и предусматривает применение права государства, участвующего в концессионном договоре. Эту практику отражает и упомянутая выше Вашингтонская конвенция, предусматривающая в ст. 42 для инвестиционных споров между государством и лицом другого государства применение права государства, участвующего в споре <1>. Применение права государства - стороны в концессионном договоре становится обязательным для применения также и к контрактам, связанным с концессионным договором в силу применения принципа наиболее тесной связи таких контрактов с правом государства - стороны в концессионном договоре.

<1> "Арбитраж применяет право Договаривающегося государства, выступающего в качестве стороны в споре..." Статья 42 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государством и лицом другого государства 1965 г. (Вашингтонская конвенция) // Международное частное право: Сборник документов / Сост. К.А. Бекяшев и А.Г. Ходаков. М.: БЕК, 1997. С. 600.

Содержащееся в концессионном договоре условие о праве иностранного инвестора на выбор **процедуры разрешения споров** по соглашению с другой стороной усиливает договорные гарантии защиты прав иностранных предпринимателей, вступающих в соглашение с органом управления свободной экономической зоной. Оно делает устойчивым и положение отечественных предпринимателей - резидентов ОЭЗ, заключающих контракты на привлечение иностранных инвестиций, например договоров займа, заключаемых с иностранными коммерческими банками.

Поскольку к концессионным договорам применяется обычно право государства - стороны в договоре, тесная связь контракта с концессионным договором предполагает применение

российского законодательства и к отношениям, возникающим из контракта.

В Федеральном законе "Об особых экономических зонах в Российской Федерации" предусмотрено, что споры, связанные с неисполнением или ненадлежащим исполнением соглашения о ведении предпринимательской деятельности в ОЭЗ, подлежат разрешению в судебном порядке в соответствии с законодательством РФ. Однако надо иметь в виду, что, если в договоре участвует иностранный инвестор, то двусторонними международными инвестиционными соглашениями Российской Федерации с соответствующими государствами иностранному инвестору предоставляется более широкий выбор способов разрешения инвестиционных споров.

7. Соглашения о ведении предпринимательской деятельности в ОЭЗ отличает от других концессионных договоров более тесная связь с порядком создания ОЭЗ, предусмотренным в Федеральном законе "Об особых экономических зонах в Российской Федерации". Согласно этому Закону создание ОЭЗ происходит на конкурсной основе.

Хотя ОЭЗ создается на территории субъектов РФ и муниципальных образований, решение о создании ОЭЗ принимается Правительством Российской Федерации по результатам открытого конкурса по отбору заявок на создание ОЭЗ.

Претендентами на участие в конкурсе являются высшие исполнительные органы государственной власти субъектов РФ совместно с исполнительно-распорядительными органами муниципальных образований.

Конкурс по отбору заявок на создание ОЭЗ не может заменить собой процедуру заключения соглашения с резидентом. В то же время согласно международно-правовому регулированию концессионных договоров (см. § 2 настоящей главы) именно процедура заключения концессионных договоров служит основой для признания концессионных договоров рыночным инструментом регулирования инвестиций.

Соглашения, заключаемые резидентом ОЭЗ, играют основную роль в привлечении инвестиций. Как правило, любой иностранный коммерческий банк оценивает коммерческий риск невозврата предоставляемого займа, основываясь на содержании такого рода соглашений, учитывает то, в каком порядке был заключен концессионный договор. Так, например, при предоставлении займов инвесторам под крупные проекты Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР) требует заключения подобного рода соглашений. Он также обращает внимание на то, чтобы эти соглашения заключались в порядке проведения открытого конкурса. Это, по словам зарубежных аналитиков, исключает недобросовестность и коррупцию как основание досрочного прекращения соглашения и снижает риск невозврата предоставленного участнику данного соглашения займа.

К факторам, снижающим коммерческие риски, иностранные банки, предоставляющие займы инвесторам - резидентам ОЭЗ, относят также наличие соответствующих полномочий у органа власти, участвующего в концессионном договоре.

Ими принимаются во внимание форма акта, наделяющего уполномоченный орган власти правом ведения переговоров, а также полномочия органа власти вносить изменения в концессионный договор с инвестором - резидентом ОЭЗ.

Немаловажное значение имеют и содержащиеся в концессионном договоре условия о выборе сторонами применимого права и о порядке разрешения споров <1>.

<1> См.: Labadi W. (Senior Counsel, EBRD), Gramshi A. (Associate, EBRD), Ramasastry A. (Prof of Law, University of Washington). A Favourable Concession Regime: A Lender's Perspective and Perceptions from Transition Countries Part 1 // Butternorths Journal of International Banking and Financial Law June. 2001. P. 283.

Инвестору - резиденту ОЭЗ с большей долей вероятности предоставят необходимые ему заемные средства для целей финансирования его деятельности в ОЭЗ, если соглашение резидента с органом ОЭЗ включает в себя условия, предусматривающие в качестве применимого права унифицированное правовое регулирование концессионных соглашений, нормы которого хорошо известны иностранным кредиторам, а также обычно применяемый в концессионных соглашениях арбитражный порядок разрешения споров.

Контрольные вопросы

1. Каковы особенности концессионного договора как одного из видов гражданско-правовых договоров?
2. Назовите примеры международной унификации правового регулирования концессионных договоров.
3. Каковы особенности заключения концессионного договора согласно Руководству, подготовленному ЮНСИТРАЛ?
4. Назовите унифицированную коллизионную норму, содержащуюся в Вашингтонской конвенции 1965 г. В чем ее особенность?
5. Какие права и обязанности возникают у сторон в концессионном договоре согласно Федеральному закону от 21 июля 2005 г. N 115-ФЗ "О концессионных соглашениях"?

Рекомендуемая литература

1. Богуславский М.М. Международное частное право. 7-е изд., перераб. и доп. Гл. 5. М.: Юрист, 2016.
 2. Богуславский М.М. Перестройка международных экономических отношений и правовая природа концессионных договоров // Международное сотрудничество и международное право. М.: Наука, 1977.
 3. Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Международное частное право и инвестиции. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2011.
 4. Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Государство и регулирование инвестиций. Глава 4 "Правовые формы осуществления инвестиций". М.: Городец, 2003.
-

5. Отдельные виды обязательств в международном частном праве / Отв. ред. В.П. Звеков. Глава 3 "Концессионный договор в международном частном праве". М.: Статут, 2008.

6. Сосна С.А. Концессионные соглашения: теория и практика. М.: ООО "Нестор Академик Пабlishерз", 2002.

7. Сосна С.А. Комментарий к Федеральному закону "О соглашениях о разделе продукции". М.: Юрист, 1997.

Глава 16. РАСЧЕТНО-КРЕДИТНЫЕ ОТНОШЕНИЯ ВО ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Общие положения

Расчеты по внешнеэкономическому контракту представляют собой "способ" платежа, при котором посредством международных банковских операций денежные средства (сумма платежа по контракту) перечисляются на счет получателя платежа.

В международной банковской практике применяются разнообразные формы расчетов (в том числе платежными поручениями, в порядке инкассо, с аккредитива) как с использованием денежных средств, так и посредством ценных бумаг (векселей, чеков).

Вопрос о том, в какой конкретно форме будут производиться расчеты по внешнеэкономическому контракту, в каждом случае определяется по согласованию сторон. При этом применение отдельных форм расчетов может быть предопределено межгосударственными соглашениями РФ, а также национальными правилами валютного и экспортного контроля.

Международные расчетные отношения нередко характеризуются множественностью участников. В их число входят:

- плательщик;
- получатель платежа по внешнеэкономической сделке;
- обслуживающие их банки;
- банки-посредники.

Расчеты участников, как правило, оформляются не одной, а рядом последовательно заключаемых между ними сделок. При этом возникает вопрос: какое право подлежит применению к отношениям, возникающим из указанных сделок <1>? Ответ зависит от той позиции, которую занимает правоприменитель относительно квалификации расчетных отношений.

<1> Подробнее об этом см.: Мансуров Г.З. Международный аккредитив: доктрина, нормотворчество и правоприменительная практика. М., 2004. С. 47; Он же. Новая редакция Унифицированных правил и обычаев по документарным аккредитивам // Журнал международного

частного права. 2008. N 1; Щербина А. Аккредитив в международных расчетах: некоторые вопросы теории и практики // Журнал международного частного права. 1996. N 1 - 2 (11 - 12). С. 22; Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование.

Так, в правовой литературе указывалось, что в отношении международного вексельного обращения действует принцип: "несколько контрактов - несколько правовых систем". Его суть состоит в том, что поскольку в ходе своего обращения вексель может "проходить" через несколько сделок (составление, акцепт, "индоссирование", "авалирование"), то возможна ситуация, когда такие различные сделки будут подчиняться праву различных государств <1>.

<1> См.: Вишневский А.А. Современное вексельное право. Женевская (Россия) и английская системы. М., 2007. С. 263.

Применительно к международным расчетам по аккредитиву также отмечалось, что аккредитив порождает несколько видов договорных отношений - отдельных двусторонних сделок, заключаемых в рамках аккредитива <1>. Следовательно, можно выделить **несколько правовых систем, с которыми аккредитив связан**:

<1> О квалификации правовой природы аккредитива в различных правовых системах см.: Овсейко С. Юридическая природа аккредитива // Юрист. 2006. N 5; Шамраев А.В. Совершенствование нормативного регулирования расчетов по аккредитиву в рублях с учетом международной практики. Актуальные проблемы международного частного и гражданского права / Под ред. С.Н. Лебедева. М., 2006. С. 260.

в отношениях банк-эмитент - приказодатель должно применяться право страны, где открывается аккредитив;

в отношениях бенефициар - авизующий банк подлежит применению право страны авизующего банка <1>.

<1> См.: Шмиттгофф К. Указ. соч. С. 188.

Подобным образом решался вопрос и в зарубежной практике. При отсутствии избранного сторонами права в качестве подлежащего применению права (исходя из принципа наиболее тесной связи с договором) применялось соответственно: право места открытия аккредитива (т.е. право банка-эмитента) - применительно к правоотношениям приказодателя и банка-эмитента (Дело *Dinamics Corp. of America v. Citizens and Southern National Bank*); право места осуществления платежа или места нахождения бенефициара - к правоотношениям бенефициара и авизующего банка (Дела *Offshore International S.A. v. Banco Central S.A.* и *Power Curber International v. National Bank of Kuwait*); право места нахождения авизующего банка - применительно к взаимоотношениям банка-эмитента и авизующего банка <1>.

<1> См.: Шамраев А.В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. М., 2009. С. 49.

Правовое регулирование расчетов по международным коммерческим контрактам основывается на актах различного правового характера. Национальные правовые нормы, подлежащие применению к отдельным формам расчетов на основе коллизионных норм, во многих случаях являются недостаточными, а в законодательстве отдельных стран порой отсутствуют.

В международных договорах, регулирующих расчетные отношения, унификация правовых норм была успешно проведена лишь в области вексельного и чекового оборота. Ее результатом явились Женевские вексельные конвенции 1930 г. и Женевские чековые конвенции 1931 г.

Основное значение для правовой регламентации форм международных расчетов имеют международные правовые акты так называемой частноправовой, неконвенционной унификации, опирающиеся в значительной мере на формирующуюся практику деловых отношений и нормы обычного права. Их кодификация была проведена в рамках Международной торговой палаты (МТП), разработавшей целый ряд документов, постоянно обновляющихся с учетом потребностей международного делового оборота. В числе таких документов Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Унифицированные правила по инкассо.

§ 2. Международно-правовое регулирование расчетов по аккредитиву

1. Расчеты по аккредитиву широко используются во внешнеэкономических контрактах.

Аккредитив - это денежное обязательство банка, выдаваемое им по поручению приказодателя (покупателя товара) в пользу бенефициара (продавца), по которому банк должен произвести платеж, акцептовать или произвести неоглацию тратт (переводных векселей), выставленных на банк, с соблюдением условий, указанных в аккредитиве <1>.

<1> См.: Инструкция Внешторгбанка СССР от 25 декабря 1985 г. N 1 "О порядке совершения банковских операций по международным расчетам"; Инструкция о порядке совершения банковских операций по международным расчетам. М., 1993.

Платежи производятся банком приказодателя (покупателя товара) за счет его средств или полученного им кредита против названных в аккредитивном поручении документов, подтверждающих отгрузку товара либо выполнение других обязательств по контракту, а также при соблюдении иных условий поручения, которые банк доводит до сведения бенефициара.

В правовой литературе документарный аккредитив был назван "интереснейшей для изучения формой международных расчетов", дающей большие преимущества сторонам международных сделок (контрактов) <1>. Использование аккредитивной формы расчетов наиболее благоприятно для продавца товаров, поскольку снятие денег со счета покупателя предшествует отправке товаров в его адрес. Это отличает расчеты по аккредитиву от других форм расчетов, в частности от

акцепта платежного требования (при расчетах платежными поручениями) либо расчетов по инкассо. Отгружая товар, продавец (бенефициар) заведомо знает, что его контрагент по основной сделке платежеспособен. В то же время несвоевременное открытие аккредитива покупателем (плательщиком) позволяет продавцу задержать поставку или даже отказаться от исполнения договора.

<1> См.: Щербина М. Аккредитив в международных расчетах: некоторые вопросы теории и практики // Журнал международного частного права. 1996. N 1 - 2 (11 - 12). С. 21.

Для плательщика (покупателя) аккредитив удобен тем, что денежные средства, числящиеся на аккредитиве, продолжают принадлежать ему и снимаются с аккредитива лишь после того, как продавец отправит товар и представит в банк соответствующие документы, т.е. до момента платежа он остается их собственником.

2. Основное значение для регулирования международных расчетов по аккредитиву имеют **Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов** (ред. 2006 г., публикация МТП N 600 - UCP 600). Работа над совершенствованием и дополнением данного документа ведется в рамках МТП постоянно. Впервые одобренные в 1933 г. на Венском конгрессе МТП, эти Правила неоднократно пересматривались МТП (в 1951, 1962, 1974, 1983, 1993 гг.). С 1 июля 2007 г. они действуют в редакции 2006 г., принятой Исполнительным Советом МТП.

В последней редакции Унифицированных правил были существенно пересмотрены многие положения этого документа, в которых были отражены современные тенденции международной банковской практики, направленные на стандартизацию банковских операций, формализацию деятельности кредитных организаций, абстрагирование при осуществлении банковских обязательств от основных коммерческих сделок, ускорение проведения расчетов, регламентацию порядка электронного документооборота и т.д. Эти особенности нашли отражение и в других принятых МТП документах, таких как **Международная стандартная банковская практика проверки документов по документарным аккредитивам** (ред. 2013 г., публикация МТП N 745R - ISBP 745R), а также **Дополнения к UCP 500, 600 для электронного представления документов eUCP** (eUCP v.1.1 Supplement to UCP 500, 600), которые, не меняя уже сложившихся правил, внесли необходимые коррективы в части представления документов в электронном виде <1>.

<1> С 1 июля 2007 г. данный документ рассматривается как приложение к последней редакции Унифицированных правил UCP 600.

Существенным явилось уточнение, внесенное в ст. 1 "Применение Унифицированных правил". Как из нее следует, Унифицированные правила являются сводом правил (правилами), которые применяются к любому документарному аккредитиву (включая резервные аккредитивы, в той степени, в какой они могут быть к ним применены), если текст аккредитива четко свидетельствует о применении этих правил. Они являются обязательными для всех сторон по аккредитиву, если только аккредитив прямо не изменяет или не исключает их положения.

Данная норма проясняет один из наиболее спорных вопросов о правовом статусе Унифицированных правил, позволяя их оценить как документ (правила), разработанный МТП, а также как свод обычаев, не требующий для их применения обязательной ссылки в тексте аккредитива (как это предусматривалось в предыдущей редакции Унифицированных правил UCP 500) <1>.

<1> О правовой природе публикаций МТП см., например: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 1. С. 517; Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983; Он же. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994. С. 240 - 241; Звекон В.П. Международное частное право: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2004. С. 130; Мансуров Г.З. Международный аккредитив: доктрина, нормотворчество и правоприменительная практика. М., 2004; и др.

Зарубежными авторами также отмечалось, что некоторые положения Унифицированных правил (UCP 600) содержат основополагающие принципы (например, независимость аккредитива от основной сделки). Из этого был сделан заслуживающий внимания вывод, что ни один из сводов правил, таких как Унифицированные правила, не способен исчерпывающим образом определить сферу своего применения <1>.

<1> См.: Good R., Kronke H., McKendrick E. Op. cit. P. 359.

3. Унифицированные правила (публикация МТП N 600) охватывают различные аспекты осуществления расчетов по аккредитиву. В них определены: понятие аккредитива, сфера применения этих правил, круг участников, этапы осуществления расчетов, права и обязанности сторон, требования к документам и стандартам их проверки и т.д.

В соответствии со ст. 2 "Определения" **аккредитив** означает любое соглашение, как бы оно ни было названо или обозначено, которое является безотзывным и тем самым представляет собой твердое обязательство банка-эмитента "по надлежащему представлению":

1) заплатить по предъявлении, если аккредитив исполняется путем платежа по предъявлении (платеж по предъявлении);

2) принять на себя обязательство отсроченного платежа и заплатить по наступлении срока, если аккредитив исполняется путем отсроченного платежа (платеж с отсрочкой);

3) акцептовать переводной вексель (тратту), выписанный бенефициаром, и заплатить по наступлении срока, если аккредитив исполняется путем акцепта.

В ст. 2 Унифицированных правил предусмотрен и такой способ исполнения аккредитива, как **неогоциация тратт** (переводных векселей), под которой понимается покупка исполняющим банком векселей (выставленных на банк иной, чем исполняющий банк) и (или) документов "по надлежаще оформленному представлению путем авансирования или согласия авансировать средства бенефициару в банковский день или по наступлении банковского дня, в который

исполняющему банку, уполномоченному на платеж, должно быть представлено возмещение" <1>.

<1> О способах исполнения аккредитива см.: Чувахина И.О. Способы исполнения документарного аккредитива // Международные банковские операции. 2014. N 4.

В ст. 3 Унифицированных правил аккредитив характеризуется как **безотзывное платежное обязательство**, "даже если в нем не содержится никакого указания на этот счет". Следует отметить, что в ранее действовавшей редакции Унифицированных правил (публикация МТП N 500 - UCP 500) содержалась презумпция безотзывного аккредитива, однако при этом не исключалось применение Унифицированных правил к отзывному аккредитиву, если только соответствующее указание содержалось в его тексте.

Различие между указанными двумя видами аккредитива заключается в том, что безотзывный аккредитив не может быть изменен или аннулирован без предварительного согласия бенефициара, в пользу которого он открыт, в то время как в отзывный аккредитив эти изменения вносятся без предварительного уведомления бенефициара.

Указанная новелла имеет существенное значение, учитывая динамику развития правового регулирования аккредитива в различных редакциях Унифицированных правил - от признания презумпции отзывного аккредитива (Публикация МТП N 400, редакция 1983 г.) к презумпции безотзывного аккредитива (Публикация МТП N 500, редакция 1993 г.) и полному отказу от применения отзывного аккредитива в пользу безотзывного (Публикация МТП N 600, редакция 2006 г.).

Унифицированные правила предусматривают также использование резервных и переводных (трансферабельных) аккредитивов.

Как вытекает из ст. 1 Унифицированных правил, на **резервные аккредитивы** распространяется общее определение, относящееся к любому документарному аккредитиву, т.е. аккредитиву, по которому платежи выдаются против представления документов. В самих правилах отсутствуют специальные положения, посвященные применению резервного аккредитива. В рамках МТП в 1998 г. был принят документ - **Правила международной практики резервных аккредитивов** (публикация МТП N 590 - ICP 98), посвященный регулированию этого вида аккредитива.

Между обычным документарным и резервным аккредитивами существуют различия. Обычный документарный аккредитив обязывает бенефициара представить наряду с другими транспортные либо иные документы, которые могут служить доказательством выполнения обязательства. Согласно резервному аккредитиву документы, подлежащие представлению против платежа, необязательно должны подтверждать выполнение бенефициаром своих обязательств. Для платежа может быть представлен документ любого вида, например заявление бенефициара о том, что другая сторона (покупатель) не исполняет своих обязательств.

По своей сущности резервный аккредитив соответствует банковской гарантии по требованию. Учитывая необходимость устранить имеющиеся в странах различия в правовой регламентации двух широко востребованных на практике инструментов, Комиссия ООН по праву

международной торговли (ЮНСИТРАЛ) разработала и в 1995 г. одобрила Конвенцию ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах <1>.

<1> Об этой Конвенции см. [гл. 17](#) учебника.

При использовании **переводного (трансферабельного) аккредитива** права и обязанности по аккредитиву передаются бенефициаром другому лицу таким образом, что это лицо также становится участником банковских операций по аккредитиву (получателем).

Преимущество переводного аккредитива состоит в том, что по нему можно погасить несколько обязательств. Однако передача прав и обязанностей по такому аккредитиву требует согласия приказодателя (покупателя), открывшего аккредитив, а также банка-эмитента, берущего на себя обязательство осуществить платеж.

4. Аккредитивное поручение обращено прежде всего к двум лицам:

1) к **банку-эмитенту**, которому поручается выставить аккредитив и совершить платеж на условиях, указанных в поручении;

2) к **бенефициару** (в частности, им может быть поставщик товара), который должен отправить товар и представить документы в банк до истечения срока действия аккредитива.

Обязанность формулировать условия аккредитива лежит на **приказодателе**, который должен дать банку-эмитенту полные и точные инструкции относительно вида, суммы аккредитива, сроков для представления документов, способа и места исполнения аккредитива и т.д.

В свою очередь, обязательство банка-эмитента перед бенефициаром совершить платеж обусловлено представлением им указанных в аккредитиве документов (транспортных, страховых документов, коммерческих счетов), подтверждающих отгрузку товара или выполнение иных обязательств, с соблюдением основных требований, которым должны удовлетворять содержащиеся в таких документах сведения.

Банк-эмитент, т.е. банк, открывший аккредитив, является основным должником перед бенефициаром. Этот банк может сам произвести платеж либо предоставить другому банку (банку-посреднику) полномочия производить такие платежи, осуществлять другие действия, связанные с выполнением аккредитива, при условии соблюдения получателем платежей его условий. В зависимости от выполняемых функций банки-посредники делятся на "авизующий", "исполняющий", "подтверждающий".

Авизующий банк по поручению банка-эмитента авизует аккредитив бенефициару. В его функции входит подтверждение подлинности (аутентичности) аккредитива (вносимых в него изменений), который он авизует, а также точности указания сроков и условий аккредитива или вносимых в него изменений. При этом он не принимает на себя никаких обязательств перед бенефициаром по платежам и лишь в случае неподтверждения подлинности аккредитива должен сообщить об этом банку, от которого получены инструкции, либо - при его авизовании - сообщить бенефициару о том, что он не смог установить "видимую подлинность" аккредитива, его

изменений или извещения. Для авизования аккредитива (или его изменений) бенефициару авизирующий банк вправе использовать и услуги другого банка (п. "с" ст. 9 Унифицированных правил).

Участником расчетов по аккредитиву является **исполняющий банк**, уполномоченный банком-эмитентом на исполнение аккредитива, т.е. на платеж, акцепт тратт и их оплату или на негоциацию тратт. Он так же, как и авизирующий банк, не несет никакой ответственности за платежи перед бенефициаром (если только он не подтвердил аккредитив).

Подтверждающий банк (т.е. банк, который добавляет свое подтверждение к аккредитиву на основании полномочий или просьбы банка-эмитента) обязан по представлении предусмотренных аккредитивом документов безотзывно выполнить платежное обязательство перед бенефициаром или осуществить негоциацию с момента "добавления" им своего подтверждения к аккредитиву. Указанный банк подтверждает аккредитив на основании полномочия, выданного банком-эмитентом, и тем самым становится стороной в аккредитиве, без которой тот не может быть изменен или аннулирован. Это, однако, не лишает его права на получение от банка-эмитента возмещения всех платежей, которые были произведены им по аккредитиву.

В обязанность подтверждающего банка также входит предоставление возмещения исполняющему банку, который выполнил платежное обязательство перед бенефициаром или осуществил негоциацию и направил документы подтверждающему банку. При этом обязательство подтверждающего банка предоставить возмещение исполняющему банку является обособленным от обязательства подтверждающего банка перед бенефициаром.

В тех случаях, когда аккредитив исполняется банками-посредниками, в целях компенсации затрат на выплату бенефициару денежных средств исполняющий (либо подтверждающий) банк выставляет требование о платеже (рамбурс) на банк-эмитент либо на какой-либо третий банк, указанный эмитентом (**рамбурсирующий банк**) (ст. 13). Обязательства, связанные с предоставлением такого возмещения, подробно регулируются в документе МТП - **Унифицированных правилах для межбанковского рамбурсирования по документарным аккредитивам** (публикация МТП N 727), вступивших в силу с 1 октября 2008 г. и заменивших ранее действовавшую редакцию этих Правил (публикация МТП N 525).

5. Положения Унифицированных правил основываются на двух важнейших принципах - принципе абстрактности (независимости от основной коммерческой сделки) и принципе строгого соответствия (формальности).

Принцип абстрактности. При расчетах по аккредитиву возникает вопрос о соотношении внешнеэкономического контракта и аккредитива, открытого покупателем на его основе. Важное значение при этом имеет закрепленное в Унифицированных правилах положение об "абстрактности" аккредитива, в соответствии с которым он представляет собой сделку, обособленную от договора купли-продажи или иного договора, на котором он может быть основан, и банки "ни в коей мере не связаны и не должны заниматься такими договорами, даже если в аккредитиве есть какая-либо ссылка на такой договор (ст. 4). Из этого следует, что если между сторонами договора купли-продажи достигнута договоренность о продлении срока аккредитива (например, в связи с несвоевременной высылкой поставщиком документов об отгрузке товаров), это не влечет автоматически обязанность банка осуществить платеж в согласованные таким образом сроки. В этом случае приказодатель (покупатель) должен внести

соответствующие изменения в условия аккредитива.

Однако даже если по условиям аккредитива представленные продавцом документы к оплате банком не приняты, не исключается возможность на основании условий контракта требовать, чтобы покупатель уплатил стоимость полученного им товара.

Принцип строгого соответствия (формальности). Аккредитив носит строго формальный характер. При его исполнении все заинтересованные стороны, участвующие в операциях по аккредитиву, имеют дело с документами (а не с товарами, услугами и (или) иными видами исполнения обязательств, к которым могут относиться эти документы).

Это хорошо видно из арбитражного дела, рассмотренного в МКАС при ТПП РФ. Российская организация (продавец) предъявила иск к иностранной фирме о взыскании с нее задолженности по оплате поставленного товара. В ходе рассмотрения иска было установлено, что отгруженный продавцом товар не был оплачен с открытого покупателем аккредитива из-за расхождений между представленными в банк отгрузочными документами и условиями аккредитива. Банк сообщил продавцу, что для оплаты товара с аккредитива необходимо распоряжение покупателя о внесении в него уточнений, которое не последовало. Иск был удовлетворен, учитывая, что неоплата товара с аккредитива не освобождает покупателя от обязанности оплатить полученный товар <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. М., 2010. С. 255, 256.

Для осуществления платежа исполняющий либо подтверждающий банк, а также банк-эмитент должны проверить, являются ли представленные бенефициаром документы по своим внешним признакам "надлежаще оформленным представлением".

В Унифицированных правилах установлены четкие сроки для проверки банками представленных им документов - 5 банковских дней. Согласно ранее действовавшей редакции этого документа (публикация МТП N 500) для проверки и принятия документов банком (банком-эмитентом, исполняющим и подтверждающим банком) предусматривался "разумный срок, не превышающий семи банковских дней, следующих за днем получения документов". Унифицированные правила, как видно, отказались от использовавшегося для проверки документов критерия "разумного срока", имеющего в настоящее время широкое распространение при определении сроков исполнения обязательств в иных, чем банковская, сферах коммерческой деятельности.

Уточнены и стандарты проверки документов - проверка должна осуществляться "на основании самих документов". Ранее предусматривалось, что документы должны проверяться банками с "разумной тщательностью" для того, чтобы удостовериться, соответствуют ли они по внешним признакам условиям аккредитива или нет.

Документы, не предусмотренные в аккредитиве, не подлежат проверке банками. Если банки получают такие документы, они должны их вернуть.

В случае установления банком, что представление "не является надлежаще оформленным",

он вправе отказаться выполнить платежное обязательство или осуществить негоциацию. При этом он может по своему усмотрению обратиться к приказодателю с предложением устранить расхождения либо отказаться от исполнения, направив об этом бенефициару (представляющему лицу) извещение.

6. Банки принимают документы при условии, что они представлены бенефициаром **в пределах сроков действия аккредитива.**

Представление должно быть сделано бенефициаром или от его имени не позднее 21 календарного дня после даты отгрузки, но в любом случае не позднее даты истечения срока аккредитива.

В международной практике нередко возникают сложности в связи с определением срока использования аккредитива при отгрузке товаров частями (использования аккредитива частями). Унифицированные правила исходят из того, что если в установленные сроки какая-либо часть не отгружена и (или) не использована, аккредитив становится недействительным как для этой части, так и для последующих частей.

Представляет в этой связи интерес следующий пример из практики МКАС при ТПП РФ. Поставщик отгрузил покупателю в соответствии с контрактом товар двумя партиями. Расчеты между сторонами должны были производиться по аккредитиву, который приказодатель (покупатель) открыл в пользу бенефициара (поставщика) в банке на срок в три месяца. Документы должны были представляться поставщиком в этот банк (через банк-посредник) в течение 21 дня с даты отгрузки каждой партии товара. Поставщик представил документы по первой партии позднее, чем через 21 день после отгрузки товаров. Поскольку срок представления документов по первой партии был пропущен, банк отказал получателю платежа (поставщику) в принятии документов и по второй партии.

§ 3. Международно-правовое регулирование расчетов по инкассо

1. При использовании участниками внешнеэкономического контракта расчетов в форме **инкассо** управомоченная на получение платежа сторона (принципал), выполнив обязательства по контракту, дает поручение своему банку (банку-ремитенту) получить платеж от другой стороны (плательщика), представив в подтверждение выполненных обязательств соответствующие документы.

Как видно, в отличие от расчетов по аккредитиву, расчеты по инкассо имеют преимущества для покупателей товаров (плательщиков), которые осуществляют оплату товаров против документов, убедившись, что товары отгружены в его адрес. В свою очередь, для продавца (принципала) инкассовая форма расчетов гарантирует, что товар не перейдет в распоряжение покупателя до тех пор, пока он не совершит платеж, так как до получения платежа документы остаются в распоряжении инкассирующего банка.

При использовании инкассовой формы расчетов в международной торговой практике применяются вступившие в силу 1 января 1996 г. **Унифицированные правила по инкассо** (ред. 1995 г., публикация МТП N 522 - URC 522) <1>. Впервые одобренные в 1956 г., эти Правила до принятия последней редакции пересматривались МТП в 1967 и в 1978 гг.

<1> См.: Унифицированные правила по инкассо. Публикация N 522. Изд. Международной торговой палаты / На рус. и англ. яз. М., 1996.

Международная торговая палата также разработала комментарии к статьям Унифицированных правил (публикация N 522), которые были опубликованы в виде отдельного документа - **Унифицированные правила по инкассо. Комментарий** (публикация МТП N 550 (Е) <1>.

<1> См.: Унифицированные правила по инкассо. Комментарий. Публикация N 550 (Е). Изд. Международной торговой палаты / На рус. и англ. яз. М., 1998.

Унифицированные правила по инкассо применяются ко всем инкассо, когда ссылка на них включена в текст инкассовых поручений, и обязательны для всех упомянутых в них сторон, если иное не оговорено специально или не содержится в положениях национального, государственного или местного законодательства и (или) регулирования, от которых нельзя отступить (ст. 1). Указанное положение подчеркивает факультативный характер Унифицированных правил, являющихся результатом частной (неофициальной) кодификации сложившихся на практике обычаев делового оборота.

2. Унифицированные правила по инкассо:

- определяют виды инкассо;
- определяют способ и порядок осуществления инкассовых операций;
- дают единообразное толкование различных терминов;
- решают иные вопросы, возникающие в банковской практике инкассовых расчетов.

Под **инкассо** в Унифицированных правилах понимаются операции с документами, осуществляемые банками на основании полученных в инкассовом поручении инструкций, в целях:

- 1) получения акцепта платежа и (или) самого платежа, или
- 2) выдачи коммерческих документов против акцепта и (или) против платежа, или
- 3) выдачи документов на других условиях.

В инкассовом поручении принципал должен дать точные указания об условиях, при которых переданные банку документы могут быть выданы плательщику.

Инкассовое поручение обычно содержит сведения:

- о сторонах в инкассо (банке-ремитенте, принципале, плательщике, представляющем банке);

- сумме и валюте платежа, подлежащих инкассации;
- прилагаемых документах с указанием листов каждого документа;
- сроках и условиях получения платежа и (или) акцепта платежа;
- условиях передачи документов;
- месте, в котором должно быть сделано представление.

Помимо этого в инкассовом поручении:

- оговаривается возможность принятия частичных платежей по инкассо и передачи против частичных платежей документов плательщику;
- устанавливаются порядок и условия оплаты комиссии и расходов, связанных с инкассированием, метод платежа, форма платежного извещения и т.д.

Платежи осуществляются в соответствии с инкассовым поручением против финансовых и (или) коммерческих документов, под которыми, в частности, понимаются переводные векселя, простые векселя, чеки, платежные расписки или подобные документы, используемые для получения платежа деньгами ("финансовые документы"), а также счета, отгрузочные документы, "документы о праве собственности или подобные документы, не являющиеся финансовыми документами" ("коммерческие документы").

Унифицированные правила по инкассо различают - в зависимости от представляемых против платежей документов - **чистое** и **документарное инкассо**.

Чистым является инкассо только финансовых документов, а документарным - инкассо финансовых документов, сопровождаемых коммерческими документами, а также инкассо только коммерческих документов.

Инкассовые операции осуществляются **двумя способами: путем представления документов против платежа и (или) документов против акцепта** (п. "а" ст. 2).

Названные способы расчетов должны быть четко определены в инкассовом поручении. При этом в банк не должны представляться одновременно вексель с отсроченной датой платежа (т.е. документ против акцепта платежа) и инструкции, согласно которым коммерческие документы подлежат передаче против платежа. Если в банк представляется такой вексель, а в инкассовых инструкциях отсутствуют указания на то, подлежат ли коммерческие документы выдаче против акцепта либо против платежа, то документы будут переданы банком только против платежа, без ответственности с его стороны за любые последствия, вытекающие из-за задержки передачи документов.

В комментарии к Унифицированным правилам (Публикация МТП N 550(E) помимо указанных видов инкассо (чистого и документарного) называются также инкассо чеков и инкассо, передаваемые посредством электронных средств связи (**Electronic Data Interchange - EDI**).

Поскольку практика инкассации чеков в отдельных странах различается, при разработке

последней редакции Унифицированных правил не было сочтено возможным включить специальные статьи, направленные на ее регламентацию.

Не представилось возможным также включить правила, регулирующие инкассо, передаваемые посредством электронных средств связи, поскольку "имелась значительная неуверенность по ряду вопросов, относящихся к электронному обмену данными, включая вопросы правового характера" <1>.

<1> См.: комментарий к ст. 2 "а" Публикации МТП N 550 (Е).

3. Участниками расчетов по инкассо являются:

- **принципал** (сторона, которая поручает банку операцию по инкассированию);
- **банк-ремитент** (банк, которому принципал поручает операцию по инкассированию);
- **инкассирующий банк** (любой банк, кроме банка-ремитента, участвующий в операции по инкассированию);
- **представляющий банк** (инкассирующий банк, осуществляющий представление плательщику);
- **плательщик** (лицо, которому должно быть сделано представление в соответствии с инкассовым поручением).

Расчеты по инкассо начинаются с представления принципалом инкассового поручения и документов в банк-ремитент, который обязан определить соответствие документов инкассовому поручению и своевременно известить принципала о неточностях. В случае неустранения неточностей банк вправе возвратить документы принципалу без исполнения поручения. Если же документы соответствуют инкассовому поручению, они передаются исполняющему банку, который сам либо через представляющий банк представляет их плательщику к оплате.

Исполнение инкассового поручения завершается зачислением полученной от плательщика суммы на счет принципала.

При отказе плательщика от платежа (или акцепта платежа) на исполняющем банке лежит обязанность незамедлительно известить об этом банк-ремитент, который доводит эту информацию до сведения принципала, самостоятельно принимающего решение в связи с неполучением платежа. В частности, он может отозвать документы и предъявить плательщику требования о взыскании задолженности по оплате в исковом порядке. В этом случае требования указанного принципала (например, являющегося одновременно продавцом товаров по договору купли-продажи) будут вытекать не из инкассового поручения, а из контракта, на основании которого должны были производиться расчеты по инкассо.

В арбитражной практике разрешения споров по внешнеэкономическим контрактам встречались ситуации, когда в результате отказа плательщика (покупателя) произвести платеж

против документов, представленных ему инкассирующим банком по поручению принципала (продавца), документы возвращались банку-ремитенту и принципал обращался с иском в арбитражный суд о взыскании с ответчика суммы задолженности по контракту. В случае выполнения продавцом обязанностей по поставке товаров в соответствии с условиями контрактов иски в подобных случаях удовлетворялись. При этом арбитражный суд исходил из того, что, поскольку продавец поставил товар, он был вправе потребовать от покупателя уплаты этой цены, а покупатель был обязан уплатить цену за него.

Для внешнеторговых расчетов (в том числе расчетов по инкассо) банки нередко используют свои подразделения, находящиеся в других государствах. Согласно сложившейся банковской практике связанные с международными расчетами операции, произведенные созданными за рубежом отделениями банков, признаются операциями самостоятельных банков.

Интерес представляет следующий пример из практики. При осуществлении расчетов в форме инкассо по внешнеэкономическому контракту российский экспортер, отгрузив товар, представил документы в представительство иностранного банка в г. Москве (который выполнял функции банка-ремитента), а не в сам иностранный банк (исполняющий банк), в котором по лицензии ЦБ РФ был открыт счет этого экспортера. В свою очередь, документы плательщику (иностранному импортеру) были переданы через указанный банк банком плательщика, выполняющего функции представляющего банка. При разрешении спора в МКАС при ТПП РФ ответчик, не оплативший товар, возражая против заявленных требований, указал, в частности, что процедура представления документов в банк была нарушена. Рассмотрев доводы сторон, состав арбитража принял во внимание полученные истцом в ответ на его запрос разъяснения Внешэкономбанка, который расценил действия истца как правомерные. При расчетах по инкассо задача банка-ремитента (в роли которого в данном случае выступало московское представительство иностранного банка) состояла лишь в пересылке полученного от принципала (истца) инкассового поручения представляющему банку. Все необходимые инструкции были даны истцом в инкассовом поручении. Следовательно, представляющий банк имел все необходимые данные для представления инкассового поручения к оплате ответчику <1>.

<1> См.: Комментарий судебно-арбитражной практики. М., 1997. Вып. 4. С. 161.

4. В Унифицированных правилах по инкассо решен важный для любого денежного обязательства вопрос о том, в какой валюте должен быть произведен платеж. Предусмотренные в них положения соответствуют подходу, сложившемуся в международной торговой практике: платеж должен быть осуществлен в валюте, делающей этот платеж возможным с учетом установленных в стране платежа мер валютного регулирования.

Если документы подлежат оплате в валюте места платежа (местной валюте), представляющий банк обязан передать документы плательщику против платежа в местной валюте, если такой валютой можно немедленно распорядиться способом, указанным в инкассовом поручении (ст. 17).

В отношении платежей в иностранной валюте необходимым условием является возможность незамедлительного перевода денежных средств в соответствии с инструкциями инкассового поручения (ст. 18).

5. Унифицированные правила по инкассо не содержат специальных положений о соотношении инкассового поручения и лежащего в его основе контракта. Вместе с тем из ряда содержащихся в них положений следует, что принципы "абстрактности" (независимости инкассо от основной сделки) и строгого соответствия представляемых документов ("формальности") последовательно соблюдаются. Так, согласно п. "а" ст. 4 банки вправе действовать исключительно в соответствии с инструкциями, содержащимися в инкассовом поручении. Статья 12 предусматривает, что банки обязаны проверять документы лишь по внешним признакам и т.д.

Практика исходит из того, что отношения, вытекающие из инкассо и из основной сделки, являются самостоятельными обязательствами.

Например, при рассмотрении спора в МКАС при ТПП РФ встал вопрос о разграничении обязанностей, вытекающих из внешнеторгового контракта, предусматривающего расчеты по инкассо, и из самого инкассового поручения. В связи с требованием истца (продавца) оплатить поставленный товар ответчик (покупатель) в возражениях на иск указал, что представленные истцом в банк документы, против которых предусматривался платеж, были оформлены ненадлежащим образом и по формальным признакам не могли быть приняты к оплате. Арбитраж не счел возможным согласиться с доводами ответчика, учитывая, что требования истца вытекали из контракта в связи с неисполнением обязанности ответчика оплатить товар.

§ 4. Международно-правовое регулирование расчетов платежными поручениями (банковский перевод)

1. При использовании во внешнеэкономической деятельности **расчетов платежными поручениями** банк по поручению клиента (перевододателя) адресует банку-корреспонденту платежное поручение о выплате в определенный срок денежной суммы за счет перевододателя иностранному получателю (бенефициару).

Указанная форма расчетов, для которой в международной банковской практике также используются термины "платеж на открытый счет" (**open account payment**), "банковский перевод" (**bank transfer**), "кредитовый перевод" - один из наиболее оперативных способов платежа в международной торговле.

Она применяется преимущественно в тех случаях, когда платежи по контракту носят разовый характер. Это отличает ее от других, более сложных форм расчетов, в частности от расчетов по аккредитиву и по инкассо, которые, как правило, используются для оплаты товара по "длящимся" контрактам. Так, **расчеты платежными поручениями нередко применяются в случаях:**

- единовременных выплат по поставкам;
- при осуществлении авансовых платежей;
- для перерасчетов по ранее заключенным сделкам (например, в случаях, когда платежи за отгруженный товар должны были осуществляться по аккредитиву, который не был использован своевременно).

Расчеты платежными поручениями могут применяться и для платежей в связи с удовлетворением претензий по качеству, требований об уплате неустойки, процентов годовых и

Т.Д.

Как и другие формы расчетов (по аккредитиву и по инкассо), международные расчеты платежными поручениями представляют собой последовательный ряд операций, совершаемых участниками из различных государств.

Расчеты осуществляются через соответствующие корреспондентские счета "Ностро" (текущий счет банка, открытый у банка-корреспондента) и "Лоро" (текущий счет банка-корреспондента в данном банке).

На основании данных, содержащихся в заявлении перевододателя, банк-отправитель составляет платежное поручение и адресует его иностранному банку-корреспонденту (банку-получателю) на перевод денежных сумм.

Платежное поручение банка-отправителя представляет собой приказ банка, адресованный своему банку-корреспонденту, о выплате денежной суммы бенефициару по просьбе перевододателя. Исполнение осуществляется путем списания и перевода банком перевододателя денежных средств со счета перевододателя в банк бенефициара, который зачисляет данные средства на счет бенефициара.

Банк передает поручение, используя при этом различные способы передачи, в том числе почтой, телеграфом, телексом. В практике банковского перевода наиболее широко используется передача платежных поручений по каналам электронной связи **Swift (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication)** через сеть межбанковских телекоммуникаций, включая внутренние системы связи банков, имеющих отделения в других странах.

Указанный способ передачи в свое время был рекомендован в принятом секретариатом Комиссии ООН по праву международной торговли документе **Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу** (Нью-Йорк, 1987 г.) <1>, рассчитанном как на дебиторские (инкассовые), так и на кредитовые переводы.

<1> СПС "Гарант".

2. Важным этапом в международно-правовой унификации расчетов платежными поручениями явился **Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах 1992 г.** <1>, принятый Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) 14 мая 1992 г. на двадцать пятой сессии. Целью его принятия было повлиять на процессы адаптации национальных законодательств различных стран к новым технологиям международных денежных переводов, возрастанию количества используемых на практике электронных поручений по сравнению с поручениями на бумажных носителях, последовавшим за этим изменением соотношения между дебетовыми и кредитовыми переводами.

<1> См.: Комиссия ООН по праву международной торговли // Ежегодник. 1992. Нью-Йорк, 1994. Т. XXIII. С. 661 - 671.

Типовой закон был разработан в качестве модели для принятия государствами соответствующего национального законодательства. На его основе в свое время была принята Директива Европейского союза от 27 января 1997 г. N 97/5 "О трансграничных кредитовых переводах" <1>. Типовой закон регулирует международные переводы, осуществляемые посредством платежных поручений, "когда банк-отправитель и банк-получатель находятся в разных государствах". Под платежным поручением в нем понимается безусловный приказ (в любой форме) отправителя банку-получателю передать в распоряжение бенефициара установленную или подлежащую установлению денежную сумму (ст. 2 b).

<1> В настоящее время отменена на основании Директивы Европейского союза от 13 ноября 2007 г. N 2007/64/ЕС "О платежных услугах на внутреннем рынке".

Участниками "кредитового перевода" (банковского перевода) являются:

- **перевододатель** (лицо, выдающее первое платежное поручение в ходе "кредитового" перевода);
- **бенефициар** (лицо, указанное в платежном поручении перевододателя в качестве получателя денежных средств);
- **отправитель** (лицо, которое выдает платежное поручение, включая перевододателя и любой банк-отправитель);
- **банк-получатель** (банк, который получает платежное поручение), **банк-посредник** (любой банк-получатель, не являющийся банком перевододателя и банком бенефициара).

Кредитовый перевод включает ряд операций, осуществляемых банками, иными кредитными учреждениями с целью передачи средств в распоряжение бенефициара, начиная с выдачи платежного поручения перевододателем и завершая акцептом платежного поручения банком бенефициара в интересах бенефициара. С этого момента банк бенефициара становится должником бенефициара в размере акцептованного им платежного поручения.

Понятие "кредитовый перевод" распространяется также на любые "промежуточные" платежные поручения, выдаваемые как банком-отправителем, так и любым банком-посредником, выполняющим платежное поручение перевододателя. Согласно Типовому закону каждое платежное поручение, выдаваемое в целях платежа по поручению приказодателя, считается частью другого кредитового поручения (ст. 2).

Кредитовый перевод завершается акцептом платежного поручения банком бенефициара, который несет ответственность перед бенефициаром в размере акцептованного им платежного поручения. Банк-получатель осуществляет платеж бенефициару за свой счет с последующим истребованием этих средств у отправителя. Возмещение банку-получателю должно предоставляться "путем дебетования счета отправителя или получения от него платежа иным образом" (ст. 2 "b" i).

Способы возмещения определены в ст. 6 Типового закона, предусматривающей:

- 1) списание средств со счета банка-отправителя в банке-получателе (корреспонденте);
- 2) зачисление средств на счет банка-получателя в банке-отправителе (корреспонденте);
- 3) зачисление средств на счет банка-получателя в третьем банке.

3. В качестве дополнения к Типовому закону Комиссия ООН (в сноске к тексту Типового закона) предложила коллизионную норму, которую государства, "возможно, пожелают принять". В ней предусмотрено, что права и обязанности, вытекающие из платежного поручения, регулируются правом, выбранным сторонами. При отсутствии договоренности применяется **право государства банка - получателя платежа**.

§ 5. Международно-правовое регулирование расчетов посредством векселей и чеков

1. В международной торговой и банковской практике нередко применяются расчеты посредством векселей и чеков, что обусловлено присущими этим ценным бумагам свойствами. Они **передаются в оплату за товары (услуги) взамен денежного платежа, удостоверяя имущественное право на его получение**.

Платеж посредством векселя или чека всегда предполагается не окончательным, а условным; другими словами, принятие такого "оборотного документа" погашает долг лишь после оплаты этого документа <1>.

<1> См.: Лунц Л.А. Денежные обязательства в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. М., 1948. С. 167; Он же. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М., 1999. С. 291.

В свою очередь, для участников внешнеэкономических сделок это создает несомненные преимущества - экспортер получает оборотный документ, который он может превратить в денежные средства в любое время в пределах установленного срока, а покупатель товара (услуг) получает отсрочку платежа.

В последнее время все чаще высказывается мнение, что при наличии электронных средств передачи информации ценные бумаги (вексель, чек, облигации и т.п.) как инструмент обеспечения ускорения оборота утратили значение, бумажный документ стал помехой для оборота <1>.

<1> См., например: Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. М., 2003. С. 331.

Замена документов на бумажном носителе электронными средствами передачи информации является общей тенденцией развития документооборота в международной торговой деятельности.

Об этом, в частности, свидетельствуют принятые международные документы - **Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу средств 1987 г.**, **Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996 г.** <1>, **Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г.** <2>, а также **Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных передаваемых записях 2017 г.** <3>, направленный на содействие трансграничному использованию оборотных документов и создание условий для безбумажной торговли.

<1> Принят в г. Нью-Йорке 28 мая - 14 июня 1996 г. на 29-й сессии ЮНСИТРАЛ.

<2> Принята 23 ноября 2005 г. С 1 августа 2004 г. Россия является участницей Конвенции, сделав ряд заявлений.

<3> Принят 13 июля 2017 г. на 1057-м заседании ЮНСИТРАЛ.

Однако современная международная торговая и банковская практика по-прежнему не отказываются от использования векселей и чеков на бумажном носителе, оставляя за ними важную роль в осуществлении финансирования международных коммерческих сделок. Так, в Пояснительных замечаниях к Типовому закону 2017 г., предусматривающему в ст. 1 возможные исключения из сферы его применения, отмечается, что юрисдикционная система, принявшая на основе этого Типового закона соответствующее законодательство, "с учетом своих потребностей" может добавить к уже предусмотренным Типовым законом исключениям (относящимся к таким ценным бумагам, как акции, облигации, другие инвестиционные инструменты), также "документы или инструменты, подпадающие под сферу применения Конвенции, устанавливающей единообразный закон о переводном и простом векселях (Женева, 1930 г.), и Конвенции, устанавливающей единообразный закон о чеках (Женева, 1931 г.), во избежание возможной коллизии между Женевскими конвенциями и Типовым законом, независимо от того, действуют ли Женевские конвенции в соответствующей юрисдикционной системе, принимающей Типовой закон". Данное положение обосновывается тем, что основным принципом Женевских конвенций является соблюдение формальных требований, которое препятствует использованию электронных средств, и, следовательно, инструменты, подпадающие под действие этих Конвенций, должны исключаться из сферы применения Типового закона.

Вексель является инструментом коммерческого кредитования, при котором продавец (векселедержатель) получает от покупателя (векселедатель) не денежные суммы, а вексель. Так, в российском законодательстве вексель определяется как ценная бумага, удостоверяющая ничем не обусловленное обязательство векселедателя (простой вексель) либо иного указанного в векселе плательщика (переводной вексель) выплатить по наступлении указанного в векселе срока определенную сумму владельцу векселя (векселедержателю) <1>.

<1> См. статьи 142 и 143 ГК РФ, Положение о переводном и простом векселе 1937 г. (утверждено Постановлением ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г.).

В сфере международных торговых отношений предъявление векселя к платежу и оплата

векселя нередко рассматриваются в связи с отдельными формами расчетов. В частности, при расчетах по инкассо и по аккредитиву производятся инкассирование векселя, акцепт, учет, неоготация векселя, что, в частности, предусмотрено публикациями Международной торговой палаты (МТП) - Унифицированными правилами по инкассо (публикация МТП N 522) и Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов (публикация МТП N 600).

В отличие от векселя **чек** является исключительно расчетным средством - "испытанным и удобным инструментом безналичных платежей". По своей юридической природе чек представляет собой расчетный (дебетовый) документ в форме платежного приказа выплатить определенную сумму по требованию в момент его предъявления банку-плательщику <1>.

<1> См.: Беляева О.А. Расчеты чеками в России и за рубежом // Законодательство и практика. М., 2004. С. 12.

Свойство ценных бумаг обусловило строго формальный характер векселя и чека, требующий наличия в этих документах определенных реквизитов, что в международной торговле создает трудности - ценные бумаги, отвечающие требованиям закона страны их составления, из-за различий в национальном законодательстве отдельных стран могут быть признаны недействительными.

Преодоление указанных правовых различий на протяжении десятилетий достигалось путем **унификации материальных и коллизионных норм вексельного и чекового права**.

Первые шаги, направленные на единообразное регулирование векселя и чека, были предприняты в период становления унификационных процессов, так называемого этапа "скрытого регионализма", охватывающего период со второй половины XIX в. до Второй мировой войны. Этот этап характеризовался противостоянием правовых систем стран, вступивших на путь унификации частного права, главным образом, латиноамериканских стран и стран, относящихся к континентальной правовой системе. Процесс унификации частного права этого периода определялся как имеющий "двойственную" природу региональной гармонизации, проводившейся параллельно в Европе и на американском континенте <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Базедов Ю. Процесс гармонизации частного права и региональная экономическая интеграция: общий обзор // Московский журнал международного права. 2006. N 2. С. 192.

В сфере банковских обязательств первостепенное значение имело преодоление различий в регулировании вексельного и чекового оборота путем унификации, главным образом, коллизионных норм, которая была проведена в **Договоре о праве международной торговли**, подписанном странами американского континента в Монтевидео 12 февраля 1889 г. (разд. "Переводные векселя", ст. ст. 26 - 34), и в Кодексе Бустаманте, подписанном в Гаване 20 февраля 1928 г. (разд. "Особые торговые сделки". Глава VI. "Контракт, переводной вексель и аналогичные торговые документы") <1>. Впоследствии в Панаме 30 января 1975 г. странами Латинской

Америки также была подписана **Межамериканская конвенция о коллизиях законов, касающихся переводных векселей, простых векселей и счетов-фактур** <2>.

<1> См.: Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Нью-Йорк, 1971. Т. 1.

<2> Подробнее об этом см.: Козачук Ю.С. Особенности разрешения коллизионных вопросов вексельных обязательств в праве стран Латинской Америки // Государство и право. 2017. N 8.

Унификация вексельного и чекового права успешно проводилась и в Европе, охватив помимо коллизионного регулирования также сферу материального права. Так, на международной конференции в Гааге 23 июля 1912 г. 29 государствами, включая Россию, была подписана Конвенция об унификации права, касающегося переводных и простых векселей (Единообразный устав), повлиявшая на последующую международную унификацию материального вексельного и чекового права.

Ее результатом стали **Женевские вексельные конвенции 1930 г.**, а также **Женевские чековые конвенции 1931 г.**, участниками которых явились преимущественно страны континентальной правовой системы, в которых квалификация векселя и чека исторически отличалась (и продолжает отличаться) от сложившейся в странах англо-американской правовой системы.

Вексельное (и чековое) законодательство значительного числа стран в настоящее время по-прежнему основывается на двух основных правовых системах - континентального права (стран, воспринявших Женевские вексельные конвенции 1930 г. и Женевские чековые конвенции 1931 г.) и англо-американской системе "общего" права.

Так, Женевские конвенции легли в основу вексельного права не только участвующих в них стран, но и тех, которые не подписали конвенции и не присоединились к ним (например, Алжир, Аргентина, Афганистан, Болгария, Индонезия, Ирак, Исландия, Ливан, Марокко, Румыния, Сирия и т.д.).

В то же время в Женевских вексельных конвенциях не участвуют: Великобритания, где действует Закон о переводных векселях 1882 г. <1>, США, где вексельное обращение регулируется в Единообразном торговом кодексе США (раздел 3 "Оборотные инструменты"), а также в принятом в соответствии с ним законодательстве отдельных штатов, и страны, чье законодательство основано на англо-американской правовой системе (например, Австралия, Израиль, Индия, Ирландия, Канада, Кипр, Кения, Нигерия, Пакистан, Судан, ЮАР), сохранившие свой тип векселя, отличающийся от векселя, основанного на Женевских вексельных конвенциях <2>.

<1> См.: Закон о переводных векселях 1882 г. / Пер. с англ. А.А. Вишневого. Текст опубликован в кн.: Современное вексельное право. Женевская (Россия) и английская системы. М., 2007. С. 317.

<2> В частности, различия состоят в обозначении реквизитов векселя - вексель, основанный на Законе о переводных векселях 1882 г., не требует вексельной метки, разрешается выставление векселя на предъявителя. По-иному, чем в Женевских конвенциях, в законодательстве этих стран решаются и вопросы об условиях акцепта векселя, основаниях для признания индоссамента недействительным, о способах указания срока платежа, а также о порядке и сроках протеста, о сроках исковой давности и т.д. Подробнее об этом см.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 2. С. 633; Вишневский А.А. Современное вексельное право. Женевская (Россия) и английская системы. М., 2007.

Аналогично двум типам векселя в мировой правовой системе существует два типа чека:

- 1) чек, основанный на Женевских чековых конвенциях;
- 2) чек, известный англо-американской системе права, где он рассматривается как разновидность переводного векселя (тратты).

Например, соответствующие нормы имеются в английском Законе о переводных векселях 1882 г., рассматривающем чек как тратту, выставленную на банкира сроком платежа "по предъявлении" (ст. 73), а также в Единообразном торговом кодексе США, согласно которому чек означает тратту, подлежащую оплате "по востребованию" и выписанную на банк (ст. 3-104).

Такая конструкция чека (тратты) обусловлена особенностями англо-американской системы права, допускающей применение векселя по предъявлении и не требующей вексельной метки, в отличие от векселя, свойственного странам континентальной правовой системы и предусмотренного Женевскими вексельными конвенциями, которыми допускается использование только именных и ордерных векселей <1>.

<1> См.: Беляева О.А. Расчеты чеками в России и за рубежом. С. 1 - 5.

2. Женевские вексельные конвенции 1930 г., а именно:

- 1) Конвенция о Единообразном законе о переводном и простом векселе;
- 2) Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях;
- 3) Конвенция о гербовом сборе в отношении переводных и простых векселей - были подписаны на конференции в Женеве 7 июня 1930 г. <1>.

<1> См.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных с иностранными государствами. Вып. IX. Действующие договоры, соглашения и конвенции, вступившие в силу до 1 января 1937 г. М., 1938. С. 218.

В Женевских вексельных конвенциях участвуют страны континентальной Европы, в том

числе Австрия, Бельгия, Венгрия, Германия, Греция, Дания, Италия, Люксембург, Монако, Нидерланды, Норвегия, Польша, Португалия, Финляндия, Швейцария, Швеция, а также иные страны - Япония, Бразилия. Российская Федерация является участницей Конвенций как правопреемник СССР, присоединившегося к ним 25 ноября 1936 г. К ним присоединились также Казахстан и Украина.

Данные Конвенции явились примером как прямой унификации, которая была проведена в Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях, так и "косвенной" унификации. Так, в Конвенции о Единообразном законе о переводном и простом векселе содержатся общие положения международно-правового (публичного) характера об их действии, а также установлено обязательство договаривающихся государств ввести в действие на территории своих стран Единообразный закон о переводном и простом векселе, приведенный в приложении 1 к Конвенции.

С учетом указанного международного обязательства СССР, присоединившийся к Конвенциям в 1936 г., издал и ввел в действие **Положение о переводном и простом векселе** (утверждено Постановлением ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г.) <1>, текстуально совпадающее с положениями Единообразного закона о переводном и простом векселе (приложение 1 к Женевской конвенции о Единообразном законе о простом и переводном векселе).

<1> Свод законов СССР. 1937. Т. 5. С. 586.

В настоящее время в российском законодательстве расчеты посредством векселя осуществляются в соответствии с **Федеральным законом от 11 марта 1997 г. N 48-ФЗ "О переводном и простом векселе"** <1>, предусматривающим применение во внутреннем вексельном обороте **Положения о переводном и простом векселе 1937 г.**

<1> СЗ РФ. 1997. N 11. Ст. 1238.

2.1. Унификация материального вексельного права в Женевских вексельных конвенциях была достигнута, как отмечалось, в Единообразном законе о переводном и простом векселе, охватывающем основные вопросы обращения простого и переводного векселей. В нем содержатся положения, касающиеся:

- обязательных реквизитов;
- порядка акцепта векселя плательщиком;
- передачи переводного векселя по передаточной надписи - индоссаменту;
- обеспечения платежей по векселю авалем;
- сроков платежа по векселю;

-
- протестов и исков в случае неакцепта и неплатежей и т.д.

Согласно Единообразному закону вексель является основным способом оформления кредита, а также служит средством платежа. Например, в международной торговле вексель используется в тех случаях, когда купля-продажа товара осуществляется в кредит. При этом экспортер (векселедержатель) получает от импортера (векселедателя) не денежные суммы, а вексель.

В Единообразном законе выделяются две разновидности векселя - **простой** и **переводный**. Содержащееся в нем регулирование рассчитано прежде всего на оборот переводных векселей (ст. ст. 1 - 74). Простым векселям специально посвящены отдельные статьи (ст. ст. 75 - 78), отсылающие к регулированию, установленному для переводных векселей. Различие между указанными типами векселей состоит в том, что простой вексель - это ценная бумага, удостоверяющая ничем не обусловленное обязательство векселедателя, а переводный вексель - обязательство иного (указанного в векселе) плательщика выплатить по наступлении предусмотренного векселем срока определенную сумму владельцу векселя (векселедержателю). Из этого следует, что в отличие от простого переводный вексель предполагает участие трех лиц:

- векселедателя;
- векселедержателя;
- плательщика, который должен выразить свое согласие на оплату векселя (акцептовать вексель).

В частности, он представляет собой не обязательство векселедателя, а безусловный приказ последнего, адресованный плательщику, акцептующему вексель, уплатить векселедержателю определенную сумму в установленный срок.

Переводной вексель имеет в международной практике более широкое распространение, чем простой. Это обусловлено преимуществами переводного векселя, дающего возможность одним платежом по векселю погасить несколько обязательств.

Особое значение имеет определение в ст. 1 Единообразного закона (для переводного векселя) и в ст. 75 (для простого векселя) обязательных реквизитов векселя. Так, **основными реквизитами переводного векселя** являются:

- наименование "вексель", включенное в текст документа и выраженное на том языке, на котором этот документ составлен;
 - простое и ничем не обусловленное предложение уплатить определенную сумму;
 - наименование того, кто должен платить (плательщика);
 - указание срока платежа;
 - указание места, в котором должен быть совершен платеж;
 - наименование того, кому или приказу кого должен быть совершен платеж;
-

- указание даты и места составления векселя;
- подпись того, кто выдает вексель (векселедателя).

Отсутствие хотя бы одного из указанных реквизитов приводит к тому, что вексель теряет свои свойства ценной бумаги. Исключение составляют случаи, когда вексель не содержит сведений:

- 1) о сроке платежа. В этом случае переводный вексель, срок платежа по которому не указан, рассматривается как подлежащий оплате по предъявлении;
- 2) о месте платежа. При отсутствии особого указания о месте платежа место, обозначенное рядом с наименованием плательщика, считается местом платежа и местом жительства (нахождения) плательщика;
- 3) о месте составления векселя. Переводный вексель, не указывающий места его составления, рассматривается как подписанный в месте, обозначенном рядом с наименованием векселедателя (ст. 2).

Единообразный закон содержит правила, связанные с передачей переводного векселя посредством **передаточной надписи - индоссамента**. Держатель переводного векселя вправе распоряжаться векселем, передавая его посредством индоссамента (передаточной надписи) другим лицам (становящимся в силу этого векселедержателями), число которых ничем не ограничено. При этом лица, передающие вексель, становятся солидарно ответственными за исполнение обязательства по указанному векселю.

В Единообразном законе закреплено общее правило, согласно которому лицо, у которого находится переводный вексель, рассматривается как законный векселедержатель, если оно основывает свое право на непрерывном ряде индоссаментов (ст. 16).

Векселедержатель не теряет права на получение платежа даже в тех случаях, когда отдельные индоссаменты признаны поддельными. Статья 7 Единообразного закона предусматривает, что если на переводном векселе имеются подписи лиц, "неспособных обязываться по переводному векселю", подложные подписи или подписи вымышленных лиц, или же подписи, которые по иному основанию не могут обязывать тех лиц, которые их поставили или от имени которых вексель подписан, то подписи других лиц все же не теряют силы.

Данное положение составляет одно из наиболее существенных отличий вексельного регулирования, предусмотренного Женевскими конвенциями, от англо-американского вексельного права, признающего поддельный индоссамент полностью недействительным.

Платеж предусмотренной векселем суммы может быть обеспечен (полностью или частично) **авалем**.

Аваль - это особый вид поручительства. От обычного поручительства он отличается тем, что представляет собой одностороннюю сделку участника (авалиста), принимающего на себя обязательство платежа по векселю. При этом авалист (поручитель), оплативший вексель, вправе предъявить регрессный иск не только к лицу, за которого он поручился, но и ко всем лицам,

которые в силу вексельного обязательства обязаны перед лицом, за которое выдан аваль.

2.2. Одновременно с Женевской конвенцией о Единообразном законе о переводном и простом векселе ее участники подписали **Конвенцию, имеющую целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях.**

Указанная Конвенция разрешает коллизии, возникающие между участниками отношений по векселю в тех случаях, когда встает вопрос о применении к этим отношениям права разных государств, не совпадающего по содержанию. Вместе с тем каждое из государств-участников сохраняет за собой право самостоятельно решить вопрос о применении принципов, установленных в Конвенции, в отношении "обязательства, принятого вне территории одной из Высоких Договаривающихся Сторон", либо "закона, подлежащего применению согласно этим принципам, но не являющегося законом одной из Высоких Договаривающихся Сторон" (ст. 10). Таким образом, для выбора подлежащего применению права на основании коллизионных норм Конвенции необязательно, чтобы оба государства, к которым принадлежат участники вексельного оборота, были "Договаривающимися Сторонами".

В качестве иллюстрации к этому положению в литературе, в частности, отмечалось следующее. Поскольку согласно ст. 3 Конвенции форма векселя определяется по закону той страны, в которой он выдан, то вексель, выданный за границей с платежом в России, будет признаваться действительным в России, если соблюдены требования соответствующего иностранного государства, даже если оно не является участником Конвенции <1>.

<1> Об этом см., например: Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. С. 292 - 293.

В Конвенции заложены основные правила разрешения коллизий, отсылающие к личному ("национальному") закону при определении правоспособности участника вексельного обязательства либо к праву места совершения акта (**lex loci actus**).

Предусматривается **обратная отсылка к праву, определяющему правовое положение участника вексельного обращения.** Так, способность лица обязываться по переводному или простому векселю определяется по его национальному закону. Если он отсылает к закону другой страны, то применяется последний закон (ст. 2).

Лицо, не обладающее правоспособностью согласно национальному закону, тем не менее несет ответственность, если подпись была совершена на территории страны, по законодательству которой это лицо было бы правоспособным (ст. 2).

Форма, в которой приняты обязательства по переводному или простому векселю, определяется законом той страны, на территории которой эти обязательства были подписаны (ст. 3).

Действие обязательств акцептанта переводного векселя или лица, подписавшего вексель, определяется по закону места платежа по этим документам. Действие, которое "производят подписи других лиц", обязанных по переводному или простому векселю, определяется по закону

той страны, на территории которой подписи были совершены (ст. 4).

Сроки на предъявление иска в порядке регресса определяются для всех лиц, поставивших свои подписи, законом места составления документа (ст. 5).

Вопрос о том, приобретает ли держатель переводного векселя право требования, на основании которого выдан документ, решается по закону места составления документа (ст. 6) и т.д.

3. Унификация вексельного права была также проведена в **Конвенции ООН о международных переводных и международных простых векселях** (Нью-Йорк, 1988 г.) (далее - Конвенция 1988 г.), разработанной в рамках Комиссии по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и принятой на сорок третьей сессии Генеральной Ассамблеи ООН 9 декабря 1988 г.

За три десятилетия, прошедшие с даты ее принятия, подписали Конвенцию три государства: Канада, США и СССР (правопреемником является Российская Федерация), присоединились или ратифицировали пять государств - Гвинея, Гондурас, Габон, Мексика, Ливан.

В настоящее время Конвенция не действует, поскольку, как вытекает из п. 1 ст. 89 Конвенции, она вступает в силу после того, как ее участниками путем ратификации или присоединения станут 10 государств.

Целью Конвенции явилась унификация правового регулирования вексельного оборота, предусмотренного Женевскими вексельными конвенциями 1930 г., с одной стороны, и свойственного странам "общего права", не присоединившимся к Женевским конвенциям и сохранившим свой тип векселя, - с другой <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Дробышев П. Вексельное право в Конвенции ЮНСИТРАЛ о международных переводных и международных простых векселях. М., 1996; Уруков В.Н. К вопросу об унификации международного вексельного права: Конвенция ЮНСИТРАЛ о международных переводных векселях и международных простых векселях // Международное публичное и частное право. 2017. N 2 (95).

При формулировании отдельных статей Конвенции были использованы положения английского Закона о переводных векселях 1882 г., Единообразного торгового кодекса США, а также некоторые правила Женевских вексельных конвенций. Так, в п. 3 ст. 15 Конвенции содержится правило, согласно которому "лицо является держателем, даже если вексель был получен им или любым предшествующим держателем при таких обстоятельствах, включая отсутствие правоспособности или обман, принуждение или ошибку любого рода, которые вызвали бы притязания на вексель или возражения против ответственности по векселю". Приведенное правило аналогично норме ст. 7 Единообразного закона о простом и переводном векселе.

Как паллиатив в Конвенции 1988 г. принято решение создать специальные оборотные документы, используемые только для международных расчетов, при условии, что в качестве обязательного реквизита на них будет указано - "международный переводной вексель" или "международный простой вексель".

В частности, "международный переводной вексель" представляет собой "переводной вексель, в котором названы по крайней мере два из следующих мест и указано, что любые два таких места находятся в разных государствах:

- 1) место выставления переводного векселя;
- 2) место, указанное рядом с подписью векселедателя;
- 3) место, указанное рядом с наименованием плательщика;
- 4) место, указанное рядом с наименованием получателя;

5) место плательщика - при том условии, что место выставления векселя либо место платежа названо в векселе и что такое место находится в Договаривающемся государстве".

Поскольку предусмотренное в Конвенции 1988 г. регулирование рассчитано на применение специальных оборотных документов - международных переводных и международных простых векселей - значительное место в ней занимает определение понятий, используемых для данного типа векселей. Так, наряду с традиционными для вексельного права понятиями "держатель", "получатель" вводятся специальные понятия "защищенный держатель", "неполный держатель" и т.д.

При оценке Конвенции зарубежными исследователями нередко обращается внимание на то, что создание нового типа векселя для использования в международном коммерческом обороте наряду с уже существующими в различных правовых системах порождает дополнительные проблемы в международном вексельном обороте. Создается ситуация, при которой в обращении одновременно используется несколько видов переводных и простых векселей с подчинением различным правовым режимам и юрисдикциям <1>.

<1> Ademuni - Odeke. The United Nations Convention on International Bills of Exchange and Promissory Notes // The Journal of business law. 1992. May. P. 285.

Страны с различными правовыми системами отнеслись к участию в Конвенции весьма осторожно, о чем, в частности, свидетельствует незначительное число ратифицировавших ее государств.

Вместе с тем достигнутые в ней компромиссы подготовили почву для ее применения странами с различными правовыми порядками. Одним из таких компромиссов явилось, например, правило "об условии добровольного подчинения".

В соответствии с ним в случае вступления Конвенции в силу участникам международного вексельного обращения предстоит выбрать, подчинить свои отношения Конвенции (если страны, к которым они принадлежат, участвуют в ней) - и в этом случае на векселе должна быть четкая метка "международный простой вексель" или "международный переводной вексель" - либо самим избрать подлежащее применению право (ст. 1).

4. Результатом международной унификации чекового права явились **Женевские чековые конвенции 1931 г.:**

- 1) Конвенция, устанавливающая Единообразный закон о чеках;
- 2) Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках;
- 3) Конвенция о гербовом сборе в отношении чеков <1>.

<1> См.: Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Нью-Йорк: ООН, 1979. Т. 1.

Конвенции были подписаны 19 марта 1931 г. государствами, подписавшими Женевские вексельные конвенции (Бельгией, Бразилией, Германией, Италией, Францией, Швейцарией и др.), и ратифицированы большинством из них. Российская Федерация в настоящее время не является участницей Женевских чековых конвенций 1931 г.

4.1. Конвенция, устанавливающая Единообразный закон о чеках, так же как Женевская вексельная конвенция, содержит в своем приложении **Единообразный закон о чеках**, явившийся результатом унификации материально-правовых норм.

Согласно Единообразному закону **чек** - это ценная бумага, содержащая письменный приказ чекодателя плательщику произвести в определенный срок платеж чекодержателю в размере установленной денежной суммы.

Правовая регламентация чекового обращения в Единообразном законе о чеках во многом совпадает с положениями Единообразного закона о переводных и простых векселях, что объясняется общими свойствами векселя и чека как ценных бумаг и платежных документов.

Так, **чек** согласно Единообразному закону о чеках **должен содержать обязательные реквизиты:**

- наименование "чек", включенное в самый текст документа и выраженное на том языке, на котором этот документ составлен;
- простое и ничем не обусловленное предложение уплатить определенную сумму;
- наименование плательщика;
- указание места, в котором должен быть совершен платеж;
- указание даты и места составления чека;
- подпись чекодателя.

Документ, в котором отсутствует какой-либо из перечисленных реквизитов, не имеет силы чека.

Как и вексель, чек может быть передан посредством передаточной надписи - индоссамента. При этом индоссант, чекодатель, другие обязанные лица становятся солидарно обязанными перед чекодержателем.

Статья 44 Единообразного закона о чеках предусматривает, что держатель имеет право предъявления иска ко всем этим лицам, к каждому в отдельности и ко всем вместе, "не будучи обязан при этом соблюдать последовательность, в которой они обязались" (ст. 44). Чекодержатель (как и векселедержатель согласно Женевской вексельной конвенции) не теряет своих прав на получение платежа также в случае, если индоссамент является поддельным. Это, в частности, вытекает из ст. 10 Единообразного закона о чеках, в соответствии с которой, "если на чеке имеются подписи лиц, не способных обязываться по чеку, подписи подложные или подписи вымышленных лиц, или же подписи, которые по всякому иному основанию не могут обязывать тех лиц, которые их поставили или от имени которых он подписан, то подписи других лиц все же не теряют силы".

Платеж по чеку, как и вексельные платежи, может быть обеспечен полностью или в части чековой суммы посредством авалия и т.д.

В то же время отмечаются особенности чека, главная из которых состоит в том, что **чек служит исключительно платежным средством**. Согласно ст. 3 Единообразного закона чек выставляется только на банк, при этом он должен быть выставлен "на того банкира, у которого чекодатель имеет средства, и в соответствии с ясно выраженным или молчаливым соглашением, в силу которого чекодатель имеет право распоряжаться этими средствами путем выставления чеков".

Чек не может быть акцептован, и "учиненная на чеке надпись считается ненаписанной" (ст. 4), в отличие от векселя, акцепт которого предусматривается при платежах. Различаются сроки, предусмотренные для платежа по векселю, по чеку и т.д.

4.2. В **Конвенции**, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках, содержатся основные правила об урегулировании коллизий законов в области чекового права, которые по своему содержанию совпадают с коллизионными нормами, установленными соответствующей Женевской вексельной конвенцией.

Так, способность лица обязываться чеками определяется национальным законом чекодателя. Если национальный закон отсылает к закону другой страны, то применяется последний закон. Однако если лицо, не имеющее права обязываться чеками по своему национальному закону, подписало чек на территории страны, по закону которой оно имело право обязываться чеками, то чек является действительным (ст. 2).

Закон страны, где чек подлежит оплате, определяет круг лиц, на которых чек может быть выдан. Если документ не может быть признан чеком в силу того, что он выдан на ненадлежащее лицо, обязательства, вытекающие из имеющихся на чеке подписей, сделанных в странах, законодательства которых не содержат такого рода постановлений (о круге плательщиков по чекам), являются тем не менее действительными (ст. 3).

Форма чековых обязательств регулируется законом страны, на территории которой эти обязательства были подписаны (ст. 4).

Закон страны, на территории которой обязательства, вытекающие из чека, были подписаны, определяет и содержание этих обязательств (ст. 5).

Сроки регресса определяются в отношении всех лиц, чьи подписи имеются на чеке, законом места составления документа (ст. 6).

Закон места исполнения обязательства по чеку устанавливает сроки его предъявления, обязанность чекодержателя получить частичный платеж, возможность перечеркивания (кроссирования) чека, право чекодателя отменить чек или воспрепятствовать платежу, меры, которые должны быть приняты в случае утраты чека, и т.д.

Как ранее отмечалось, Российская Федерация не является участницей Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках.

Вместе с тем в практике МКАС при ТПП РФ встречались случаи применения указанной Конвенции даже в том случае, когда стороной в споре являлась российская организация. При этом состав арбитража использовал предоставленную ему законом возможность при отсутствии указаний сторон применить право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми (п. 2 ст. 28 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже"). Основываясь на ст. 5 Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках, участницей которой являлась ФРГ, суд признал применимым чековое законодательство этой страны, принимая во внимание, что в банке на территории ФРГ предусматривался платеж чеком <1>.

<1> См.: Арбитражная практика за 1996 - 1997 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 1998. С. 117, 118.

§ 6. Законодательство России о международных расчетах

В законодательстве Российской Федерации не содержится специальных коллизионных норм, связанных с определением права, подлежащего применению к отдельным формам расчетов. В этих случаях используются общие положения об определении права, подлежащего применению к договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права (расчеты по аккредитиву, инкассо, платежными поручениями) (п. 1 ст. 1211 ГК РФ), либо права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим из односторонних сделок (расчеты векселем и чеком) (ст. 1217 ГК РФ).

Вместе с тем, обращаясь к нормам российского коллизионного права в этой области отношений, важно учитывать, что Российская Федерация является участницей Женевской конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях 1930 г., которая на основании ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, ст. 7 Гражданского кодекса РФ имеет приоритет над нормами национального права, включая ст. 1217 ГК РФ ("Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим из односторонних сделок").

В то же время в Женевской конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках 1931 г., Россия не участвует. Выбор права, подлежащего применению к

отношениям, связанным с расчетами чеками, в российском праве осуществляется, таким образом, в соответствии с вышеназванной нормой ст. 1217 ГК РФ.

Следует отметить, что в свое время ЦИК и СНК СССР утвердили **Положение о чеках** от 6 ноября 1929 г., которое основывалось на доктрине, нашедшей отражение в Женевских чековых конвенциях 1931 г. <1>. Отдельные коллизионные нормы данного Положения совпадают с правилами, установленными Конвенцией, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках. Поскольку указанное Положение официально не было признано утратившим силу либо не подлежащим применению, оно могло бы использоваться и в настоящее время <2>, учитывая установленные в нем специальные правила, а также диспозитивный характер нормы ст. 1217, содержащей коллизионную привязку, подлежащую применению, "если иное явно не вытекает из закона, условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела".

<1> Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР. 1929. N 73. Ст. 697.

<2> Отдельные случаи применения указанного Положения 1929 г. имелись в судебной практике. Подробнее об этом см.: Нуриев А.Х. Перспективы коллизионного правового регулирования международных банковских сделок // Международные банковские сделки. 2014. N 3.

Для участников международных расчетов из стран СНГ, включая Россию, подлежащее применению право определяется в соответствии с коллизионными нормами, содержащимися в **Киевском соглашении 1992 г.** На основании п. "е" ст. 11 Соглашения права и обязанности сторон по сделке определяются по законодательству места ее совершения, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

Контрольные вопросы

1. В каких формах осуществляются расчеты по внешнеэкономическим контрактам?
2. В чем состоят особенности правового регулирования отдельных форм расчетов в международном торговом обороте?
3. Как регулируется вексель, используемый в международном торговом обороте?
4. Каковы особенности определения права, подлежащего применению к отдельным формам международных расчетов?

Рекомендуемая литература

1. Альтшулер А.Б. Международное валютное право. М., 1984.
2. Богачева С. Аккредитив как форма международных расчетов // Законодательство и экономика. 2002. N 1.

-
3. Вишневский А.А. Современное вексельное право. Женеvская (Россия) и английская системы. М., 2007.
 4. Дробышев П. Вексельное право и Конвенция ЮНСИТРАЛ о международных переводных и международных простых векселях. М., 1996.
 5. Ерпылева Н.Ю. Международное банковское право: Учебное пособие. М., 2004.
 6. Ерпылева Н.Ю. Международное банковское право: теория и практика применения: Монография. М., 2012.
 7. Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. М., 2016.
 8. Канашевский В.А. Коллизионные вопросы векселя в российской судебной практике // Законодательство и экономика. 2007. N 8.
 9. Лазарева Т.П. Международное торговое право. Расчеты по контрактам: Учебное пособие. М., 2005.
 10. Либерман С.В. Инкассовая форма безналичных расчетов: международно-правовой и национальные режимы // Международное публичное и частное право. 2002. N 5.
 11. Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М., 1999.
 12. Мансуров Г.З. Международный аккредитив: доктрина, нормотворчество и правоприменительная практика. М., 2004.
 13. Мансуров Г.З. Новая редакция Унифицированных правил и обычаев по документарным аккредитивам // Журнал международного частного права. 2008. N 1.
 14. Михайлов Д.М. Международные расчеты и гарантии. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2008.
 15. Отдельные виды обязательств в международном частном праве / Отв. ред. Н.Г. Доронина, И.О. Хлестова (автор гл. 3 - Т.П. Лазарева). М., 2014.
 16. Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 3-е изд. М., 2010.
 17. Шамраев А.В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. М., 2009.
 18. Щербина М. Аккредитив в международных расчетах: некоторые вопросы теории и практики // Журнал международного частного права. 1996. N 1 - 2 (11 - 12).
 19. Шмиттгофф К.М. Экспорт: право и практика международной торговли / Отв. ред. А.С. Комаров. М., 1993.

Глава 17. ГАРАНТИЯ ВО ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Понятие международной гарантии

При осуществлении платежей по внешнеэкономическим контрактам возникает необходимость в использовании правовых инструментов, обеспечивающих обязательства по их уплате. Одним из них является **гарантия - выданное по просьбе принципала (должника по основному обязательству) письменное обязательство гаранта (третьего лица) выплатить в случае нарушения основного обязательства определенную денежную сумму на согласованных в гарантии условиях по требованию бенефициара (кредитора принципала).**

В международной коммерческой практике гарантия широко используется не одно десятилетие. Известны разнообразные виды гарантий <1>, среди которых наибольшее распространение в современном мире получила **гарантия по требованию**. В соответствии с ней гарант (которым, как правило, является кредитное учреждение, банк, страховая организация) обязан произвести платеж по первому требованию бенефициара, не вникая в вопрос о выполнении принципалом обязательств по основной сделке. Для получения бенефициаром платежа по такой гарантии достаточно представления простого письменного требования, в котором указано на невыполнение обязательства по основной сделке или других оговоренных в гарантии документов.

<1> В частности, используются гарантии по требованию, условные гарантии, прямые и косвенные гарантии, супергарантии, тендерные гарантии, встречные (контргарантии), гарантии исполнения и гарантии возврата платежа. Подробнее об этом см.: Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993. С. 227.

По своей правовой природе **гарантия представляет собой одностороннюю сделку (денежное обязательство), не зависимую от внешнеторгового контракта**, что отличает ее от других способов обеспечения обязательства (например, от поручительства), представляющих собой дополнительные (акцессорные) обязательства по отношению к основному обязательству. Так, если недействительность основного обязательства влечет за собой недействительность обеспечивающего его акцессорного обязательства, то гарантия представляет собой первичное и независимое обязательство произвести платеж, если соблюдены условия гарантии.

Появление гарантии по требованию в международном торговом обороте было обусловлено изменяющимися потребностями в "более приспособленном к рынку обеспечительном инструменте" <1>. В литературе гарантия по требованию, основанная на концепции "абстрактности" от основной сделки, обычно характеризуется исключительно как "механизм международной торговли", а сама концепция - как "новелла, вытекающая из международного торгового обычая". Она развивалась автономно от национальных правовых систем, в которых гарантия нередко воспринималась в качестве обеспечительной меры, отождествляемой с поручительством (при этом обязательство гаранта осуществить платеж признавалось имеющим "вторичный характер") <2> либо с резервным аккредитивом, используемым в англо-американской правовой системе.

<1> Подробнее об этом см.: Roeland F. Bertrams. Bank Guarantees in International Trade: The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law

and Common Law Jurisdictions. 3rd revised ed. Kluwer Law International. The Hague. 2004. P. 1 - 7.

<2> Это относится как к странам общего права, где установлены ограничения для использования гарантий (в частности, в США), так и к странам континентальной правовой системы. В ряде из них (Франции, ФРГ, Швейцарии, Швеции) не предусматривается регулирования гарантии как самостоятельного способа обеспечения обязательств, отличного от поручительства. Нередко для их обозначения используется единая терминология (guarantee). Подробнее об этом см., например: Gorton L. Draft Uncitral Convention on Independent Guarantees // European Business Law. May. Issue. 1997. P. 249.

Это обусловило особенности правового регулирования гарантии по требованию, которое впервые было осуществлено в публикациях неправительственной организации - Международной торговой палаты (МТП), являющихся актами частноправовой унификации, основанными на международных правилах и обычаях. Впоследствии они оказали значительное влияние на международно-правовое (межгосударственное) и национальное законодательство отдельных стран, включая российское право.

§ 2. Международно-правовое регулирование гарантии по требованию

1. Основное значение в регулировании международных гарантий (в отсутствие во многих странах специальных норм национального законодательства) приобрели публикации Международной торговой палаты (МТП).

Кодификация банковских правил и обычаев, относящихся к гарантиям, проводилась в рамках МТП неоднократно. В свое время ею были опубликованы **Унифицированные правила для договорных гарантий 1978 г.** (Публикация МТП N 325), направленные на регулирование договорных гарантий - тендерных гарантий исполнения и гарантий возврата платежа <1>. В них предусматривалось использование условных гарантий, согласно которым для того, чтобы получить сумму гарантии, бенефициар должен представить принципалу судебное или арбитражное решение как условие реализации его права на платеж (ст. 9). В целях облегчения процедур, связанных с выдачей гарантий, предусмотренных указанными Унифицированными правилами, МТП также разработала **Типовые формы МТП для выдачи договорных гарантий** (Публикация МТП N 406), содержащие комментарии и набор типовых форм: для тендерной гарантии, гарантии возврата платежа, гарантии исполнения.

<1> Перевод на русский язык с комментариями и рекомендациями для внешнеторговых операций опубликован в приложении N 23 к Инструкции Внешторгбанка СССР от 25 декабря 1985 г. "О порядке совершения банковских операций по международным расчетам". См.: Инструкция о порядке совершения банковских операций по международным расчетам. М., 1993.

Публикация МТП N 325 не получила широкого применения, хотя и сейчас формально не утратила своего значения. В настоящее время предусмотренная ею условная гарантия не отвечает потребностям практики, поскольку для получения суммы платежа по такой гарантии необходимо предварительное получение доказательств невыполнения обязательств по основной сделке.

В большей степени требованиям практики соответствует применение гарантий по требованию, позволяющих "минимизировать" сроки выполнения обязательств по договорам <1>. В более простом механизме платежей при использовании таких гарантий заинтересованы и банки, которые освобождаются от процедуры установления факта нарушения основного обязательства, являющегося основанием для платежа по условной гарантии <2>.

<1> См.: Рубанов А.А. Международная унификация правил о банковской гарантии и Гражданский кодекс России // Хозяйство и право. 2000. N 5. С. 58.

<2> Шмиттгофф К. Указ. соч. С. 228.

Значительную роль в развитии института международной гарантии сыграли **Унифицированные правила для гарантий по требованию 1992 г.** (Публикация МТП N 458), явившиеся результатом обобщения международной практики применения **гарантий по требованию** и четко определившие основные свойства этого вида гарантии - **независимость от основного обязательства, ее безотзывность и документарный характер**. Так, гарантия по требованию рассматривалась в названных Правилах как обязательство, не зависящее от основной сделки, заключенной между бенефициаром и принципалом (абстрактное обязательство), послужившее основанием для выдачи гарантии. Обязанность гаранта осуществить платеж по гарантии основывалась на представлении письменного требования и любых других документов, указанных в гарантии, а не на фактическом нарушении принципалом своих обязательств по основной сделке.

Вместе с тем, как показала практика применения международной гарантии по требованию, остались неурегулированными такие вопросы, как изменение условий гарантии, порядок авизования гарантий других банков, возможность предоставления частичного требования или множественных требований по гарантии. Недостаточно полно была урегулирована и процедура проверки гарантом требования платежа и документов и т.д. <1>.

<1> Подробнее об этом см., например: Забродина Н.Ф., Оландер Т.В. URDG 758 - независимость и документарный характер банковской гарантии // Международные банковские операции. 2010. N 3.

Унифицированные правила 1992 г. (Публикация МТП N 458) в настоящее время заменены **Унифицированными правилами для гарантий по требованию** (в ред. 2010 г., Публикация МТП N 758 - ИКОС 758).

По оценке разработчиков последней редакции URDG 758, это была "не просто новая версия существующих правил, а результат амбициозного проекта по созданию нового свода правил для двадцать первого века - более точных и содержательных" <1>.

<1> См.: Предисловие к Унифицированным правилам для гарантий по требованию в ред.

2010 г. (Публикация МТП N 758).

В пересмотренную редакцию Унифицированных правил, по сравнению с редакцией 1992 г. (Публикация МТП N 458), были включены значительные уточнения, относящиеся к авизованию гарантии, внесению изменений в гарантию, критериям проверки представлений, частичным, множественным и неполным требованиям, переводу гарантий (трансферации), предоставлению контргарантии, валюте платежа и др. <1>. Новацией явилось включение в URDG 758 в качестве приложения типовых форм гарантии и контргарантии, а также факультативных условий, которые могут быть использованы в тексте гарантии по требованию. Ранее типовые формы к Унифицированным правилам в ред. 1992 г. (Публикация МТП N 458) были помещены в отдельном документе (Публикация МТП N 503).

<1> Подробнее об этом см., например: Ранних Н.А. Новая редакция Унифицированных правил для гарантий по требованию // Международные банковские операции. 2010. N 1.

На основании п. "а" ст. 1 "Применение правил URDG" Унифицированные правила (Публикация МТП N 758) применяются к любой гарантии по требованию или контргарантии, в которой прямо указывается, что она им подчинена. Они являются обязательными для всех сторон по гарантии по требованию или контргарантии, за исключением тех случаев и в той мере, в какой они изменены или исключены гарантией по требованию или контргарантией (п. "а" ст. 1).

В данной статье дается указание на применение Унифицированных правил лишь в случае их включения в текст гарантии (контргарантии) посредством ссылки на них. Однако, как разъясняется во введении к этому документу, они также могут применяться как "торговый обычай или, где это обусловлено действующим законодательством, как определенный образ действий, согласованный сторонами по гарантии или контргарантии без прямого упоминания настоящих Правил". Следует отметить, что подобным образом в настоящее время решается этот вопрос в документе МТП "Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов" в ред. 2006 г. (Публикация МТП N 600 - UCP 600) <1>.

<1> Подробнее об этом см. [гл. 16](#) учебника.

Основными участниками отношений, связанных с выдачей гарантии, являются **гарант** (сторона, выдающая гарантию и действующая за собственный счет), **аппликант** (сторона, обязательства которой по основной сделке обеспечиваются гарантией), **бенефициар** (сторона, в пользу которой выдается гарантия).

Согласно Унифицированным правилам **гарантия по требованию** означает любое подписанное обязательство, независимо от его названия или описания, предусматривающее платеж по предъявлении надлежащего требования. Самостоятельное регулирование (в отличие от прежней редакции URDG) получила также **контргарантия**, которая означает любое подписанное обязательство, независимо от его названия или описания, предоставленное контргарантом другой стороне для обеспечения выдачи такой другой стороной гарантии или другой контргарантии и предусматривающее платеж по предъявлении надлежащего требования контргарантии, выданной

в пользу такой стороны (ст. 2).

В последней редакции URDG получили дальнейшее развитие основные **принципы регулирования гарантии по требованию**, отражающие ее правовую сущность - **безотзывность, независимость от основной сделки и документарный характер**.

Так, согласно ст. 4 "Выдача и вступление в силу" "гарантия безотзывна с момента ее выдачи, даже если это в ней не оговорено" (п. "b").

Гарантия по своей природе не зависит от основной сделки и заявления, а гарант никоим образом не связан и не ограничен такими сделками. Ссылка в гарантии на основную сделку для целей ее идентификации не меняет независимой природы гарантии. Обязательство гаранта платить по гарантии не зависит от требований или возражений, вытекающих из каких-либо отношений помимо отношений между гарантом и бенефициаром" (п. "a" ст. 5).

Этим же целям служат и другие положения Унифицированных правил.

Гарант имеет дело только с документами, а не с товарами, услугами или работами, к которым документы могут иметь какое-либо отношение (ст. 6).

Условие гарантии (за исключением наступления даты или истечения периода), не предусматривающее указание на документ, которым это условие может быть подтверждено, будет считаться ненаписанным (ст. 7).

Требования, предъявляемые к гарантии, определены в ст. 8. В ней указывается, что все инструкции относительно выдачи гарантии и сами гарантии должны быть четкими и ясными и не должны содержать излишние детали. В статье приводятся рекомендации для включения в гарантию условий, составляющих ее содержание. В перечень условий, составляющих содержание гарантии, включены сведения, указывающие:

- на аппликанта;
 - бенефициара;
 - гаранта;
 - номер или иную информацию, идентифицирующую основную сделку;
 - номер или иную информацию, идентифицирующую выданную гарантию, а в случае контргарантии - выданную контргарантию;
 - сумму или максимальную сумму, подлежащую выплате, а также валюту, в которой платеж может быть осуществлен;
 - истечение срока гарантии;
 - любые условия в отношении требования платежа;
 - условие о необходимости предъявления требования или иных документов в бумажной
-

и/или в электронной форме;

- язык любого документа, указанного в гарантии;
- сторону, ответственную за оплату расходов.

Отсутствие в гарантии условий, составляющих ее содержание, может повлечь за собой признание гарантии не выданной.

Так, по одному из судебных дел при рассмотрении спора, вытекающего из гарантии по требованию, было установлено, что гарантийное письмо не соответствует действовавшим в то время Унифицированным правилам 1992 г. Поскольку в письме не содержались обязательные условия о максимальной сумме гарантии и сроке ее действия, суд счел данную гарантию не выданной, а сделку по ее выдаче незаключенной, что послужило основанием к отказу в удовлетворении исковых требований <1>.

<1> См.: Определение Верховного Суда РФ от 19 января 2017 г. N 305-ЭС16-18795 // СПС "КонсультантПлюс".

Как следует из ст. 15 (а), требование по гарантии должно подкрепляться заявлением бенефициара, в котором указывается, в чем состоит нарушение аппликантом (принципалом) его обязательств по основной сделке, а также иными документами, которые предусмотрены в гарантии.

Например, в связи с нарушением аппликантом (принципалом) условий договора купли-продажи об оплате товара бенефициар (продавец) предъявил банку (гаранту) требование о выплате суммы гарантии. Банк отказал бенефициару в выплате денежных средств, указав на отсутствие в требовании сведений о нарушении обязательств по договору купли-продажи, а в приложенных документах - на сам договор купли-продажи. Кроме того, на документах имелись непереведенные отметки на итальянском языке. Суд, установив, что требование бенефициара не соответствовало условиям гарантии, а также принимая во внимание ст. ст. 15 (а) и 14 (g) Унифицированных правил для гарантий по требованию (URDG 758), пришел к выводу об отсутствии оснований для удовлетворения заявленных исковых требований <1>.

<1> См.: Определение Верховного Суда РФ от 16 июня 2016 г. N 309-ЭС16-5838 // СПС "КонсультантПлюс".

Гарант несет ответственность перед бенефициаром только в соответствии с условиями самой гарантии и с Унифицированными правилами в той мере, в какой они согласуются с условиями гарантии, в пределах установленной в ней суммы (ст. 12). На это же указывают и положения Унифицированных правил, устанавливающие основания освобождения и пределы ответственности гаранта (ст. ст. 27 - 30).

Право бенефициара (являющегося стороной по основной сделке) требовать платеж по

гарантии может быть им переуступлено, только если в гарантии прямо указано, что она является переводной (трансферабельной), и в этом случае она может быть переведена один и более раз на всю сумму гарантии на момент перевода (ст. 33) и т.д.

Характерной особенностью последней редакции Унифицированных правил для гарантий по требованию (URDG 758) является их "созвучность" с Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов 2006 г. (UCP 600), что обусловлено общей тенденцией стандартизации банковских документарных обязательств. Во введении к URDG 758 отмечается, что при разработке их текста был применен редакционный стиль, использованный в "завоевавших всемирное признание" правилах UCP 600. Как следствие, "все определения оказались собраны в одной статье, а описание процесса проверки представления на соответствие пополнилось столь необходимыми разъяснениями".

Так, в обоих документах совпадают понятия, обозначающие отдельных участников отношений, используются понятия "авизирующая сторона", "инструктирующая сторона", "рабочий день", "надлежащее представление" и т.д. Обращалось внимание также на то, что содержащееся в ст. 2 URDG определение гарантии, автономный (независимый от основной сделки) и документарный характер делают ее сходной с подтвержденным аккредитивом.

Вместе с тем при определении сферы действия Унифицированных правил для гарантий по требованию 2010 г. (Публикация МТП N 758) наряду со сходством гарантии и аккредитива, должны учитываться их отличия: суммы платежа списываются с аккредитива в любом случае при выполнении условий аккредитива и представлении соответствующих коммерческих документов (особый случай представляет резервный аккредитив), в то время как гарантия служит целям обеспечения обязательств, и выплата производится только при их нарушении. При этом, как ранее отмечалось, требование по гарантии должно подкрепляться заявлением бенефициара, в котором указывается, в чем состоит нарушение аппликантом его обязательств по основной сделке, а также иными документами, которые предусмотрены в гарантии.

Наряду с положениями материально-правового характера, составляющими основное содержание Унифицированных правил 2010 г. (Публикация МТП N 758), в них предусматриваются **коллизийные нормы**. Так, согласно ст. 34 Унифицированных правил при отсутствии в самой гарантии указания на иное, она подчиняется **праву места коммерческой деятельности гаранта**, а если гарант имеет более одного места коммерческой деятельности, **праву места коммерческой деятельности отделения, которое выдало гарантию** (п. "а"). Аналогичная коллизийная норма предусмотрена и для контргарантии (п. "b").

Указанные формулировки, основанные на критерии "исполнения, имеющего решающее значение для обязательств", совпадают с решениями, содержащимися в других международных актах. В частности, они аналогичны положениям коллизийной нормы ст. 22 Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995 г. (см. ниже).

2. При применении гарантии по требованию следует учитывать особенности, свойственные странам общего права, прежде всего, США, где были установлены ограничения на использование в банковской практике гарантии, повлекшие возникновение нового правового института - **резервного аккредитива**.

В целях устранения противоречий в применении в странах с различными правовыми

системами двух широко востребованных в коммерческой практике инструментов - гарантии по требованию и резервного аккредитива, в рамках Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) была принята **Конвенция о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995 г.** <1>. Данная Конвенция призвана содействовать использованию независимых гарантий и резервных аккредитивов "там, где традиционно используется только один из этих двух инструментов" <2>.

<1> Конвенция вступила в силу с 1 января 2000 г. Конвенцию ратифицировали (присоединились) Кувейт, Панама, Сальвадор, Белоруссия, Тунис, Эквадор, Габон, Либерия, подписали - США.

<2> Пояснительное примечание Секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. См.: Конвенция Организации Объединенных наций о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. ООН. 1997. С. 19.

При исследовании правовой природы резервного аккредитива обычно отмечается его значительное сходство с гарантией по требованию, поскольку "резервный аккредитив является абсолютным (безусловным) обязательством банка совершить платеж при условии выполнения требований для такого платежа, а также учитывая, что эмитент данного аккредитива, как и гарант при исполнении гарантии по требованию, не связан с самим фактом исполнения обязательства" <1>.

<1> Gorton L. Draft UNCITRAL Convention on Independent Guarantees. European Business Law. May Issue. 1997. P. 241. См. также Вступительную статью к Унифицированным правилам для гарантий по требованию, подготовленную МТП. Изд. Международной торговой палаты / На рус. и англ. яз. М., 1996.

В Конвенции установлен свод согласованных правил, направленных на содействие признанию общих принципов и признаков независимых гарантий и резервных аккредитивов. Для того чтобы подчеркнуть общий характер комплекса правил, установленных в Конвенции в отношении обоих правовых инструментов, и преодолеть терминологические различия, в ней используется нейтральный термин "обязательство". При этом оба вида обязательств используются в качестве обеспечительных мер и для погашения задолженности, т.е. как способ платежа. В понятие гарантийного письма входят гарантия по требованию, резервный аккредитив, выданные банком или другим учреждением или лицом (гарантом или банком-эмитентом), а также контргарантия и "подтверждение обязательства", т.е. "обязательство, выданное в дополнение к обязательству гаранта (эмитента) и предоставляющее бенефициару право по своему выбору востребовать платеж у подтверждающей стороны вместо гаранта (эмитента) по простому требованию, без ущерба для права бенефициара востребовать платеж у гаранта (эмитента)" (ст. 6 "d", "e").

Особый интерес имеет предложенное в Конвенции решение одной из наиболее острых проблем, существующих в современной международной банковской практике при использовании документарного аккредитива и гарантии по требованию - **проблемы злоупотребления и**

мошенничества при выплате платежей. В частности, это бывает в случаях, когда недобросовестный бенефициар представляет в банк подложные документы, не обеспеченные выполнением основного обязательства (например, поставками товара) и трудноотличимые по внешним признакам от подлинных документов, либо, наоборот, когда банку становится известным, что основное обязательство, в обеспечение которого предоставляется гарантия либо резервный аккредитив, было выполнено.

Важность решения проблемы объясняется отсутствием либо несогласованностью подходов, существующих в настоящее время в национальном законодательстве стран, а также в международной банковской практике.

Так, в вышеупомянутых Унифицированных правилах для гарантий по требованию (URDG 758) какие-либо конструктивные решения данного вопроса в настоящее время отсутствуют. Не решен вопрос о недобросовестности поведения бенефициара и в Унифицированных правилах об обычаях для документарных аккредитивов в редакции 2006 г. (Публикация МТП N 600), распространяющих свое действие на резервный аккредитив.

Проблема злоупотреблений при использовании банковской гарантии и аккредитива, как правило, не решается и в национальных законодательствах, в том числе в законодательстве России, явившейся одной из немногих стран, право которых содержит специальное регулирование гарантии по требованию и документарного аккредитива, опирающееся на международный опыт. При рассмотрении исковых требований, вытекающих из международных гарантийных обязательств, в тех случаях, когда подлежало применению российское право, возникала необходимость обратиться к общему положению ст. 10 ГК РФ о злоупотреблении правом, что отражает практику рассмотрения судами подобных споров в других странах <1>.

<1> См.: Обзор судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц. Информационное письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 февраля 1998 г. // ВВАС РФ. 1998. N 4. С. 41. В Англии и США подобного рода споры решались на основе правил об обмане (fraud), в Германии и Франции - на основе правил о злоупотреблении правом. См.: Рубанов А.А. Международная унификация правил о банковской гарантии и Гражданский кодекс России // Хозяйство и право. 2000. N 5. С. 57; Horn N., Wymeersch E. Bank Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade. The Law of International Trade Finance. 1989. P. 455 - 529.

В зарубежной литературе на основе обобщения практики стран общего права назывались основания, по которым при решении вопроса, выплачивать ли денежные суммы бенефициару, применение принципа "абстрактности" гарантии (резервного аккредитива) могло бы ограничиваться. В частности, указывалось, что гарант (банк) либо банк-эмитент (при расчетах по резервному аккредитиву) могут освобождаться от выплат недобросовестному бенефициару в случае незаконности, недействительности, невыполнения либо прекращения основного обязательства, отсутствия полномочий на получение платежа, в связи с введением ограничительной торговой практики <1>.

<1> См.: Mugasha Agatha. Enjoining the Beneficiary's Claim on a Letter of Credit or Bank Guarantee // The Journal of business Law. September 2004. P. 515.

Основанием для отказа в платеже также признавалось мошенничество, обнаруженное до обращения бенефициара в банк, которое было расценено как "отсутствие прав бенефициара на получение платежа". Например, при рассмотрении дела по иску Contronic Distributors Pty Ltd & Bank of New South Wales австралийский суд признал неправомерным представление бенефициаром документов для получения платежа, поскольку бенефициар заведомо знал, что документы были поддельными, и это было установлено до их предъявления банку <1>.

<1> Ibid. P. 515.

Вместе с тем в виде общего вывода во всех случаях признавалось, что при возникновении проблемы защиты гаранта (эмитента) от мошенничества со стороны недобросовестного бенефициара следует применять принцип автономии (абстрактности) гарантии либо резервного аккредитива по отношению к основной сделке, исходя из того, что роль гаранта (эмитента) по обязательствам из независимых гарантий сводится к "осуществлению платежа, а не проведению расследования".

Одна из основных целей Конвенции состояла в том, чтобы обеспечить на международном уровне единообразный подход в "реагировании" гарантов (эмитентов) и судов на предполагаемое мошенничество или злоупотребления при предъявлении требований платежей на основании независимых гарантий и резервных аккредитивов. В ней предпринята попытка устранить существующую проблему злоупотреблений путем установления специальных правовых мер материально-правового и процессуального характера с использованием заложенных в Единообразном торговом кодексе США подходов, предусмотренных в разделе, посвященном документарным аккредитивным операциям (ст. ст. 5 - 109). Так, при квалификации действий бенефициара как "мошенничество" или "злоупотребление правом" предусматривается вынесение судом временных судебных приказов (**injunctions**), имеющих целью приостановление гарантом платежа либо блокирование сумм, уже выплаченных бенефициару. Производство для принятия этих мер возбуждается по инициативе принципала по основаниям, предоставляющим гаранту право приостановить платеж, учитывая при этом, что отсутствие такого приказа может привести к возникновению у принципала серьезных потерь (п. 1 ст. 20 Конвенции).

В качестве оснований, по которым платеж может быть приостановлен гарантом, названы обстоятельства, при которых "совершенно очевидно, что:

- а) какой-либо документ не является подлинным или был подделан;
- б) платеж не подлежит выплате по основаниям, указанным в требовании и дополнительных документах; или
- с) с учетом цели обязательства для требования не имеется достаточных оснований" (п. 1 ст. 19).

При этом "требование не имеет достаточных оснований": если не наступили обстоятельства,

с которыми связывалось обеспечение обязательства; "основное обязательство объявлено недействительным судом или арбитражем"; "основное обязательство было исполнено удовлетворительным для бенефициара образом", "исполнению основного обязательства явно воспрепятствовало умышленное неправомерное поведение бенефициара" (п. 2 ст. 19).

В связи с рассмотрением указанных положений в литературе отмечалось, что предпринятая в Конвенции попытка защитить интересы гаранта от недобросовестных действий бенефициара путем обращения в суд для решения вопроса о запрещении платежа либо осуществления его выплаты, фактически означает сужение сферы применения независимых гарантий (гарантий по требованию) в пользу условных гарантий <1>. Вместе с тем, принимая во внимание, что изучение обстоятельств по основной сделке в связи с допущенным злоупотреблением при выплате суммы гарантии (аккредитива) относится к компетенции суда, а не гаранта (эмитента) по гарантийному обязательству, такое "сужение" в пользу условных гарантий, по-видимому, является неизбежным.

<1> См.: Gorton Lars. Draft UNCITRAL Convention on Independent Guarantees, European Business Law, May Issue. 1997. P. 249.

При разработке проекта Конвенции можно было предвидеть, что не все ее положения окажутся приемлемыми для стран с различными правовыми системами. В частности, это относится к институту судебного запрета (**injunction**), известному странам англо-американской системы права. Учитывая это, Конвенция не ставила своей целью заменить национальные правовые нормы, о чем свидетельствуют положения, предоставляющие возможность коммерческим участникам в обязательстве исключить ее применение (п. "b" ст. 1).

Однако задачей Конвенции явилось создание правовой основы, обеспечивающей свободу выбора сторонами согласованных правил международной банковской практики, касающихся использования гарантии и резервного аккредитива.

Пункт 1 ст. 13 Конвенции сформулирован таким образом, чтобы ориентировать гаранта (эмитента) или бенефициара на применение к их правам и обязанностям установленных в обязательстве "конкретно упомянутых в нем правил, общих условий или обычаев". В частности, это подразумевает использование документов, принятых МТП - Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов 2006 г. (Публикация N 600), Унифицированных правил для гарантий по требованию 2010 г. (Публикация N 758) и др.

Необходимость гибкой увязки Конвенции с обычаями и стандартами коммерческой практики - "общепризнанными стандартами международной практики независимых гарантий и резервных аккредитивов" также неоднократно отмечается по тексту Конвенции (ст. ст. 5, 14, 16).

Для решения вопросов, не охваченных Конвенцией, в нее включена гл. VI "Коллизия норм права", образующая субсидиарный статут регулируемых отношений.

Так, в ст. 22 Конвенции предусматривается, что **в отсутствие выбора права между гарантом, эмитентом и бенефициаром к обязательству подлежит применению право государства, "где находится коммерческое предприятие гаранта/эмитента, в котором обязательство было выдано"**.

§ 3. Законодательство России о международной гарантии

В соответствии с российскими коллизионными нормами **право, подлежащее применению к независимой гарантии, определяется на основании общего правила ст. 1217 ГК РФ о выборе права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим из односторонних сделок.**

В соответствии с этим правилом к обязательствам, возникающим из односторонних сделок, если иное явно не вытекает из закона, условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела, применяется **право страны, где на момент совершения односторонней сделки находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке.**

Материальные нормы российского законодательства о гарантии содержатся в гл. 23 ГК РФ "Обеспечение исполнения обязательств" (ст. ст. 368 - 379), в которой воспринята концепция гарантии по требованию, основанная на выработанных международных правилах и обычаях, отраженных в Унифицированных правилах для гарантий по требованию 2010 г. (Публикация МТП N 758).

Контрольные вопросы

1. Что понимается под международной гарантией?
2. Какие виды гарантии используются во внешнеэкономической деятельности?
3. В чем заключаются особенности правового регулирования международной гарантии по требованию?
4. Как регулируется гарантия по требованию в Унифицированных правилах для гарантий по требованию 2010 г. (Публикация МТП N 758)?
5. Как регулируется гарантия по требованию в Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995 г.?

Рекомендуемая литература

1. Аванесова Г. Банковские гарантии в международной торговле // Хозяйство и право. 1998. N 9.
2. Бирюкова Л.А. Банковские гарантии: теория и практика. М., 2004.
3. Ерпылева Н.Ю. Международное банковское право: теория и практика применения: Монография. М., 2012.
4. Лазарева Т.П. Унификация правового регулирования гарантии по требованию во внешнеэкономической деятельности // Журнал российского права. 2013. N 5.
5. Михайлов Д.М. Международные расчеты и гарантии. М., 2008.

6. Отдельные виды обязательств в международном частном праве: Монография / Отв. ред. Н.Г. Доронина, И.О. Хлестова. Гл. 3 (автор главы - Т.П. Лазарева). 2-е изд., перераб. и доп. М., 2014.

7. Рубанов А.А. Международная унификация правил о банковской гарантии и гражданский кодекс России // Хозяйство и право. 2000. N 5.

8. Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993.

9. Унифицированные правила ИСС для гарантий по требованию. Редакция 2010 г. / Пер. с англ. Публикация ИСС N 758. М., 2010.

Глава 18. ВНЕДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

§ 1. Коллизионные вопросы обязательств вследствие причинения вреда (общие вопросы). Регулирование в зарубежном праве

Коллизии законов в области обязательств вследствие причинения вреда (*délits*, *unerlaubte Handlungen*, *torts*) решаются обычно исходя из первенствующего значения одного из старейших начал международного частного права - закона места совершения деликта (*lex loci delicti commissi*) ^{<1>}. Выбор права места деликта в качестве ведущей коллизионной нормы закреплен в законодательстве ряда стран (Австрия, Великобритания, Венгрия, Вьетнам, Германия, Греция, Испания, Италия, Куба, Лихтенштейн, Монголия, Польша, Румыния, Тунис, канадская провинция Квебек и др.), судебной практике (Франция, Скандинавские страны), в международных договорах (Кодекс Бустаманте).

^{<1>} См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т.; Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: Учебник. М., 1984. С. 213 - 222; Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2004. С. 330 - 349.

Следует этому началу Модель ГК для стран СНГ, гражданские кодексы Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Узбекистана, Законы Азербайджана и Украины о международном частном праве.

Будучи распространенной, привязка к закону места совершения деликта тем не менее встречает возражения, которые сводятся главным образом к критике ее "жесткости", затрудняющей поиск справедливого в каждом отдельном случае решения. Не будет преувеличением заметить, что в последние десятилетия произошла основательная переоценка классического начала: отношение к нему в доктрине и практике колеблется от безусловного признания до существенного ограничения или даже вытеснения новыми, "гибкими" коллизионными формулами.

Проявлением современных подходов стали:

- комбинированное применение закона места совершения деликта и иных коллизионных правил, отсылающих к законам гражданства, domicilio сторон, места регистрации транспортного

средства и др.;

- более широкое применение закона места наступления вреда;
- построение системы коллизионных норм, рассчитанных на отдельные виды правонарушений;
- привязка деликтного отношения к праву страны, с которой это отношение имеет наиболее тесную связь.

Эти тенденции прослеживаются в развитии зарубежного законодательства, в международной договорной практике.

Распространение получили **исключения** из правила, отсылающего к закону места совершения деликта, предназначенные для коллизионного регулирования ответственности за вред, причиняемый:

- дорожно-транспортными происшествиями;
- недобросовестной конкуренцией;
- недостатками товара;
- посягательствами на честь и достоинство.

Ограничение применения закона места совершения деликта в пользу общего личного закона сторон обязательства, кажется, прочно вошло в практику.

Закон о международном частном праве Швейцарии в случаях, когда причинитель вреда и потерпевший имеют обычное местопребывание в одной и той же стране, подчиняет требования из причинения вреда праву этой страны. В отсутствие общего местопребывания сторон требования из причинения вреда регулируются правом страны, в которой было совершено действие, причинившее вред. Но если такое действие повлекло наступление вредных последствий в другой стране и причинитель вреда должен был предвидеть это, применяется право страны, где наступили вредные последствия.

Коллизионные вопросы правонарушений (torts) - одна из ветвей коллизионного права США, претерпевших наиболее значительные изменения в своем развитии. Если первый Свод законов о конфликте законов (1934 г.) исходил из определяющего значения закона места совершения правонарушения, то второй Свод (1971 г.) по существу закрепил результаты глубокой ревизии взглядов в этой области, признав главенствующей привязку **к праву, имеющему наиболее существенную связь с происшествием и со сторонами**. Для определения этого права принимаются во внимание перечисляемые в Своде принципы, а также учитываются обстоятельства, которые включают: место причинения вреда, место, где было совершено действие, причинившее вред; domiciliй, место пребывания, гражданство, место инкорпорации, место осуществления коммерческой деятельности сторон; место локализации их взаимоотношений.

Линия на переоценку значения коллизионного начала "закон места совершения деликта", наиболее ярко проявившаяся в решениях апелляционного суда штата Нью-Йорк (дело *Babcock v.*

Jackson), была продолжена судами других штатов. Многие штаты отказывались следовать этому началу, демонстрируя солидарность с идеями "отцов революции" в американском коллизионном праве - Б. Карри, Д. Каверса, У. Риза, Р. Лефлара и прежде всего с выдвинутой Б. Карри теорией "анализа правительственного интереса" (**Governmental Interest analysis**). Подразделяя межштатные коллизии на "действительные" (в случаях, когда более чем один штат заинтересован в применении своего права) и "мнимые" (в отсутствие такой заинтересованности), суды обращались соответственно к праву заинтересованного штата либо к праву суда.

К 2000 г. число штатов, следовавших традиционному началу **lex loci delicti**, еще более сократилось. К этому времени суды в 39 штатах и федеральном округе Колумбия придерживались методологии выбора применимого к torts права, принимающей во внимание содержание и цели законов тех штатов, с которыми стороны и обязательственное отношение были связаны <1>.

<1> См.: Conflict of Laws. 11th ed. / Ed. by P. Hay, P.I. Weintraub, P.S. Borchers. N.Y.: Foundation Press. 2000. P. 528; Symeonides Symeon C. Choice of Law in the American Courts in 2000: As the Centre Turns. The American Journal of Comparative Law. Vol. XLIX. 2001. N 1.

С 1 января 1992 г. в Луизиане вступил в силу Закон о международном частном праве, 36 статей которого были включены в Гражданский кодекс Луизианы, из них семь составили главу, посвященную деликтным и квазиделиктным обязательствам (ст. ст. 3542 - 3548). Общее коллизионное правило для таких обязательств сформулировано в ст. 3542: поскольку иное не предусмотрено в титуле VII "Деликтные и квазиделиктные обязательства", вопросы таких обязательств подчиняются праву штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к соответствующему вопросу <1>.

<1> См.: Symeonides Symeon C. "Louisiana's New Law of Choice of Law for Tort Conflicts: An Exegesis". Reprinted from "Tulane Law Review". 1992. Vol. 66. N 4; Международное частное право: иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000. С. 547.

Критерий наиболее существенной, тесной связи применимого права с фактическим составом правонарушения был воспринят в ряде европейских и других стран. Закон о международном частном праве Австрии, подчиняя требования о возмещении вреда праву страны, где было совершено действие, повлекшее вред, признает, однако, определяющим право другой, общей для сторон, страны, если стороны связаны с ним в большей степени. Имеется в виду прежде всего право страны общего места жительства, общего гражданства.

При оценке последствий правонарушения, совершенного за рубежом, **закону места деликта нередко противопоставляется закон суда**. Обращение к закону суда наиболее характерно для ситуаций, когда действие или иное обстоятельство, образующее за рубежом основание для возмещения вреда, по закону суда не признается деликтом.

В недавнем прошлом, когда говорили о правовых системах, в которых отношение между **lex loci delicti** и **lex fori** было как бы "перевернуто" (вместо того чтобы исходить из иностранного

права и ограничивать его применение в определенной степени путем влияния закона суда, применялся этот последний, но притом известное влияние предоставлялось **lex loci delicti**) <1>, то имели в виду прежде всего английское право. Следующее правило, основанное на прецедентах почти вековой давности, раскрывало отношение английской судебной практики к **lex loci delicti**: действие, совершенное в зарубежной стране, считалось правонарушением (**tort**) и порождало право на иск в Англии, лишь если оно признавалось, во-первых, actionable по английскому праву (или, другими словами, произойди оно в Англии, рассматривалось бы здесь как **tort**) и, во-вторых, "неоправдываемым" (**not justifiable**) согласно праву зарубежной страны, где оно было совершено. Если эти условия соблюдались, подлежало применению английское право, а не право места совершения правонарушения.

<1> См.: Вольф М. Международное частное право. М., 1948. С. 518.

Требование "actionability", впервые сформулированное в 1868 г., было воспринято судами Австралии и Канады. Что касается условия "not justifiable", то оно получило различную интерпретацию не только в Англии, но и в других странах "общего права". В последующем эти правила подверглись изменениям, причем наиболее существенным образом в 1995 г. Великобритания была участницей принятия и применения Регламента Рим-II.

Изменения в традиционных подходах к решению коллизионной проблемы обязательств из деликта не всегда выражаются в отказе от правила "закон места совершения деликта" в пользу "гибких" коллизионных норм. Как свидетельствуют английское законодательство (Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995), а также практика Верховного суда Канады и кодификация международного частного права канадской провинции Квебек, реформирование в этой области коллизионного права может осуществляться и в ином направлении - от подчинения иностранных деликтов закону суда к признанию (в тех или иных пределах) классического начала **lex loci delicti**.

Можно заключить, что с введением в действие десятой книги "Международное частное право" Гражданского кодекса канадской провинции Квебек предусматриваемые ею коллизионные правила вытесняют применявшиеся ранее в этой провинции к torts нормы общего права, сложившиеся под влиянием английских судебных прецедентов. Согласно ст. 3126 Кодекса обязательство возместить причиненный вред подчиняется праву страны, в которой имело место действие, причинившее вред. Если результат такого действия проявляется в другой стране, подлежит применению право этой страны, если лицо, совершившее вредоносное действие, должно было предвидеть наступление вреда. Исключение из общего правила образуют случаи, когда причинитель вреда и потерпевший домицилированы или имеют место проживания в одной и той же стране: в таких случаях подлежит применению право этой страны <1>.

<1> См.: Гражданский кодекс Квебека. М., 1999.

Применение закона места совершения деликта иногда осложняется различиями в определении зарубежными правовыми системами понятия "**место деликта**". Следует ли понимать под **locus delicti** место, где было совершено действие, причинившее вред, или место,

где наступили вызванные им вредные последствия; возможен ли в этих случаях выбор применимого права, принадлежит ли право выбора потерпевшему либо выбор составляет прерогативу суда, - эти и другие вопросы, связанные с определением места деликта, решаются в зарубежных правовых системах по-разному.

Германский закон подчиняет требование из недозволенного действия праву государства, в котором действовало обязанное предоставить возмещение лицо. Но потерпевшему предоставляется право потребовать, чтобы вместо этого права применялось право государства, в котором наступил результат действия. Право выбора может быть осуществлено только в первой инстанции до конца самого первого заседания или до конца предварительного письменного производства.

В других странах предпочтение отдается праву места совершения деликта или праву места наступления вредных последствий, если причинитель вреда должен был предвидеть проявление их в этом месте.

Существенные изменения в европейском праве произошли с принятием Регламента (ЕС) Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 г. N 864/2007 "О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам" (Рим-II). Регламент исходит из принципа связи с правом страны, где наступил прямой ущерб (**lex loci damni**), устанавливая справедливый баланс между интересами причинителя вреда и потерпевшего. Общее правило о праве, применяемом к внедоговорным обязательствам, возникающим на основании деликта, отсылает к праву страны, на территории которой наступил ущерб (**damage occurs**), независимо от права страны, на территории которой событие, послужившее основанием для возникновения ущерба, имело место, а также независимо от права страны, на территории которой проявились косвенные последствия вредоносного события. Но если причинитель вреда и потерпевший имели обычное место пребывания на территории одной и той же страны в момент причинения ущерба, применяется право этой страны.

Когда из совокупности всех обстоятельств дела явно следует, что деликт наиболее тесно связан со страной иной, чем указано выше, то применяется право этой страны. Наиболее тесную связь с другой страной определяют, в частности, сложившиеся ранее отношения между сторонами, например контрактные отношения, тесно связанные с деликтными по существу.

Для целей Регламента термин "ущерб" (**damage**) охватывает любое последствие деликта, неосновательного обогащения, **negotiorum gestio u culpa in contravened**.

Любое право, избранное в соответствии с Регламентом, подлежит применению независимо от того, является ли оно правом государства - члена ЕС <1>.

<1> См.: Закон. 2008. N 10 / Пер. Н.Ю. Ерпылевой; Кабатова Е. Модернизация коллизионного регулирования деликтов // Хозяйство и право. 2004. N 1; Марышева Н.И. Современные тенденции коллизионного регулирования деликтных обязательств: Регламент ЕС 2007 г. "О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам" (Рим-II) и российское законодательство // Журнал российского права 2016. N 6. С. 63 - 73; Hamburg Group for Private International Law, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council

Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Band 67 (2003). Heft 1; Symeonides Symeon C. *Rome II and Torts Conflicts; A Missed Opportunity* // *Am. J. Comp. L.* 2008. Vol. 56.

Регламент содержит специальные коллизионные нормы относительно ответственности за недобросовестно произведенную продукцию, недобросовестную конкуренцию, за ущерб, причиненный окружающей среде, а также определяет право, подлежащее применению к внедоговорным обязательствам, возникающим вследствие нарушения прав интеллектуальной собственности. Закрепляется возможность выбора права, применимого к внедоговорным обязательствам, самими сторонами.

С принятием Регламента 2007 г. законодательство европейских государств в отношении между странами, в нем участвующими, заменено соответствующими положениями этого акта. Внесены и некоторые изменения в законы. Так, в Законе Австрии о международном частном праве (в ред. 2015 г.) предусмотрено, что к обязательствам из причинения вреда, не подпадающим под действие Регламента Рим-II, применяется право, которое прямо или косвенно выберут стороны.

В некоторых ситуациях отсылка к закону места совершения деликта оказывается вообще невозможной (правонарушение в открытом море, воздушном пространстве над ним). В этих случаях необходимо обращение к иным коллизионным правилам, если отсутствуют унифицированные посредством международных договоров материальные нормы о деликтной ответственности.

Круг вопросов, подчиняемых статуту деликтного обязательства (и прежде всего вопросов, относимых к основаниям освобождения от ответственности, объему и размеру возмещения), определяется зарубежными правовыми системами не единообразно. Различия зависят, в частности, от оценки отдельных институтов как институтов материального или процессуального права <1>.

<1> О примерах отказа американских судов от процессуальной концепции исковой давности при рассмотрении исков, связанных с авариями на дорогах, см.: Садиков О.Н., Краснова Н.Л. Исковая давность в международном частном праве // *Российский ежегодник международного права*. 1992.

Ряд правовых систем (как и Регламент Рим-II) предоставляет потерпевшему возможность выбора между иском из правонарушения и иском из договора. В случае предъявления иска из договора, существовавшего к моменту причинения вреда между потерпевшим и лицом, обязанным предупреждать такой вред, снимается и вопрос об установлении статута деликтного обязательства. С развитием страхового дела расширяется сфера, в которой допускаются непосредственные иски потерпевших к страховщикам гражданской ответственности, если это разрешается правом, применяемым к обязательству вследствие причинения вреда, или правом, которому подчиняется договор страхования.

§ 2. Коллизионные вопросы обязательств вследствие причинения вреда в законодательстве Российской Федерации

1. В настоящее время нормы, определяющие право, подлежащее применению к обязательствам вследствие причинения вреда (деликтам), содержатся в основном в ГК РФ и при этом четко систематизированы.

Наряду со ст. 1219 ГК РФ, где решаются основные коллизионные вопросы обязательств, возникающих вследствие причинения вреда, и содержатся общие правила, в разд. VI ГК РФ включены и специальные по отношению к этой статье нормы. Таковы, в частности, ст. 1221, определяющая право, подлежащее применению к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги; ст. 1222, регулирующая коллизии в области ответственности за вред, причиненный вследствие недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции. В самостоятельную статью выделены нормы относительно возможности применения к деликтным обязательствам автономии воли сторон (ст. 1223.1). Наконец, в ГК РФ решен вопрос о сфере действия устанавливаемого на основании коллизионных норм статута обязательства из причинения вреда (ст. 1220 ГК РФ).

Коллизионная привязка к закону места причинения вреда (lex loci delicti commissi) как одно из старейших начал международного частного права, выраженное в практике почти всех стран мира в виде отсылки к закону страны места совершения, повлекшего вред действия либо к закону страны места наступления вредоносного результата, нашла отражение и в российском законодательстве. При этом в качестве **основной коллизионной привязки** для деликтных обязательств здесь традиционно выступает отсылка к праву того государства, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда.

Законодатель, как видно, не заменил в 2013 г. действовавшую к тому моменту в России основную привязку к месту совершения действия, повлекшего причинение вреда, на использованную в Регламенте Рим-II привязку к закону места наступления ущерба. Но этот последний критерий все же используется в Кодексе: привязка к месту наступления вреда применяется в том случае, когда в результате определенного действия или иного обстоятельства вред наступил в другой стране и при этом причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране (п. 1 ст. 1219 ГК РФ).

Указание в п. 1 ст. 1219 на то, что право страны места наступления вреда "может быть" применено, очевидно, означает, что у суда в любом случае нет обязанности применять это право. Следует заметить, что в аналогичных нормах иностранных государств (например, ст. 3126 Гражданского кодекса Квебека) упоминается о "требовании" потерпевшего применить право места наступления вреда и о "применении" судом этого права (а не о возможности применения).

Что касается причинения вреда в результате бездействия, то местом причинения вреда, определяющим подлежащее применению право, должна, очевидно, считаться страна, где действие должно было быть совершено.

Из общего правила п. 1 ст. 1219 закон делает **изъятия**, в определенной мере ограничивающие его действие. Введение изъятий вызвано стремлением законодателя (как это имеет место и в иностранных государствах) преодолеть известную "жесткость" привязки к закону места совершения деликта, найти в данной области наиболее справедливое решение, учитывающее, с одной стороны, интересы государства и гражданского оборота в месте причинения вреда, с другой - интересы сторон данного обязательства, в первую очередь интересы

потерпевшего.

Одно из изъятий касается случая, **когда вред причиняется за пределами страны, где проживают обе стороны или гражданство которой они имеют.** Речь чаще всего идет о дорожно-транспортных происшествиях, о причинении вреда "внутри" туристских групп и т.п. В своем поведении за границей стороны невольно следуют принятым в стране их общего места жительства или общего гражданства правилам поведения. Отсюда - целесообразность применения закона страны их общего места жительства или гражданства.

Применение именно такой привязки предусматривает п. 2 ст. 1219, причем речь идет не только о тех обязательствах, которые возникли вследствие причинения вреда российскими лицами за границей, но и о тех, которые возникли при совершении иностранцами действий в России.

Вопросы возмещения вреда, причиненного в России (например, одним из членов туристской группы другому члену), **если обе стороны имеют место жительства в иностранном государстве или, имея место жительства в разных странах, обладают общим иностранным гражданством, решаются по праву соответствующего иностранного государства** (места жительства или гражданства сторон). Данное изъятие распространяется и на физических, и на юридических лиц "одной и той же страны". При этом нужно иметь в виду, что п. 2 ст. 1219 отсылает к **гражданству**, а не к личному закону. Это, очевидно, означает, что при наличии такого прямого специального указания правила ст. 1195 (личный закон физического лица) не должны применяться.

Следует обратить внимание на соотношение критериев, относящихся к сторонам обязательства. Если ранее, до принятия Федерального закона от 30 сентября 2013 г. N 260-ФЗ "О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации" (далее - Закон N 260-ФЗ), в ст. 1219 говорилось в первую очередь об общем гражданстве сторон (принадлежности одному государству юридических лиц), то теперь **на первом плане - общее место жительства или основное место деятельности в одной и той же стране.** Применение в первую очередь права страны места жительства (основного места деятельности), а не гражданства сторон, отражает стремление законодателя учесть в интересах сторон общую и привычную им правовую среду. Более широкое применение территориального критерия соответствует современным тенденциям развития коллизионного регулирования. Так, упомянутый Регламент ЕС 2007 г. (Рим-II) предусматривает: если причинитель вреда и потерпевший имели обычное место пребывания на территории одного и того же государства в момент причинения ущерба, применяется право именно этого государства (п. 2 ст. 4). Аналогичная позиция выражена в законодательстве иностранных государств. Например, новый Закон Польши 2011 г. "Международное частное право" в вопросах внедоговорного вреда, не предусматривая прямого регулирования, отсылает (ст. 33) к правилам упомянутого Регламента ЕС 2007 г. Следует отметить, что в некоторых иностранных законах критерий места жительства возведен даже в общий принцип, и лишь при отсутствии места жительства сторон в одной стране применяются другие коллизионные привязки <1>.

<1> Так, § 1 ст. 99 Закона Бельгии 2004 г. о кодексе международного частного права предусматривает: "Деликтные обязательства регулируются: 1) правом государства, на территории которого обязанное лицо и потерпевший имели свое постоянное место жительства во время

совершения деликта; 2) при отсутствии постоянного места жительства на территории одного и того же государства - правом государства, на территории которого имел место факт, явившийся причиной ущерба, и сам ущерб был понесен на этой территории или возможно был понесен; 3) во всех других случаях - правом государства, с которым соответствующее обязательство имеет наиболее тесную связь".

Еще одно специальное правило (изъятие из п. 1 ст. 1219) посвящено вопросу определения права, подлежащего применению в случае, **когда стороны обязательства из причинения вреда связаны также и договорным обязательством** (п. 3 ст. 1219 ГК РФ).

Вопрос этот решается в законодательстве ряда зарубежных стран. Например, ГК канадской провинции Квебек исходит из того, что в случае, когда обязательство возместить вред возникает из неисполнения договорного обязательства, требования, основанные на неисполнении обязательства, регулируются правом, подлежащим применению к договору (ст. 3127). Упомянутый Регламент ЕС 2007 (п. 3 ст. 4) устанавливает: если из совокупности всех обстоятельств дела следует, что деликт явно более тесно связан с государством, отличным от указанного в п. п. 1 и 2, применяется право именно этого государства. Наиболее тесную связь с другим государством определяют, в частности, сложившиеся ранее отношения между сторонами, например, контрактные отношения, тесно связанные с деликтными по существу.

Нужно сказать, что общая тенденция к сближению регулирования договорной и деликтной ответственности нашла отражение в ряде международных договоров. Так, Варшавская конвенция для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок 1929 г., подчиняет иски, независимо от их основания, единым правилам. В Монреальской конвенции для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г. (Россия в ней не участвует), которая исходит из необходимости справедливой компенсации на основе принципа наиболее полного возмещения, установлено, что при перевозке пассажиров, багажа и грузов любой иск об ответственности, независимо от его основания, будь то на основании данной Конвенции, договора, правонарушения или на любом другом основании, может быть предъявлен лишь в соответствии с условиями и такими пределами ответственности, которые предусмотрены Конвенцией, без ущерба для определения круга лиц, которые имеют право на иск, и их соответствующих прав (ст. 29). Западная доктрина в абсолютном большинстве поддерживает акцессорный характер статута деликтного обязательства, если наличие особых связей между участниками накладывает отпечаток на инцидент <1>.

<1> См.: Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М.: Международные отношения, 2001. С. 180.

Российский законодатель исходит из целесообразности применения **единого права** в случае, когда из совокупности обстоятельств дела вытекает, что обязательство из причинения вреда тесно связано с договором между потерпевшим и причинителем вреда. При этом определяющим признается **право, подлежащее применению к такому договору**.

Следует, однако, иметь в виду, что эта норма распространяется лишь на такие договоры, которые были заключены сторонами деликтного обязательства при осуществлении ими обеими **предпринимательской деятельности**. В России в качестве предпринимательской

рассматривается самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельности, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Таким образом, норма п. 3 ст. 1219 ГК РФ не действует в отношении причинения вреда жизни, здоровью и имуществу работников, а также лиц, выполняющих работу или оказывающих услуги на основании гражданско-правовых договоров и не осуществляющих предпринимательскую деятельность на постоянной основе. Применение к таким лицам ("слабой" стороне) в случаях причинения вреда, например, их здоровью, договорного статута не всегда отвечало бы их интересам.

Что касается указания в рассматриваемой норме на тесную связь <1> обязательства из причинения вреда с договором между причинителем вреда и потерпевшим, то возможность применения принципа наиболее тесной связи ограничена здесь только частным случаем. Такой осторожный подход российского законодателя, с одной стороны, в определенной степени расширяет усмотрение суда при оценке совокупности обстоятельств конкретного дела, с другой стороны, позволяет избежать затруднений, с которыми столкнулись бы судьи, устанавливая наличие явно более тесной связи деликта с другим государством и оценивая действия стороны, пытающейся обойти основное коллизионное правило <2>.

<1> О наиболее тесной связи как корректирующей оговорке - общей или применяемой для отдельных коллизионных институтов, в частности для внедоговорных обязательств, см. Асосков А.В. Основы коллизионного права. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 292 - 297.

<2> Как пишет И.С. Зыкин, в наших условиях широкое применение критерия тесной связи "таит в себе угрозу неоправданного обесценивания отдельных коллизионных норм. Как быстро в наших условиях некоторые исключения могут становиться правилом, думается, хорошо известно". См.: Зыкин И.С. Развитие международного частного права в свете принятия части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 2002. N 12. С. 60.

Действие основной коллизионной привязки, сформулированной в п. 1 ст. 1219 ГК РФ, ограничивается еще в одном случае - **если о подлежащем применению праве договорятся сами стороны** (п. 4 ст. 1219 ГК РФ). Применение в вопросах деликтных обязательств автономии воли сторон - одного из основных принципов международного частного права впервые было допущено в современном российском праве при принятии части третьей ГК РФ (в Основах 1991 г. выбор права сторонами таких обязательств не допускался, отсутствует соответствующая норма и в Модели ГК для стран СНГ). Однако в действовавшей до 1 ноября 2013 г. редакции п. 3 **пределы допускавшегося выбора** ограничивались: стороны могли договориться о применении только права страны суда.

Закон N 260-ФЗ значительно расширил пределы действия автономии воли сторон внедоговорных обязательств, допустив выбор сторонами **права любой страны** и посвятив этому новую самостоятельную ст. 1223.1. При этом были учтены, а во многом прямо воспроизведены нормы ст. 14 Регламента ЕС 2007 г.

Выбор права может, согласно закону, осуществляться только **после совершения действия** или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда; выбранное право

применяется **без ущерба для прав третьих лиц.**

Исходя из того, что расширение возможности выбора права самими сторонами не должно приводить к отступлениям от требований императивных норм права, которое подлежало бы применению, если бы стороны не договорились об ином, п. 2 ст. 1223.1 устанавливает: если в момент совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда (или неосновательное обогащение), все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства связаны только с одной страной, выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм права той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства.

К выбору права сторонами деликтных отношений применяются содержащиеся в ст. 1210 ГК РФ правила, предназначенные для регулирования выбора права сторонами договорных обязательств, если только иное не вытекает из закона или существа отношений (п. 6 ст. 1210).

2. Коллизионные вопросы решаются в законодательстве и применительно к **отдельным видам обязательств из причинения вреда.** Им посвящены специальные нормы разд. VI ГК РФ.

2.1. Коллизионное регулирование ответственности **за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги**, впервые появилось в третьей части ГК РФ, в которую была включена ст. 1221 "Право, подлежащее применению к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги", впоследствии уточненная на основании Закона N 260-ФЗ.

Появление специальных норм об ответственности за вред, причиненный товаром (работами, услугами), является закономерным. В условиях высокотехнологических производственных процессов обязательства из причинения вреда товаром (работами, услугами) становятся все более разнообразными, требующими дифференцированного подхода. Для них характерно, что место изготовления продукции (выполнения работ, предоставления услуг) часто не совпадает с местом наступления последствий недоброкачества изделия. В этих ситуациях законодатель отступает от общего принципа **lex loci delicti**, предусматривая формулы прикрепления, рассчитанные на разнообразные случаи причинения вреда.

В то же время особенности рассматриваемых обязательств, связанных с причинением вреда жизни, здоровью или имуществу, обуславливают необходимость обеспечения справедливого распределения рисков между сторонами и повышения уровня защищенности потерпевшего лица ("слабой стороны"), а также стимулирования качественной работы производителей и продавцов товаров.

При регулировании обязательств из причинения вреда товаром в современных кодификационных актах о международном частном праве обычно используется так называемая **"каскадная" модель правового регулирования**, основанная на системе предлагаемых к применению в определенной последовательности дифференцированных коллизионных привязок. Впервые подобное регулирование было предложено в **Гаагской конвенции** от 2 октября 1973 г. об ответственности за вред, причиненный товаром (принята в рамках Гаагской конференции по международному частному праву 2 октября 1973 г.) <1>. В настоящее время такая правовая модель используется в ст. 5 "Ответственность за продукцию" Регламента Рим-II. В соответствии с ней предлагается система коллизионных привязок, первый из элементов которой в виде общего

правила отсылает к праву того государства, в котором потерпевший имел обычное место жительства в момент причинения вреда, если продукция была выпущена на рынок в этой стране.

<1> Текст Конвенции на английском языке размещен на интернет-сайте Гаагской конференции по международному частному праву: www.hccpr.net. В Конвенции участвуют европейские страны: Хорватия, Финляндия, Македония, Франция, Люксембург, Нидерланды, Норвегия, Сербия и Черногория. Ее также подписали Португалия, Италия, Бельгия. О Конвенции см.: Звеков В.П. Обязательства вследствие причинения вреда. М., 2007. С. 29; Кабатова Е. Модернизация коллизионного регулирования деликтов // Хозяйство и право. 2004. N 1. С. 112; Illmer Martin. The New European Private International Law of Product Liability - Steering Through Troubled Waters. *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Band 73. 2009. P. 279.

На коллизионное регулирование возмещения вреда, причиненного товаром, во многих странах также оказали влияние положения ст. 135 Швейцарского закона о международном частном праве 1987 г. В частности, это относится к правилу, согласно которому потерпевшему ("слабой стороне") предоставляется возможность самому выбрать право на основании предусмотренных законом альтернативных коллизионных привязок.

Зарубежный опыт был использован и в **российском праве**, в котором при регулировании ответственности за вред, причиненный товаром (работами или услугами), предусматривается система коллизионных норм, подлежащих применению в определенной последовательности, а также предлагаются отдельные коллизионные привязки, на основании которых потерпевшему предоставляется возможность самому определить подлежащее применению право.

Согласно п. 1 ст. 1221 ГК РФ право, подлежащее применению к требованию о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, **определяется по выбору потерпевшего** на основании коллизионных привязок, отсылающих:

- 1) к праву страны, где имеет место жительства или основное место деятельности продавец или изготовитель товара либо иной причинитель вреда;
- 2) праву страны, где имеет место жительства или основное место деятельности потерпевший;
- 3) праву страны, где была выполнена работа, оказана услуга, или праву страны, где был приобретен товар.

Осуществление выбора права потерпевшим согласно двум последним подпунктам (подп. 2 и 3) ограничивается случаем, когда причинитель вреда может доказать, что он "не предвидел и не должен был предвидеть" распространение товара в соответствующей стране.

Следует отметить, что до принятия Закона N 260-ФЗ возможность ограничения выбора права потерпевшим связывалась с "отсутствием согласия" причинителя вреда на поступление товара в соответствующую страну. Подобные положения содержатся в настоящее время в ст. 5 Регламента Рим-II и коллизионных нормах ряда зарубежных стран, в которых они рассматриваются в качестве своего рода "защитной" меры для делинквента. Таким образом, внесенное в ГК РФ изменение

устанавливает для причинителя вреда (делинквента) более строгие правила: он должен доказать не только отсутствие его согласия на поступление товара в соответствующую страну, но и "объективную невозможность" предвидеть распространение товара на территории данной страны (например, страны места жительства потребителя) <1>.

<1> См.: Асосков А.В. Реформа раздела VI "Международное частное право" Гражданского кодекса РФ // Хозяйство и право. 2014. N 2. С. 27.

Наряду с конкретными коллизионными привязками в п. 2 ст. 1221 установлено общее **правило об автономии воли сторон**. Так, включив в ГК РФ новую ст. 1223.1 "Выбор права сторонами обязательства, возникающего вследствие причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения", Закон N 260-ФЗ распространил ее действие и на отношения, связанные с причинением вреда товаром, работами, услугами. Соответствующая формулировка была включена в ст. 1221 (п. 2). В частности, предусматривается, что, если стороны в соответствии со ст. 1223.1 ГК РФ выбрали по соглашению между собой право, подлежащее применению к требованию о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, применяется выбранное сторонами право.

В литературе поднимался вопрос о соотношении правила об автономии воли сторон при выборе права, подлежащего применению к ответственности за вред, причиненный товаром (работами, услугами), и положений п. 1 ст. 1221 ГК РФ, предусматривающих в качестве общего коллизионного начала преимущественное право потерпевшего на выбор права. В данном случае представляется правильным подход, согласно которому когда потерпевший сам выразил намерение подчинить рассматриваемые отношения праву, выбранному по согласованию с другой стороной, такое соглашение вряд ли можно рассматривать в качестве "субсидиарного коллизионного начала" по отношению к правилу п. 1 ст. 1221, соответственно, автономия воли сторон в этой ситуации имеет решающее значение <1>.

<1> Асосков А.В. Реформа раздела VI "Международное частное право" Гражданского кодекса РФ. С. 27.

Подобным образом решается вопрос в зарубежной практике. Так, в ст. 5 Регламента Рим-II, а также в законодательстве отдельных стран, имеющих коллизионные нормы об ответственности за товар, принцип автономии воли сторон в этих нормах специально не закрепляется. Вместе с тем его применение к рассматриваемым отношениям презюмируется как имеющее приоритет над содержащимися в соответствующих статьях коллизионными привязками <1>.

<1> См.: Kunda I., Manuel C. de Melo Marinho G. Practical Handbook on European Private International Law. Handbook elaborated within the project "Improving the new EU regulations of the members of the national Judicial networks in civil and commercial matters in the MS of the EU". Civil Justice Programme. 2010. P. 39; Rome II Regulation. Pocket Commentary. Edited by Peter Huber. Munich: Sellier European Law Publishers. 2011. P. 117.

И только в случаях, если потерпевший не воспользовался предоставленной ему возможностью выбрать подлежащее применению право на основании п. 1 ст. 1221 ГК РФ и стороны не выбрали такое право на основании соглашения (п. 2 ст. 1221), применяется право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности продавец или изготовитель товара либо иной причинитель вреда, при условии, что из закона, существа обязательства либо совокупности обстоятельств дела не вытекает иное (п. 3 ст. 1221). В частности, это относится к ситуациям, когда распространение товара имеет место на территории другой страны, и, таким образом, отношения из причинения вреда могут быть более тесно связанными с правом этой страны. Критериями определения более тесной связи в этом случае могут служить понятия "существо обязательства" либо "совокупность обстоятельств дела".

Что касается **сферы действия** ст. 1221 ГК РФ, то она охватывает отношения, включающие причинение вреда товаром, равно как вреда, возникшего в результате недостатков работы и услуги. Ее правила применяются также к требованиям о возмещении вреда, причиненного вследствие недостоверной или недостаточной информации о товаре, работе или об услуге.

Вопрос о том, распространяет ли данная статья свое действие только на потребительские отношения либо охватывает также предпринимательскую сферу, обсуждался в правовой литературе <1>. Как представляется, он должен решаться на основании п. 1 ст. 1187 ГК РФ, предусматривающей, что толкование юридических понятий, как общее правило, осуществляется в соответствии с российским правом. Соответственно, сфера действия ст. 1221 ГК подлежит определению с учетом § 3 гл. 59 ГК РФ и, в частности, ст. 1095 ГК РФ "Основания возмещения вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги", в которой прямо указывается на ее применение лишь в случае приобретения товара (выполнения работы, оказания услуг) "в потребительских целях, а не для использования в предпринимательской деятельности".

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Под ред. В.П. Мозолина. М., 2002; СПС "КонсультантПлюс"; Гражданский кодекс Российской Федерации. Международное частное право. Постатейный комментарий к разделу VI / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2014; СПС "КонсультантПлюс".

Характерной особенностью обязательств из возмещения вреда, причиненного вследствие недостатков товара (работы или услуги), является их **тесная связь с договором**, учитывая, что в значительном числе случаев товар приобретается потребителем на его основе. Вопрос о том, должен ли статут деликтного обязательства при этом "подчиняться" договорному статуту, в настоящее время является предметом дискуссий <1>. В доктрине <2>, а также на практике (включая практику российских судов) в подобных ситуациях приоритет, как правило, отдается договорному статуту. В зарубежной литературе при рассмотрении данного вопроса обычно приводится положение п. 2 ст. 5 Регламента Рим-II, содержащее коллизионную привязку к праву, которое применяется к договорным отношениям - в случаях, когда причинение вреда продукцией имеет "явно более тесную связь" с отношениями, ранее сложившимися между сторонами, в частности, "такими как договор". Указанное правило было учтено при внесении изменений в п. 3 ст. 1219 ГК РФ на основании Закона N 260-ФЗ, в котором оно используется в более узком смысле - применительно к отношениям, "тесно связанным с договором" при осуществлении потерпевшим и

причинителем вреда предпринимательской деятельности.

<1> См.: Rome II Regulation. Pocket Commentary. Edited by Peter Huber. Munich: Sellier European Law Publishers. 2011. P. 121.

<2> См.: Pribetic A.I. "Bringing Locus into Focus": A Choice-of-Law Methodology for CISG-based Concurrent Contract and Product Liability Claims. Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2004 - 2005. Pace International Law Review, ed. Munchen: Sellier European Law Publishers. 2006. P. 179 - 223.

Как представляется, в определенной степени использованный в ст. 1219 ГК РФ подход может быть применен и при выборе права, подлежащего применению к обязательствам из причинения вреда вследствие недостатков товара (работы, услуги) на основании ст. 1221 ГК РФ, предусматривающей для определения более тесной связи с отношениями понятия "существо обязательства" и "совокупность обстоятельств дела".

2.2. Конституцией РФ (ч. 2 ст. 34) не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и **недобросовестную конкуренцию**. В Федеральном законе "О защите конкуренции" определяются организационные и правовые основы защиты конкурента, в том числе предупреждения и пресечения монополистской деятельности и недобросовестной конкуренции. Закон приводит понятие недобросовестной конкуренции и перечисляет ее виды.

Парижская конвенция по охране промышленной собственности называет актом недобросовестной конкуренции всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. Мерам эффективной защиты от недобросовестной конкуренции посвящена ст. 10.bis этой Конвенции.

Коллизионное право, касающееся недобросовестной конкуренции, рассматривается зарубежной доктриной и судебной практикой "в абсолютном большинстве случаев как часть международного деликтного права" <1>. Распространение ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки конкурирующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации, введение потребителей в заблуждение относительно характера, способа, места изготовления, а также потребительских свойств, качества товара - эти и другие формы недобросовестной конкуренции, казалось бы, предопределяют возможность обращения для выбора применимого права к таким традиционным для деликта привязкам, как право места совершения вредоносного действия или право места наступления вреда. Однако такая локализация обязательства, возникающего из недобросовестной конкуренции, может оказаться слишком общей, "расплывчатой", не отражающей особенностей возникновения обязательства, а также не учитывающей необходимость обеспечить защиту не только потерпевших конкурентов, но и третьих лиц. Этим объясняется практика подчинения обязательства, возникающего из недобросовестной конкуренции, праву страны, рынок которой затронут такой конкуренцией, т.е. места коллизии интересов конкурентов.

<1> Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и

сравнительное правоведение. М., 2001. С. 260, 261.

Правило ст. 1222 ГК РФ, впервые введенное в отечественное законодательство с принятием третьей части ГК РФ, предусматривает, что к рассматриваемым обязательствам **применяется право страны, рынок которой затронут или может быть затронут недобросовестной конкуренцией**. Вместе с тем допускается и иной вариант преодоления коллизионной проблемы, если это вытекает из закона или существа обязательства.

К обязательствам, возникающим вследствие ограничения конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут или может быть затронут этим ограничением конкуренции, если иное не вытекает из закона или существа обязательства.

При этом выбор сторонами права, подлежащего применению к указанным обязательствам, не допускается.

3. Рассмотренные выше правила ГК РФ, определяющие право, подлежащее применению в случае причинения вреда, не исключают действия **специальных норм, включенных в другие федеральные законы**. Эти нормы охватывают определенный (более узкий) круг отношений.

Начало "закон места совершения деликта", ограничиваемое рядом изъятий, находит выражение в **коллизионных нормах КТМ РФ**, посвященных определению права, подлежащего применению в сфере следующих отношений, возникающих:

- из столкновения судов (ст. 420);
- из причинения ущерба от загрязнения с судов нефтью (ст. 421);
- из причинения ущерба в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ (ст. 422).

Отношения, возникающие из столкновения судов во внутренних морских водах и в территориальном море, регулируются **законом государства, на территории которого произошло столкновение**. В случае если столкновение судов произошло в открытом море и спор рассматривается в России, применяются правила, установленные гл. XVII КТМ РФ "Возмещение убытков от столкновения судов" (односторонняя коллизионная норма). Эти правила регламентируют обстоятельства, исключающие ответственность (в случае, если столкновение судов произошло случайно или вследствие непреодолимой силы либо невозможно установить причины столкновения судов, убытки несет тот, кто их потерпел), а также ответственность за убытки в случаях, когда столкновение произошло по вине одного из судов, двух или более судов, по вине лоцмана. Одно из правил закрепляет презумпцию невиновности: ни одно из участвовавших в столкновении судов не предполагается виновным, если не доказано иное.

К отношениям, возникающим из столкновения судов, плавающих под флагом одного государства, применяется закон данного государства независимо от места столкновения судов, т.е. **"закон общего флага"**.

Коллизионная норма, подлежащая применению **к отношениям, возникающим из причинения ущерба от загрязнения с судов нефтью** (ст. 421 КТМ РФ), имеет односторонний характер: речь идет о применении к этим отношениям правил, установленных гл. XVIII

"Ответственность за ущерб от загрязнения с судов нефтью" КТМ РФ. Правила охватывают:

- основания ответственности собственника судна, его освобождения от ответственности;
- значение умысла или грубой неосторожности потерпевшего;
- вопросы солидарной ответственности собственников двух или более судов;
- ограничение ответственности собственника судна;
- утрату права на ограничение ответственности;
- создание фонда ограничения ответственности, страхования или иного финансового обеспечения ответственности;
- порядок предъявления иска о возмещении ущерба от загрязнения.

Правила гл. XVIII применяются к ущербу от загрязнения с судов нефтью, причиненному на территории РФ, в том числе в территориальном море, а также в исключительной экономической зоне России, равно как и к предупредительным мерам по предотвращению или уменьшению такого ущерба, где бы они ни принимались.

Односторонний характер имеет и коллизионная норма, раскрывающая сферу применения правил, установленных гл. XIX "Ответственность за ущерб в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ" КТМ РФ. Пределы действия этих правил, рассчитанных на отношения, возникающие из причинения ущерба в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ, "очерчены" следующим образом. Они применяются:

- к любому ущербу, причиненному на территории РФ, в том числе в территориальном море;
- к ущербу от загрязнения окружающей среды, причиненному в исключительной экономической зоне Российской Федерации;
- к ущербу иному, чем ущерб от загрязнения окружающей среды, причиненному за пределами территории РФ, в том числе территориального моря, если такой ущерб причинен опасными и вредными веществами, перевозимыми на борту судна, плавающего под Государственным флагом Российской Федерации;
- к предупредительным мерам по предотвращению или уменьшению ущерба, где бы они ни принимались (ст. 422 КТМ РФ).

4. Разрешение коллизионного вопроса в области обязательств вследствие причинения вреда приводит к установлению **статута обязательства**. Каковы пределы действия статута, какие проблемы он призван решать? Статья 1220 ГК РФ отвечает на эти вопросы.

На основании права, подлежащего применению к данным обязательствам, определяются, в частности:

- 1) способность лица нести ответственность за причиненный вред;
-

- 2) возложение ответственности за вред на лицо, не являющееся причинителем вреда;
- 3) основания ответственности;
- 4) основания ограничения ответственности и освобождения от нее;
- 5) способы возмещения вреда;
- 6) объем и размер возмещения вреда.

Способность лица нести ответственность за причиненный вред подчиняется, таким образом, статусу обязательства вследствие причинения вреда и тем самым "выводится" за границы, обозначающие сферу действия "личного закона".

Подчиняется ли статусу деликтного обязательства вопрос о круге лиц, имеющих право на возмещение вреда в случае потери кормильца? В принципе, не следует исключать при его решении возможность как кумулятивного применения закона, являющегося статусом деликтного обязательства, и закона, регулирующего отношения между потерпевшим и лицом, имеющим право на возмещение, так и применения последнего закона, если это основывается на фактических обстоятельствах дела.

Применение российского права в качестве статуса обязательства из причинения вреда, надо думать, не исключает учет судом в отдельных вопросах (в частности, когда вред причинен за границей) **обстоятельств, связанных с действием иностранного права**. Так, если автотранспортное правонарушение совершено за границей, должны браться в расчет местные правила дорожного движения, в результате несоблюдения которых был причинен вред.

Законы некоторых государств такую ситуацию учитывают. По ст. 120 "Принятие во внимание правил безопасности и поведения" Закона Бельгии 2004 г. "О кодексе международного частного права" независимо от права, применяемого к деликтным обязательствам, следует при определении ответственности принимать во внимание правила безопасности и поведения, которые действуют в месте и во время совершения деликта. Аналогична ст. 115 Кодекса международного частного права Болгарии 2005 г. Регламент ЕС 2007 г. (Рим-II) подтвердил эту позицию: для поддержания разумного баланса между интересами сторон в ст. 17 предлагается при оценке поведения причинителя вреда принимать во внимание в случаях, когда это уместно, нормы о безопасности и поведении, которые действовали в то время и в том месте, где произошло вредоносное событие. Как поясняется в ст. 34 преамбулы к Регламенту, данное правило относится и к случаям, когда внедоговорное обязательство регулируется правом другого государства, а термин "безопасность и поведение" должен толковаться как охватывающий все соответствующее регулирование, включая, например, правила безопасности дорожного движения в случае дорожно-транспортного происшествия.

Таким образом, в настоящее время, особенно после принятия Закона N 260-ФЗ, коллизионное регулирование данных отношений в России приближено к международным стандартам и в общем отвечает современным подходам, выраженным, в частности, в Регламенте ЕС от 11 июля 2007 г. "О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам" (Рим-II).

§ 3. Вопросы обязательств вследствие причинения вреда

в международных договорах Российской Федерации и некоторых
других международных договорах

1. Действующие на территории России **договоры о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам** содержат одностипные коллизионные нормы, относящиеся к деликтным обязательствам. Суть таких норм в договорах с Польшей, Вьетнамом, Монголией и Кубой сводится к следующему:

- ответственность по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяется по законодательству страны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда;
- если причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одной страны, подлежит применению законодательство этой страны.

Последнее правило означает, что права и обязанности сторон по обязательству из причинения вреда, возникшему на территории России, определяются, если стороны являются, например, вьетнамскими гражданами, по вьетнамскому праву, а не по праву места совершения деликта, как можно заключить из п. 1 ст. 1219 ГК РФ. В этом случае в соответствии с принципом приоритета применения международного договора надлежит руководствоваться нормой соответствующего договора о правовой помощи.

В **Минской конвенции 1993 г.** коллизионные нормы, относящиеся к возмещению внедоговорного вреда, изложены с учетом международно-правовой практики бывшего Союза ССР в соответствующей области. Обязательства о возмещении вреда, кроме вытекающих из договоров и других правомерных действий, определяются по законодательству Стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда (п. 1 ст. 42 Конвенции). Если причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одной Стороны, применяется законодательство этой Стороны (п. 2 ст. 42). По делам, упомянутым в п. п. 1 и 2 ст. 42, компетентен суд Стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Потерпевший может предъявить иск также в суде Стороны, на территории которой имеет место жительства ответчик (п. 3 ст. 42).

Правила применения гражданского законодательства одного государства - участника СНГ на территории другого государства - участника СНГ, изложенные в **Киевском соглашении 1992 г.** (ст. 11), не предусматривают в отличие от п. 2 ст. 42 Минской конвенции отсылки к законодательству страны, являющемуся общим для причинителя вреда и потерпевшего, и подчиняют в целом права и обязанности сторон по деликтным обязательствам законодательству страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Вместе с тем в ст. 11 Соглашения закреплено правило, исключающее применение законодательства страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда, если это действие или иное обстоятельство не является противоправным по законодательству места рассмотрения спора.

Для судебной практики по применению в соответствии с указанным Соглашением 1992 г. "закона места совершения деликта" характерны следующие примеры.

В арбитражном суде рассматривалось дело по иску белорусской компании к российскому акционерному обществу о взыскании убытков от выплаты пенсии работнику истца - инвалиду II группы. Как следует из материалов дела, истец выплатил пенсионные суммы Гродненскому фонду социальной защиты в связи с причинением увечья своему работнику. Производственная травма причинена работнику истца на территории Белоруссии по вине ответчика, допустившего выпуск трактора с конструктивным недостатком. Ответчик не находился в договорных отношениях с истцом. Данный тип гражданско-правовых отношений содержит иностранный элемент: субъекты правоотношения находились в разных государствах. Последнее предполагает разрешение конфликта на основе коллизионной нормы, которая может содержаться как в международном договоре, так и в национальном законе. Применительно к данному случаю международный договор и законодательство РФ решают коллизию сходным образом. Согласно п. "ж" ст. 11 Киевского соглашения 1992 г. 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; Основы 1991 г., действовавшие в момент рассмотрения спора, в ст. 167 также предусматривали, что права и обязанности сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, подлежали определению по праву страны, где имели место обстоятельства, послужившие основанием для требования о возмещении вреда.

Арбитражный суд исследовал вопрос о применимом праве и сделал вывод о том, что для решения данного спора должно применяться законодательство Белоруссии в силу того обстоятельства, что производственная травма была причинена работнику истца на территории этого государства. В конечном итоге арбитражный суд вынес обоснованное решение по данному делу со ссылкой на материальное право Белоруссии (из Обзора практики рассмотрения споров по делам с участием иностранных лиц, рассмотренных арбитражными судами после 1 июля 1995 г. информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1996 г. N 10 <1>).

<1> Вестник ВАС РФ. 1997. N 3. С. 96.

В Арбитражный Суд РФ поступило исковое заявление белорусского акционерного общества о возмещении вреда, причиненного легковому автомобилю. Вред был причинен грузовиком-трейлером, принадлежавшим российскому обществу с ограниченной ответственностью. Причиной дорожно-транспортного происшествия, как это было установлено дорожно-патрульной службой ГАИ, послужила неисправность рулевого управления грузовика. Дорожно-транспортное происшествие имело место на территории Белоруссии. Виновником аварии, согласно справке дорожно-патрульной службы ГАИ, был признан водитель транспортного средства, принадлежавшего российскому обществу. Истец требовал возмещения ущерба, причиненного в результате дорожно-транспортного происшествия, в размере затрат на ремонт автомобиля. Смета расходов на осуществление ремонтных работ прилагалась к исковому заявлению. Исковые требования истец основывал на нормах, содержащихся в ГК РФ.

При рассмотрении спора о возмещении вреда арбитражный суд учитывал следующие обстоятельства: обязательства о возмещении вреда возникли из внедоговорных отношений между участниками, предприятия которых находятся в разных государствах, т.е. таких отношений, которые можно охарактеризовать как внешнеэкономические в сфере хозяйственной деятельности;

Российская Федерация и Республика Беларусь являются участниками Киевского соглашения 1992 г., в котором имеются коллизионные нормы о порядке определения прав и обязанностей сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда; согласно п. "ж" ст. 11 Соглашения "права и обязанности Сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по законодательству государства, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда".

Дорожно-транспортное происшествие произошло в Белоруссии, что определило выбор белорусского права в качестве применимого судом. Арбитражный суд при разрешении данного спора выбрал применимое право на основе коллизионной нормы, содержащейся в международном договоре - Соглашении 1992 г.

В случае отсутствия между государствами спорящих сторон международного договора арбитражный суд для определения применимого к отношениям сторон права обращается к коллизионным нормам российского законодательства (из Обзора судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. N 29 <1>).

<1> Вестник ВАС РФ. 1998. N 4. С. 46, 47.

Россией подписаны также двусторонние договоры о правовой помощи с Азербайджаном, Грузией, Киргизией, Латвией, Литвой, Молдавией, Эстонией. В отношениях между странами, заключившими эти договоры и многостороннюю Минскую конвенцию 1993 г., нормы двусторонних договоров имеют значение **lex specialis**.

Положения двусторонних договоров и Конвенции, относящиеся к возмещению вреда, содержат отличия. Правило о применении к обязательствам из причинения вреда законодательства Стороны, гражданами которой являются причинитель вреда и потерпевший (п. 2 ст. 42 Конвенции), уступило в данных двусторонних договорах место иному началу: если причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одной Стороны, применяется законодательство Стороны, в суд которой подано заявление.

Договор между Российской Федерацией и Республикой Казахстан **о правовом статусе** граждан Российской Федерации, постоянно проживающих на территории Республики Казахстан, и граждан Республики Казахстан, постоянно проживающих на территории Российской Федерации, 1995 г. <1> (ст. 11) подчиняет обязательства по возмещению вреда в случае, когда причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одной и той же Стороны, постоянно проживающими на территории другой Стороны, законодательству Стороны проживания. Исключение составляют случаи, когда действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда, имевшего место в Стороне гражданства, определяется по законодательству Стороны гражданства. Аналогичны правила таких же договоров России с Киргизией и Туркменистаном.

<1> СЗ РФ. 1997. N 34. Ст. 3950.

2. С развитием международного обмена, расширением сферы использования объектов, являющихся **источниками повышенной опасности**, возникли проблемы регулирования деликтной ответственности, которые не могут быть решены усилиями отдельных государств на основе традиционных гражданско-правовых институтов. "Интернационализация" деликтных отношений, огромные убытки, которые причиняют аварии, связанные с использованием некоторых источников повышенной опасности (при эксплуатации, к примеру, средств морского и воздушного транспорта), обусловили потребность в новых способах защиты прав потерпевших и ограждения интересов предпринимателей. Соответственно возросло значение многосторонних международных договоров в этой области.

Для правового режима возмещения вреда, определяемого такого рода соглашениями, характерно:

- преобладание унифицированных материальных норм;
- ограничение компенсации по объему и во времени;
- объективная (абсолютная) ответственность причинителя вреда;
- система мер обеспечительного характера, включающая наряду с обычными предписаниями деликтного права институты обязательного страхования ответственности и даже государственного (при ядерном ущербе) возмещения.

Эти подходы нашли отражение, например, в **Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1992 г.** и **Конвенции об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности, 1952 г.** (Российская Федерация участвует в этих Конвенциях).

Обе Конвенции определяют "потолок" ответственности. Но ограничение ответственности не допускается, если ущерб явился результатом действия или бездействия собственника судна, совершенных умышленно или по грубой неосторожности, или был причинен в результате преднамеренного действия или бездействия эксплуатанта воздушного судна либо его служащих и агентов, совершенных с целью причинения ущерба, при условии, что служащий (агент) действовал при исполнении служебных обязанностей и в пределах своих полномочий <1>. Конвенции исходят из **более строгих оснований ответственности, чем ответственность по принципу вины**. Перечень оснований для освобождения от обязанности возместить ущерб ограничивается обстоятельствами, подпадающими под понятие непреодолимой силы, причем ответственность эксплуатанта воздушного судна наступает и при наличии непреодолимой силы в виде стихийного бедствия, исключительного по своему характеру. По Конвенции 1992 г. собственник морского судна не отвечает за ущерб от загрязнения, если докажет, что ущерб явился результатом военных или тому подобных действий, или стихийного явления, исключительного по своему характеру, неизбежного и непреодолимого, или виновного поведения третьих лиц, либо неправомерного действия властей. По Конвенции 1952 г. любое лицо, которое должно нести ответственность, освобождается от нее, если ущерб стал прямым следствием вооруженного конфликта или гражданских волнений, либо если такое лицо было лишено возможности использовать воздушное судно в силу акта государственной власти. Вместе с тем Конвенции освобождают собственника морского судна и эксплуатанта воздушного судна от ответственности

за ущерб, причиненный виновным поведением потерпевшего.

<1> Ведомости СССР. 1982. N 7. Ст. 109. См. также: Действующее международное право: В 3 т. / Сост. Ю.М. Колосов и Э.С. Кривчикова. М., 1997. Т. 3. С. 615 - 624.

Каждая Конвенция определяет меры обеспечительного характера для покрытия ущерба, включая страхование ответственности, предоставление банковских гарантий и проч., и обязанности по их осуществлению как собственниками морских судов (эксплуатантами воздушных судов), так и государствами, являющимися участниками Конвенций.

3. Гражданско-правовую ответственность за ядерный ущерб регламентируют Парижская конвенция об ответственности перед третьей стороной в области ядерной энергии 1960 г., Брюссельская конвенция об ответственности операторов ядерных судов 1962 г., Брюссельская дополнительная конвенция 1963 г., Венская конвенция о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 г. <1>, Конвенция о гражданской ответственности в области морских перевозок ядерных материалов 1971 г. Основу правового режима, установленного этими Конвенциями, составляют как общие начала деликтной ответственности, так и начала, специфические для возмещения ядерного ущерба.

<1> Российская Федерация ратифицировала Венскую конвенцию о гражданской ответственности за ядерный ущерб (см.: Федеральный закон от 21 марта 2005 г. N 23-ФЗ // СЗ РФ. 2005. N 13. Ст. 1081).

К особенностям гражданско-правовой ответственности за ядерный ущерб относят: сосредоточение ("канализирование") ответственности на операторе ядерной установки (ядерного судна), ответственность при отсутствии вины делинквента, ограничение ответственности по размеру и во времени. Составной частью режима гражданской ответственности за ядерный ущерб является система финансового обеспечения, которая "включает в себя институт страхования и институт государственного возмещения и определяет пределы и условия ответственности страховщика и государства".

Положения Венской конвенции 1963 г., а также Брюссельской конвенции 1962 г. освобождают оператора ядерной установки (ядерного судна) от ответственности за ущерб, если он причинен ядерным инцидентом, возникшим непосредственно в результате вооруженного конфликта, военных действий, гражданской войны, восстания. Иначе решается вопрос о такой разновидности непреодолимой силы, как тяжелое стихийное бедствие исключительного характера. Парижская 1960 г. и Венская 1963 г. конвенции исходят из права государств-участников определить отношение к нему в своем законодательстве. Брюссельская конвенция 1962 г. не называет тяжелое стихийное бедствие исключительного характера в качестве основания освобождения от ответственности.

Для определения юрисдикции суда в отношении исков, связанных с возмещением ядерного ущерба, в Венской и Парижской конвенциях применяется критерий места, где произошел ядерный инцидент, а субсидиарно - критерий государства, ответственного за ядерную установку (Венская

конвенция), или государства местонахождения ядерной установки (Парижская конвенция). Вопросы, относящиеся к характеру, форме и размерам возмещения, решаются, согласно нормам этих Конвенций, по закону компетентного суда.

Федеральный закон "Об использовании атомной энергии" <1> определяет ответственность за убытки и вред, причиненные радиационным воздействием юридическим и физическим лицам, здоровью граждан (основания ответственности, ее виды и пределы, финансовое обеспечение, участие государства в возмещении убытков и др.).

<1> СЗ РФ. 1995. N 48. Ст. 4552.

4. **Конвенцией о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами** (1972 г.) <1>, устанавливаются правила и процедуры относительно ответственности за **ущерб, причиненный космическими объектами**, и обеспечения, в частности, безотлагательной выплаты полной и справедливой компенсации жертвам такого ущерба. Закрепляя межгосударственные обязательства в этой области, Конвенция вместе с тем предусматривает, что никакое ее положение не препятствует государству, физическим и юридическим лицам, которых оно может представлять, возбудить иск в судах либо предъявить соответствующее требование в органы государства, которые осуществляют либо организуют запуск космического объекта, или с территории либо установок которого осуществляется запуск объекта.

<1> Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXIX. М., 1975. С. 95 - 101.

5. Дифференциация коллизионных привязок, ограничение применения закона места совершения правонарушения множеством изъятий, позволяющих придать выбору применимого права большую гибкость, характерны для ряда международных договоров, включая **Гаагскую конвенцию о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям**, 1971 г. и **Гаагскую конвенцию о праве, применимом к ответственности изготовителя**, 1973 г. <1>. Конвенции содержат сложные системы унифицированных коллизионных норм, позволяющие сочетать правило **lex loci delicti** с другими коллизионными привязками, в значительной мере вытесняющими это правило.

<1> Россия в указанных конвенциях не участвует. См.: Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: Учебник. М., 1984. С. 220 - 222; Кабатова Е.В. Деликты в международном частном праве // Государство и право. 1992. N 9. С. 106.

§ 4. Иные внедоговорные обязательства

4.1. Обязательства, возникающие из неосновательного обогащения.

Неосновательное обогащение определяется в законодательстве как приобретение или сбережение лицом (приобретателем) имущества без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований за счет другого лица (потерпевшего). Приобретатель обязан возратить потерпевшему неосновательно полученное (сбереженное) за его счет имущество (п. 1 ст. 1102 ГК РФ).

Вопрос об определении права, подлежащего применению к отношениям сторон обязательств из неосновательного обогащения, возникает в случаях, когда речь идет о субъектах из разных стран либо когда дело осложнено иностранным элементом по другим причинам, - имущество, являющееся предметом неосновательного обогащения, находится за рубежом или событие (действие), повлекшее неосновательное обогащение, происходит за границей.

Обстоятельства, являющиеся причиной возникновения таких обязательств, различны. В одном случае неосновательное обогащение может возникнуть у лица, не имевшего до этого какой-либо связи с потерпевшим, в другом - причиной предъявления требования о возврате неосновательно полученного имущества может стать признание недействительной ранее заключенной сторонами сделки и проч. (ст. 1103 ГК РФ). Разнообразие обязательств, в силу которых возникает неосновательное обогащение, обусловило определенные сложности при выработке коллизионных правил и неоднозначные суждения специалистов относительно критериев, с помощью которых следует определять право, подлежащее применению к отношениям сторон вследствие неосновательного обогащения <1>. Доктринальные разработки последних десятилетий получили отражение в нормах современного международного частного права. Но некоторые проблемы продолжают оставаться дискуссионными до сих пор <2>.

<1> Подробнее об этом см.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 2. С. 680; Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова. М., 2002. С. 482 (автор комментария - А.Л. Маковский); Звеков В.П. Обязательства вследствие причинения вреда в коллизионном праве. М., 2007. С. 45 и сл.; Зыкин И.С. Развитие международного частного права в свете принятия части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации // Государство и право. 2002. N 12. С. 59; Асосков А.В. Основы коллизионного права. М., 2012. С. 315; Современное международное частное право в России и в Евросоюзе / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Тунка. М., 2013. Кн. первая.

Значительное внимание этим вопросам уделяется в исследованиях зарубежных авторов. Подробнее об этом см.: Kegel G. Internationales Privatrecht. 1985; Panagopoulos G. Restitution in Private International Law (Hart Publishing). Oxford, 2000; Hay P. Unjust Enrichment in the Conflict of Laws: A Comparative View of German Law and the American Restatement 2d. // The American Journal of Comparative Law. Vol. 26. N 1. 1978; Bennet T.W. Choice of Law Rules in Claims of Unjust Enrichment. The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 39. N 1 (Jan. 1990). P. 150; Pitel S. G.A. "Characterisation of Unjust Enrichment in the Conflict of Laws" in J. Neyers, M. McInnes and S. Pitel. eds., Understanding Unjust Enrichment (Oxford: Hart Publishing. 2004).

<2> Подробнее об этом см.: Шестакова М.П. Обязательства, возникающие из неосновательного обогащения в международном частном праве // Внедоговорные обязательства в международном частном праве. М., 2017. С. 80 и сл.

Развитие форм и способов коллизионного регулирования внедоговорных обязательств, возникающих между субъектами из разных стран, осуществлялось значительно медленнее, чем протекал тот же процесс в области договорных отношений. Если участники договорных обязательств имели возможность выбора права, подлежащего применению к их отношениям, уже с 50-х гг. прошлого столетия, - что нормативно закреплялось в международно-правовых актах <1> и в национальном законодательстве ряда стран, - то для внедоговорных обязательств такая возможность довольно долго была исключена.

<1> Гагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров (движимых вещей) 1955 г.; Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи 1986 г.; Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г.

Одной из причин явилось недостаточно разработанное в течение длительного времени коллизионное регулирование внедоговорных обязательств либо его полное отсутствие в национальном праве стран. Так, в Германии до принятия в 1999 г. Закона о международном частном праве для внедоговорных обязательственных отношений и вещей <1> пробелы, имеющиеся в коллизионном законодательстве, восполняла, германская правовая доктрина, обосновывавшая применение закона страны, которому подчинено существующее между сторонами договорное или иное правоотношение, в связи с которым возникло обязательство из неосновательного обогащения <2>. Большое значение приобрело и обычное право, которое развивалось судебной практикой <3>.

<1> Закон от 21 мая 1999 г. дополнил Вводный закон к ГГУ (ст. ст. 34 - 46).

<2> Подробнее об этом см.: Bennet T.W. Op. cit. P. 146, 157.

<3> См.: Современное международное частное право в России и в Евросоюзе / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М., 2013. Книга первая. С. 267.

Основным источником при решении рассматриваемых вопросов в Великобритании остается судебная практика <1>, поскольку в Законе о международном частном праве, принятом в 1995 г., отсутствуют нормы, определяющие право, применимое к обязательствам из неосновательного обогащения.

<1> См.: Panagopoulos G. Op. cit. P. 111.

Существенные изменения в законодательстве европейских стран, посвященном коллизионному регулированию внедоговорных обязательств, стали происходить в последние десятилетия. В.П. Звеков, исследовавший проблемы регулирования внедоговорных обязательств в сфере международного частного права, писал, что к середине XX в. усилилась критика

"жесткости" классических (традиционных) коллизионных начал, подтолкнувшая страны к созданию и внедрению нового поколения конфликтных норм, способных решать коллизионные вопросы, избегая "штампованных" случайных решений и учитывая особенности конкретных ситуаций <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Звеков В.П. Обязательства вследствие причинения вреда в коллизионном праве. М., 2007.

В зарубежных странах долгое время действовали коллизионные привязки, относившие регулирование этих отношений либо к праву страны, где имело место неосновательное обогащение, либо к праву страны места совершения действия или фактов, явившихся причиной возникновения таких обязательств. При этом основной формулой прикрепления при рассмотрении обстоятельств, возникших вследствие неосновательного обогащения, традиционно являлось обращение к праву страны места обогащения. Для современного коллизионного права характерным стало **применение закона места неосновательного обогащения наряду с иными коллизионными правилами**. Коллизионная привязка к месту обогащения в качестве единственного коллизионного критерия закреплена в настоящее время в законодательстве небольшого числа стран, в частности, в Азербайджане <1>.

<1> См.: статья 28 Закона Азербайджана 2000 г. "О международном частном праве"; § 35 Указа 1979 г. N 13 "О международном частном праве" Венгрии; ст. 51 Закона Украины от 23 июня 2005 г. "О международном частном праве".

Применение закона страны, в которой совершены действия, повлекшие неосновательное обогащение, предусмотрено в законодательстве Армении, Египта, Италии, Венесуэлы, Литвы, Кубы, Туниса и др. <1>.

<1> См.: статья 1290 ГК Армении 1998 г.; ст. 21 ГК Египта 1948 г.; ст. 1.54 Гражданского кодекса Литвы от 18 июля 2000 г. (в ред. от 9 июня 2017 г.); ст. 16 ГК Кубы 1987 г. (Закон N 59); ст. 32 Закона Венесуэлы 1998 г. "О международном частном праве"; ст. 1.54 ГК Литвы от 18 июля 2000 г. (в ред. от 9 июня 2011 г.); ст. 48 Закона Украины 2005 г. "О международном частном праве"; ст. 70 Кодекса международного частного права 1998 г. Туниса; ст. 61 Закона Италии 1995 г. N 218 "Реформа итальянской системы международного частного права" // Международное частное право. Иностранное законодательство / Сост. А.Н. Жильцов и А.И. Муранов. М., 2001.

Большей гибкости при определении применимого права к разнообразным случаям неосновательного обогащения позволяет достичь предусмотренное в национальном законодательстве некоторых стран дифференцированное регулирование в двух коллизионных нормах: коллизионной норме общего характера и коллизионной норме для случаев, когда неосновательное обогащение возникло в связи с существующим или предполагаемым правоотношением или в связи с исполнением, которое проводится на основе какого-либо правоотношения. Такое регулирование позволяет учитывать различие в характере тех

юридических фактов, которые служат основанием кондикционных обязательств. Подобные нормы содержатся, в частности, в правовых системах Германии, Лихтенштейна, Румынии, Турции, Швейцарии, Грузии, Македонии, Южной Кореи и др. <1>.

<1> См.: Статья 38 Вводного закона к ГГУ 1986 г. (в ред. 2015 г.); ст. 50 Закона Лихтенштейна 1996 г. "О международном частном праве"; ст. ст. 104 и 106 Закона Румынии 1992 г. N 195 "Применительно к регулированию отношений международного частного права"; ст. 39 Кодекса Турции 2007 г. "О международном частном праве и международном гражданском процессе"; ст. 128 Федерального закона Швейцарии 1987 г. "О международном частном праве" (в ред. от 1 июля 2014 г.); ст. 41 Закона Грузии 1998 г. N 1362-П "О международном частном праве"; ст. 31 Закона Македонии от 30 ноября 2010 г. "О международном частном праве"; ст. 31 Закона Южной Кореи от 7 апреля 2001 г. "О международном частном праве" (в ред. Закона от 19 мая 2011 г.).

В современном коллизионном праве, расширяющем пределы обращения участников гражданско-правовых отношений к началу автономии воли, прежние подходы к решению коллизионных проблем начали меняться, уступая место более гибким. Основная их направленность - расширение свободы и автономии воли сторон при решении вопросов регулирования складывающихся между ними отношений.

Наиболее полное на сегодняшний день и детализированное регулирование коллизионных вопросов, относящихся к обязательствам из неосновательного обогащения, содержит Регламент ЕС Рим-II <1>.

<1> См.: Регламент Европейского союза от 11 июля 2007 г. N 864/2007 "О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам" (Рим-II).

С учетом разнообразия случаев неосновательного обогащения, для более точного определения права, подлежащего применению к возникающим в связи с этим отношениям, в ст. 10 Регламента <1> предусмотрена дифференциация коллизионных норм. При этом помимо традиционных норм, в статью включено положение о применении принципа наиболее тесной связи.

<1> Анализ данной статьи содержится в ряде работе. См.: Pitel St.G.A. Rome-II and Choice of Law for Unjust Enrichment в книге: Ahem J., Binckley W., eds. The Rome Regulation on the Applicable to Non-Contractual Obligations. Leiden. 2009; Kadner T. Graziano / Das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom-II - Verordnung. Rabels Zeitschrift. Band 73 (2009). Heft 1 (Januar). S. 66, 67.

Основное коллизионное правило определения права, применимого к обязательствам вследствие неосновательного обогащения - **применение права, которое регулирует существующее между сторонами правоотношение.**

При отсутствии возможности определить применимое право на основании указанного правила действуют следующие **субсидиарные коллизионные привязки**:

- если стороны обычно проживают в одной и той же стране в то время, когда происходит событие, являющееся основанием неосновательного обогащения, подлежит применению право этой страны (п. 2);

- если применимое право не может быть определено на основе указанных выше норм, применяется право страны, в которой неосновательное обогащение имело место.

Применение принципа наиболее тесной связи возможно в случае, если из всех обстоятельств дела ясно, что внедоговорное обязательство, возникающее из неосновательного обогащения, явно более тесно связано с иной страной, чем указанная в п. п. 1, 2, 3 ст. 10. В таких ситуациях подлежит применению право этой страны.

На обязательства из неосновательного обогащения распространяются положения статьи 14 Регламента о праве сторон самостоятельно выбирать право, подлежащее применению к внедоговорному обязательству. Как общее правило, соглашение о выборе применимого права должно заключаться после того, как произошел юридический факт, влекущий наступление вреда. В тех случаях, когда стороны занимаются коммерческой деятельностью, такое соглашение может быть заключено ими до того, как произошел юридический факт, влекущий наступление вреда. Данный выбор должен быть выражен или определенно вытекать из обстоятельств дела, он не должен затрагивать действия императивных норм права страны, в которой сосредоточены все иные элементы правоотношения и императивные положения права Сообщества, и не наносить ущерба правам третьих лиц.

Регламент не содержит специальной нормы о сфере действия статута обязательства из неосновательного обогащения. Общая норма, определяющая сферу действия права, подлежащего применению ко всем видам внедоговорных обязательств, содержится в ст. 15 Регламента.

В **российском международном частном праве** коллизионная норма, определяющая право, подлежащее применению к обязательствам вследствие неосновательного обогащения, появилась в Основах 1991 г. В ст. 168 Основ, исходя из сложившейся к тому времени традиции и практики, предусматривалось, что к обязательствам, возникшим вследствие неосновательного обогащения, должно применяться право, где обогащение имело место. Данная норма была императивной и относилась к любому кондикционному обязательству, в том числе связанному с существующим или предполагаемым отношением.

В настоящее время коллизионное регулирование отношений, возникающих в связи с неосновательным обогащением, предусмотрено в ст. ст. 1223 и 1223.1 ГК РФ <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Шестакова М.П. Новое в коллизионном регулировании обязательств, возникающих вследствие неосновательного обогащения // Журнал российского права. 2015. N 4. С. 53 - 61.

Характерная для современного международного частного права тенденция расширения

автономии воли сторон в выборе применимого к их отношениям права коснулась не только договорных обязательств, но и внедоговорных, вытекающих из иных оснований.

Сторонам предоставляется возможность **выбирать по соглашению между собой право, подлежащее применению к обязательству, возникающему вследствие неосновательного обогащения** (п. 1 ст. 1223.1 ГК РФ). Стороны могут воспользоваться этим правом, если иное не вытекает из закона, и возникает оно после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда или неосновательное обогащение. Субъекты таких отношений могут по соглашению между собой выбирать в качестве применимого **право любой страны**, как из тех, к которым они принадлежат, так и третьих стран. Каких-либо ограничений, связанных с национальной принадлежностью сторон или кругом регулируемых отношений, не предусматривается.

Закрепляя принцип автономии воли сторон, норма п. 1 содержит вместе с тем ряд положений, существенных для практической его реализации. В ней предусмотрена последовательность в выборе источника правового регулирования конкретных отношений. **Приоритет отдается специальному закону**, - если таковой имеется, - подлежащему применению в указанных в нем ситуациях. За пределами действия специальной нормы возможности сторон в выборе применимого к их отношениям права не ограничиваются.

Выбор права, подлежащего применению к обязательству, возникшему вследствие неосновательного обогащения, возможен по соглашению сторон **после совершения действия или наступления иного обстоятельства**, порождающего такое обязательство <1>.

<1> Данное правило отличается от предусмотренной в законодательстве ряда стран и в Регламенте Рим-II возможности заключения такого соглашения до совершения юридического факта, повлекшего неосновательное обогащение. Не нашло отражения в указанной ст. 1223.1 и положение Регламента о том, что выбор права должен быть явно выражен или должен явно следовать из всей совокупности обстоятельств дела; он не должен затрагивать права третьих лиц.

В тех случаях, когда отсутствуют и специальный закон, и соглашение сторон, по-иному решающее данный вопрос, действует общее правило: **к обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения, применяется право страны, где обогащение имело место** (п. 1 ст. 1223 ГК РФ).

Если неосновательное обогащение возникает в связи с существующим или предполагаемым правоотношением сторон, применимым становится **право, которому было подчинено или могло быть подчинено данное правоотношение** (п. 2 ст. 1223).

Ситуации, при которых сторонам приходится обращаться к приведенной норме, нередки. Неосновательное обогащение может возникать, когда стороны связаны договорным обязательством, по которому одна из сторон выполняет принятые на себя обязанности, а другая не предоставляет встречного исполнения. Это бывает, например, при авансовой оплате покупателем (заказчиком) приобретаемых товаров (работ, услуг) и невыполнении своих обязательств его контрагентом (продавцом, подрядчиком). В этом случае правом, применимым к отношениям сторон, возникшим вследствие неосновательного обогащения - необоснованного получения

платежа за не переданный покупателю товар или невыполненные работы, признается право, которому был подчинен соответствующий договор (купли-продажи, подряда). О предполагаемом правоотношении речь может идти при признании договора недействительным или в случаях, когда у сторон имеется предварительная договоренность о намерениях заключить договор и одна из них передает другой (в счет будущего договора) какие-либо материальные ценности, но заключения реального договора не происходит. Определение применимого права во всех указанных случаях осуществляется в соответствии с правилами ст. 1210 ГК РФ с учетом договора, на основе которого складывались (или должны были складываться) правоотношения сторон.

Установленное п. 2 ст. 1223 правило, отличающееся от общей коллизионной нормы п. 1 той же статьи, может рассматриваться как специальное, однако оно не обладает тем приоритетом, о котором говорится в отношении специального закона, поскольку ему придан **диспозитивный характер**.

При разрешении споров, связанных с неосновательным обогащением, позиции судов в отношении применимого права не всегда совпадали. В одних случаях суды признавали подлежащим применению право страны, которому могло быть подчинено существующее или предполагаемое правоотношение, в других - применимым признавалось право страны места обогащения.

В практике МКАС при ТПП РФ имеется ряд дел, при разрешении которых суд применял право страны, которому могло быть подчинено существующее или предполагаемое правоотношение.

Так, рассматривая иск ливанской фирмы к российской организации, суд установил, что между сторонами был заключен договор о совместной деятельности для реализации в Москве инвестиционного проекта на реконструкцию строительного объекта. Стороны договорились, что договор вступает в силу после одобрения технико-экономического обоснования (ТЭО). Истец по просьбе ответчика перевел авансом на его счет денежные суммы. Договор, однако, в силу не вступил, так как ТЭО подготовлено не было. В связи с этим истец потребовал от ответчика возврата перечисленных ему денежных средств. Поскольку стороны не согласовали в договоре право, подлежащее применению, МКАС, основываясь на п. 2 ст. 28 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже", признал возможным применить к отношениям сторон по спору в силу п. 2 ст. 166 Основ 1991 г. российское материальное право - части первую и вторую ГК РФ. Основанием для этого послужил тот факт, что по договору о совместной деятельности реконструкцию здания предполагалось проводить в г. Москве. В качестве неосновательного обогащения заявленная сумма иска была взыскана с ответчика в соответствии со ст. 1102 ГК РФ <1>.

<1> См.: Дело N 289/1997. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 1999. С. 94, 95.

В другом деле <1> российская организация (истец) требовала от украинской фирмы (ответчик) возврата части уплаченного аванса в связи с расторжением контракта из-за имевшей место недопоставки продукции. По мнению истца, денежные средства, удерживаемые ответчиком после расторжения контракта, являются неосновательным обогащением, возникшим вследствие

ненадлежащего исполнения ответчиком договорных обязательств. Возражая против заявленного иска, ответчик указывал на то, что требования истца относятся к внедоговорным требованиям, которые не могут считаться связанными с заключенным договором. Обязательства по возврату неосновательного обогащения, по мнению ответчика, возникают исключительно из факта такого обогащения.

<1> Дело N 252/2010. Практика МКАС при ТПП РФ: 2004 - 2016 гг. К 85-летию МКАС / Научн. ред. и сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2017. С. 723 - 746.

Арбитражный суд, рассматривающий спор, не согласился с позицией ответчика, указав, что требования истца о возврате предоплаты прямо связаны с договором, в том числе с вопросами, касающимися его нарушения и прекращения. В решении отмечалось, что неосновательное обогащение может возникать в связи с договором, в частности, с его расторжением.

Связь неосновательного обогащения с существовавшими между сторонами договорными отношениями учитывалась и российскими федеральными арбитражными судами при определении применимого права в рассматриваемых ими жалобах <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Постановление кассационной инстанции по проверке законности и обоснованности решений (постановлений) арбитражных судов, вступивших в законную силу от 17 февраля 2004 г. (дело N Ф04/820-64/А75-2004) // СПС "КонсультантПлюс"; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 11 марта 2011 г. N 09АП-34813/2010 // СПС "КонсультантПлюс".

Вместе с тем встречаются примеры и иного подхода судов при рассмотрении споров, связанных с неосновательным обогащением: в ряде случаев при определении применимого права суды руководствовались нормой п. 1 ст. 1223 ГК РФ, отсылающей к праву страны, где обогащение имело место.

Такая позиция была выражена, в частности, в принятом Арбитражным судом г. Москвы решении по иску российской организации к австрийской фирме. Суд признал, что, несмотря на то, договор между сторонами не был заключен, ответчик принял выполненные истцом работы, которые должны быть им оплачены. Рассматривая апелляционную жалобу ответчика, указывающего на неправильность применения судом норм материального и процессуального права, арбитражный суд в своем постановлении <1> подтвердил правомерность применения судом первой инстанции к данному спору норм российского законодательства, признав в соответствии с ними договор подряда между сторонами незаключенным, а стоимость выполненных истцом и не оплаченных ответчиком работ - неосновательным обогащением. При этом суд с учетом нормы п. 1 ст. 1223 ГК РФ посчитал применимым право страны, где обогащение имело место.

<1> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 9 декабря 2010 г. N 09АП-29002/2010-ГК // СПС "КонсультантПлюс".

Критерий выбора права, применимого к обязательствам из неосновательного обогащения, основанный на локализации места обогащения, использовался и в некоторых других решениях <1>.

<1> См.: Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 29 мая 2012 г. по делу N А03-775/2011 // СПС "КонсультантПлюс".

Расширение автономии воли сторон при выборе подлежащего применению права **не должно приводить к отступлениям от требований императивных норм права**, которое подлежало бы применению к соответствующим отношениям при отсутствии иного соглашения сторон. Эта позиция, получившая признание в международном частном праве, нашла отражение в ГК РФ. В п. 2 ст. 1223.1 предусмотрено, что если в момент совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекшего причинение вреда или неосновательное обогащение, все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства связаны с одной страной, **выбор права другой страны не может затрагивать действие императивных норм той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства** <1>. Аналогичное правило установлено п. 2 ст. 14 Регламента Рим-II.

<1> Вопросам действия императивных норм в международном частном праве уделяется немало внимания. См.: Садиков О.Н. Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного частного права. 1992. N 2. С. 71 и сл.; Жильцов А.Н. Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 2. С. 60 и сл.; Асосков А.В. Основы коллизионного права. С. 139 и сл.; Международное частное право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. Т. 1. С. 326 - 335.

Необходимость обращения к императивным нормам в рассматриваемых ситуациях можно проиллюстрировать, таким примером. Стороны выбирают в качестве применимого права страны, законодательство которой устанавливает срок исковой давности для предъявления соответствующих требований, отличающийся от срока, предусмотренного императивной нормой страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства. В этом случае подлежит применению норма о сроке исковой давности страны, с которой возникшие отношения имеют связь.

Отражением весьма важного для гражданского и международного частного права принципа - проявления добросовестности в поведении и действиях участников гражданско-правовых отношений является закрепленное в п. 1 ст. 1223.1 положение о том, что **выбранное сторонами право должно применяться без ущерба для прав третьих лиц**.

Действующие коллизионные нормы ГК РФ отражают прослеживающееся в развитии современного международного частного права стремление к его унификации, сближению норм национального законодательства разных государств. В значительной мере они совпадают с положениями принятого Регламента ЕС 2007 г. Рим-II, а также с действующими положениями

международного частного права, закрепленными в законодательстве европейских стран.

4.2. Коллизионное регулирование обязательств, возникающих вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора. В доктрине о гражданском праве существуют три основополагающие работы по преддоговорной ответственности, которые задали вектор развития этого института <1>: "Culpa in contrahendo <2>..." Рудольфа фон Иеринга (1861 г.); "О периодах, предшествующих договору, и о их научной конструкции" <3> итальянского цивилиста Габриэля Фаджеллы (1906 г.); и "Преддоговорная ответственность" <4> - статья Рэимона Салейя, продолжающая мысли Фаджеллы <5>. Если Р. Иеринг ограничивался проступками непосредственно при заключении договора, то итальянский автор Г. Фаджелла распространил применение данного института на стадию переговоров и, по сути, именно им была введена идея преддоговорных отношений и преддоговорной ответственности как гражданских правоотношений. Р. Салей обосновал ее с позиции внедоговорной ответственности.

<1> См.: Жужжалов М.Б. Учение Р. фон Иеринга о преддоговорной ответственности: влияние на современность и возможности по применению в будущем (комментарий к русскому переводу работы "Culpa in contrahendo, или Возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров") // Вестник гражданского права. 2013. N 3. С. 267 - 311.

<2> Дословно - вина при переговорах.

<3> Studi giuridici in onore di Carlo Fadda. Vol. III. Napoli, 1906.

<4> Revue trimestriale de droit civil (RTD civ.). 1907. Vol. 6. P. 697.

<5> Относительно подробное изложение основных положений см.: Гиршбандт А. Проблема преддоговорной ответственности в новейшей цивилистике // Право: еженедельная юридическая газета. 1912. N 43. С. 2282 - 2293.

Концепция Р. Иеринга основывается на мысли о том, что несмотря на отсутствие заключенного контракта, стороны уже на стадии переговоров вовлечены в некоторого рода правовые отношения. Их обязательства коренятся в принципе добросовестного поведения и обязанности оказания должной заботы, которые требуются от сторон не только в процессе исполнения договорных обязанностей, но также и в процессе переговоров, и формулирования условий контракта <1>.

<1> См.: Filipović M.B., Vehovec M.T. Precontractual liability in EU and Croatian law // Harmonious. Journal of Legal and Social Studies in South East Europe. 2012. N 1. P. 15.

Основой ответственности, по мнению Г. Фаджеллы, служит даваемая одной договаривающейся стороной другой гарантия справедливого и добросовестного ведения переговоров; для признания самого факта преддоговорной ответственности необходимо, таким образом, установить причинную связь между понесенным имущественным ущербом и добровольным согласием на вступление в юридические отношения.

Концепции Р. Иеринга и Г. Фаджеллы нашли отражение в законодательстве европейских государств. Так, концепция Р. Иеринга о преддоговорной ответственности была воспринята в законодательстве Германии, где характеризуется как **договорная**. В то же время в подавляющем большинстве европейских государств преддоговорная ответственность считается **деликтной**.

Например, в случае прекращения переговоров во Франции продавцом из Германии и французское, и немецкое право потенциально могли бы быть применены к регулированию преддоговорной ответственности. В случае рассмотрения дела французским судом будут применены нормы, регулирующие деликтные обязательства. В то же время, поскольку ситуация характеризуется как договорная в Германии, при рассмотрении того же дела немецким судом, будут применены соответствующие нормы немецкого права, регулирующие договорные обязательства.

Различаются и внутренние **коллизийные нормы**, что обусловило необходимость выработки единого коллизийного подхода.

Единое коллизийное регулирование обязательств, возникающих вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора, впервые было разработано в рамках Европейского союза и нашло отражение в **Регламенте Рим-II**, содержащем специальную коллизийную норму о праве, подлежащем применению к **culpa in contrahendo** (ст. 12). Установив автономную квалификацию "**culpa in contrahendo**" <1>, Регламент Рим-II позволил унифицировать подходы к решению коллизийной проблемы, возникающей при недобросовестном ведении переговоров между европейскими контрагентами. Как следует из преамбулы этого документа, "**culpa in contrahendo**" является автономным понятием и не должна обязательно интерпретироваться в значении национального права. Это понятие должно включать нарушение обязанности информировать и разрыв переговоров о заключении договора. Статья 12 применяется только к внедоговорным обязательствам, которые непосредственно связаны с деловыми переговорами, проводимыми перед заключением договора.

<1> Подробнее об этом см.: Степанищева А.М. Culpa in contrahendo в праве Европейского союза: содержание, проблемы квалификации, регулирование // Российский юридический журнал. 2015. N 5. С. 112 - 121.

На принятие в Регламенте Рим-II в качестве исходного **внедоговорного характера преддоговорных споров** оказала существенное влияние практика Суда Европейского союза (далее - Суд ЕС).

Так, внедоговорный характер отношений, возникающих вследствие деловых переговоров, был признан в решении Суда ЕС от 17 сентября 2002 г. по делу N 334/00 <1>, связанному с применением Брюссельской конвенции от 27 сентября 1968 г. о юрисдикции и исполнении решений по гражданским и торговым делам. В данном деле итальянская компания подала иск к немецкой фирме с требованием о компенсации ей ущерба, вызванного нарушением обязанности действовать честно и добросовестно в процессе переговоров. Проблема заключалась в сложности определения компетентного суда, поскольку Брюссельская конвенция 1968 г. по-разному решала этот вопрос в зависимости от понимания правовой природы преддоговорной ответственности.

<1> См.: Case C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS). 2002. ECR I-7357, I-7396.

Как следует из решения Суда ЕС, до тех пор, пока преддоговорная ответственность возникает не из обязательства, добровольно взятого на себя одной стороной по отношению к другой, правовая природа такой ответственности деликтная, квазиделиктная или иная внедоговорная, т.е. любая, но не договорная. В своем решении Суд ЕС определенно указал, что, поскольку между сторонами отсутствует добровольно взятое на себя одной стороной по отношению к другой в процессе переговоров обязательство (т.е. отсутствует договорное обязательство), но присутствует нарушение норм закона, предписывающих действовать добросовестно на стадии ведения переговоров, такие отношения должны рассматриваться как внедоговорные.

Согласно ст. 12 Регламента Рим-II правом, подлежащим применению к внедоговорному обязательству, возникающему вследствие деловых переговоров, предшествующих заключению договора, независимо от того, был ли фактически заключен договор или нет, является **право, которое применяется к договору или которое подлежало бы применению к нему, если бы договор был заключен**. Такой подход позволяет избежать трудностей, возникающих при разграничении договорных и преддоговорных обязательств <1>.

<1> См.: Huber P., Bach I. Article 12 // Rome II Regulation: commentary / Ed. by P. Huber. Munich, 2011. P. 319.

В случае невозможности определения права, подлежащего применению к преддоговорным отношениям на основании договорной привязки, применяются, согласно Регламенту Рим-II, специальные коллизионные правила, а именно:

- право страны, где наступил вред;
- право страны обычного места жительства сторон в случае их проживания в этой стране в момент, когда происходит юридический факт, влекущий наступление вреда;
- право страны, имеющей явно более тесную связь с внедоговорным обязательством, возникающим вследствие деловых переговоров, предшествующих заключению договора.

Однако ст. 12 Регламента Рим-II применяется только в случае отсутствия между контрагентами **соглашения о применимом праве** (возможность выбора сторонами права, подлежащего применению к внедоговорному обязательству, установлена в ст. 14 Регламента Рим-II). Данный выбор должен быть прямо выражен или определенно вытекать из обстоятельств дела и не наносить ущерб правам третьих лиц.

Для **отечественного правопорядка** включение в законодательство коллизионной нормы, определяющей право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора, является новым. Появление этой

нормы связано с введением в ГК РФ института преддоговорной ответственности по принципу **culpa in contrahendo** с целью использования всех возможных мер и средств гражданского законодательства для обеспечения добросовестного и надлежащего осуществления гражданских прав и исполнения гражданских обязанностей <1>.

<1> Соответствующее предложение содержалось в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, в п. 7.7 разд. V которой была отмечена необходимость включения в ГК РФ специальных правил о преддоговорной ответственности (**culpa in contrahendo**) в целях предотвращения недобросовестного поведения на стадии переговоров о заключении договора для отношений, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности; а в п. 2.11 разд. VIII Концепции - создание соответствующего коллизионного регулирования.

В результате реформирования ГК РФ в российское законодательство введен принцип добросовестности <1>, норма о праве, подлежащем применению к преддоговорной ответственности (ст. 1222.1 ГК РФ) <2>, а также материальная норма о преддоговорной ответственности (ст. 434.1 ГК РФ) <3>.

<1> См.: Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. N 302-ФЗ "О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 2012. N 53 (ч. I). Ст. 7627.

<2> См.: Закон N 260-ФЗ.

<3> См.: Федеральный закон от 8 марта 2015 г. N 42-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации" // СЗ РФ. 2015. N 10. Ст. 1412.

Согласно ст. 1222.1 ГК РФ к обязательствам, возникающим вследствие **недобросовестного ведения переговоров о заключении договора**, применяется (как и в Регламенте Рим-II <1>) **право, подлежащее применению к договору, а если договор не был заключен, - право, которое применялось бы к договору, если бы он был заключен** (о праве, подлежащем применению к договору, см. [гл. 10](#) учебника).

<1> См. также: Жильцов А.Н. Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора // Закон. 2016. N 8. С. 27 - 34.

В случае невозможности определения права, подлежащего применению на основании **договорной коллизионной привязки**, п. 2 ст. 1222.1 ГК РФ отсылает к ст. 1219 ГК РФ, определяющей право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, и ст. 1223.1 ГК РФ, допускающей заключение соглашения о выборе права сторонами преддоговорного обязательства. Таким образом, к обязательствам, возникающим

вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора, должно в этом случае применяться **право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для требования о возмещении убытков.**

Нужно сказать, что согласно российскому законодательству убытками, подлежащими возмещению недобросовестной стороной ("преддоговорный вред"), признаются расходы, понесенные другой стороной в связи с ведением переговоров о заключении договора, а также в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом (ст. 434.1 ГК РФ). Если в результате такого действия или иного обстоятельства преддоговорный вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны, но только если недобросовестная сторона предвидела или должна была предвидеть наступление вреда в этой стране.

Применяется к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора, и содержащаяся в п. 2 ст. 1219 ГК РФ коллизионная привязка **к праву страны обычного места жительства сторон, а также к праву страны их основного места деятельности.** В случае проживания сторон или ведения бизнеса в разных странах при условии наличия единого гражданства или регистрации в качестве юридических лиц в одной и той же стране допускается применение этого общего права.

Наконец, если из совокупности обстоятельств дела вытекает, что обязательство, возникающее вследствие недобросовестного ведения переговоров, тесно связано с договором, заключенным при осуществлении сторонами переговорного процесса предпринимательской деятельности, к данному обязательству применяется право, подлежащее применению к такому договору (п. 3 ст. 1219 ГК РФ). При применении указанного пункта могут возникнуть некоторые трудности, поскольку п. 2 ст. 1222.1 ГК РФ отсылает к ст. 1219 ГК РФ в случае невозможности определения подлежащего применению права на основании договорной коллизионной привязки.

Стороны преддоговорных споров могут и сами заключить соглашение о выборе подлежащего применению права. В этом случае рассмотренные специальные коллизионные правила, предусмотренные для деликтных обязательств, к их отношениям не применяются. Однако заключение такого соглашения, как следует из ст. 1223.1 ГК РФ, ограничено фактом совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение преддоговорных убытков.

3. Статья 1217 ГК РФ ввела в российское законодательство общую коллизионную норму о праве, подлежащем применению **к обязательствам, возникающим из односторонних сделок.** Эта норма распространяется на неопределенный круг односторонних сделок и не очерчивает сферу действия применимого к ним права.

Односторонней в ГК РФ (п. 2 ст. 154) считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны (например, оферта, отказ от исполнения договора, допускаемый заключенным сторонами договором, составление завещания, действия в чужом интересе без поручения и др.).

Сопоставление правил ст. ст. 1210 и 1211 ГК РФ, с одной стороны, и правила ст. 1217 ГК РФ, с другой - выявляет существенные различия в определении права, применимого к договору (статута договора), и права, применимого к обязательству, возникающему из односторонней

сделки (статута односторонней сделки).

К обязательствам, возникающим из односторонних сделок, если иное явно не вытекает из закона, условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела, применяется право страны, где на момент совершения сделки находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке. Выбор указанных коллизионных начал для установления статута односторонней сделки подсказан самой природой такой сделки: односторонняя сделка создает обязанности для лица, совершившего сделку; она может создавать обязанности для других лиц лишь в случаях, установленных законом либо соглашением с этими лицами (ст. 155 ГК РФ).

Следует обратить внимание на то, что законодатель, определяя право, в соответствии с которым формируется обязательство по односторонней сделке, отказался при принятии части третьей ГК РФ от использования привязки к праву места совершения сделки (Основы 1991 г. обращались к данной привязке для определения прав и обязанностей по сделке, не исключая одностороннюю сделку). Следование праву места совершения сделки, способное привести при решении коллизионной проблемы к случайному результату, может тем не менее явно вытекать из условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела и быть в этом случае, как того требует ст. 1217, обоснованным.

Указание на "иное", вытекающее из условий или существа сделки либо совокупности обстоятельств дела, предполагает, что статут односторонней сделки может быть определен на основе волеизъявления лица, совершающего сделку, а в отсутствие такого волеизъявления - на основе права страны, с которой соответствующее обязательство наиболее тесно связано. Презюмируемым выражением этого начала и является основное правило ст. 1217 ГК РФ, отсылающее к праву страны, где находится место жительства или основное место деятельности лица, принимающего на себя обязательство по сделке.

Определение права, подлежащего применению к обязательству, возникающему из односторонней сделки, может зависеть от того, совершается ли такая сделка вне договора или в его рамках, а также от того, порождает ли она обязанности для других лиц (т.е. не только для лица, совершающего сделку). В этих случаях статут обязательства из односторонней сделки может быть "вытеснен" статутом обязательства из договора или может уступить место праву страны, где возникла соответствующая обязанность другого лица.

В ст. 1217 ГК РФ предусматривается, что "иное" может вытекать из закона. Так, статуту наследования подчиняется в силу ст. 1224 ГК РФ такая специфическая односторонняя сделка, как завещательное распоряжение.

В зарубежном законодательстве для определения статута обязательства, возникающего из односторонней сделки, применяются разные коллизионные критерии: право страны, в которой должник имеет свое обычное местопребывание или свое обзаведение (Лихтенштейн), место жительства или место нахождения (Чехия); нормы о договорах (Венгрия), о договорных обязательствах (Польша); закон, избранный лицом, совершившим одностороннюю сделку (Румыния); право места совершения сделки (Армения, Белоруссия, Казахстан); правила о вещных правах (Киргизия, Узбекистан).

Контрольные вопросы

1. Какие коллизионные нормы применяются к обязательствам вследствие причинения вреда?
2. Каким образом определяется "место совершения деликта" в отечественном и зарубежном праве?
3. Какое право применяется к правам и обязанностям сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда за границей, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны либо гражданами, имеющими место жительства в одной и той же стране?
4. В каких случаях стороны обязательства, возникающего вследствие причинения вреда, могут договориться о применении к обязательству права страны суда?
5. Что следует понимать под статутом обязательства вследствие причинения вреда и какова сфера его действия?
6. В чем особенности коллизионного регулирования обязательств из причинения вреда товаром (работами, услугами)?
7. Какие коллизионные привязки используются в российском праве при регулировании ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги?
8. Как решаются коллизионные вопросы обязательств, возникающих из неосновательного обогащения?
9. Как решаются коллизионные вопросы иных видов внедоговорных обязательств?

Рекомендуемая литература

1. Асосков А.В. Реформа раздела VI "Международное частное право" Гражданского кодекса РФ // Хозяйство и право. 2014. N 2.
2. Банковский А.В. Об автономии воли сторон при выборе статута деликтного обязательства // Государство и право. 2002. N 3.
3. Богуславский М.М. Международное частное право. Практикум. М., 2002.
4. Внедоговорные обязательства в международном частном праве / Отв. ред. И.О. Хлестова. М., 2017.
5. Гражданский кодекс Российской Федерации, часть третья. Раздел VI "Международное частное право". Комментарий и постатейные материалы / Отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004.
6. Звеков В.П. Обязательства вследствие причинения вреда в коллизионном праве. М., 2007.
7. Звеков В.П. Обязательства из причинения вреда в международном частном праве (некоторые коллизионные вопросы) // Очерки международного частного права. М., 1963.

-
8. Кабатова Е.В. Деликты в международном частном праве // Государство и право. 1992. N 9.
9. Кабатова Е.В. Модернизация коллизионного регулирования деликтов // Хозяйство и право. 2004. N 1.
10. Канашевский В.А., Толстых В.П. Практикум по международному частному праву. М., 2006.
11. Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002.
- КонсультантПлюс: примечание.
Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) (под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (3-е издание, исправленное и дополненное).
12. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. 4-е изд., испр. и доп. М.: Контракт, 2014.
13. Лазарева Т.П. Коллизионное регулирование возмещения вреда, причиненного недостатками товара, работы или услуги // Журнал российского права. 2016. N 11.
14. Лазарева Т.П. Возмещение вреда, причиненного товарами (работами, услугами), в законах зарубежных стран о международном частном праве // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. N 5.
15. Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Особенная часть (автор § 1 гл. XI - В.П. Звеков). М., 2002.
16. Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: Учебник. М., 1984.
17. Марышева Н.И. Современные тенденции коллизионного регулирования деликтных обязательств: Регламент ЕС 2007 г. "О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам" (Рим-II) и российское законодательство // Журнал российского права. 2016. N 6.
18. Муратова О.В. Коллизионное регулирование обязательств из недобросовестного ведения переговоров о заключении договора в России и ЕС // Журнал российского права. 2016. N 5.
19. Садиков О.Н. Регламентация гражданско-правовой ответственности в международных соглашениях // Советское государство и право. 1974. N 4.
20. Шестакова М.П. Новое в коллизионном регулировании обязательств, возникающих вследствие неосновательного обогащения // Журнал российского права. 2015. N 4.
21. Шиминова М.Я. Участие иностранцев в деликтных обязательствах // Советская юстиция. 1969. N 22.
-

Глава 19. НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

§ 1. Общие проблемы наследования в международном частном праве

1. В любом обществе отношения по наследованию представляют собой наиболее консервативную сферу гражданского оборота. Будучи тесно связанным со сложившимися в обществе нравственными представлениями, семейными устоями и национальными традициями, наследственное право каждой страны отличается значительным своеобразием и с трудом поддается изменениям. Этим объясняются весьма незначительные успехи в международной универсальной унификации норм гражданского права о наследовании и ограничение их унификации на региональном и двустороннем уровнях межгосударственных отношений, в основном коллизионными нормами.

2. Единственным примером универсальной унификации материальных норм наследственного права является принятая в Вашингтоне 26 октября 1973 г. **Конвенция, предусматривающая единообразный закон о форме международного завещания** <1>. Конвенция посвящена весьма узкому и в то же время исключительно важному вопросу наследственного права, она вступила в силу 9 февраля 1978 г. В ней участвует менее 20 государств, в том числе Австралия, Бельгия, Италия, Канада, Кипр, Ливия, Португалия, Франция. Советский Союз подписал Вашингтонскую конвенцию 17 декабря 1974 г., но впоследствии ее не ратифицировал.

<1> В настоящей главе данные о конвенциях и других международных договорах приведены по СПС "КонсультантПлюс", а об иностранных законах о международном частном праве по кн.: Международное частное право: иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов; Исследовательский центр частного права. М.: Статут, 2001.

Более удачной оказалась судьба **Конвенции о коллизиях законов, касающихся формы завещательных распоряжений**, которая была одобрена на девятой сессии Гаагской конференции по международному частному праву и принята 5 октября 1961 г. В ней участвуют около 40 государств, в том числе Австралия, Австрия, Англия, Бельгия, Греция, Дания, Испания, Ирландия, Израиль, Нидерланды, Норвегия, Польша, Турция, Швеция, Швейцария, Германия, Финляндия, Франция, Япония. Россия в этой Конвенции не участвует. С 2007 г. в ней участвует Армения, с 2011 г. - Молдова и Украина.

Еще одна универсальная конвенция по вопросам наследственного права - **Конвенция относительно международного управления имуществом умерших**, одобренная на 12-й сессии Гаагской конференции по международному частному праву и подписанная 2 октября 1973 г., с трудом вступила в силу 1 июля 1993 г., набрав минимально необходимое число ратификаций. Ее участниками являются Чехия, Португалия и Словакия.

Так и не вступила в силу принятая на 16-й сессии Гаагской конференции по международному частному праву 1 августа 1989 г. подробная **Конвенция о праве, применимом к наследованию имущества умерших**. Для вступления в силу этой Конвенции необходимо участие в ней трех

государств - участников Гаагской конференции <1>.

<1> Конвенцию 1989 г. подписали Аргентина, Люксембург, Швейцария.

3. Значительно более успешной, чем универсальная, является региональная и двусторонняя унификация наследственного права. Однако и она, как уже сказано, ограничивается в основном унификацией коллизионных норм о наследовании, а также установлением некоторых единообразных норм международного гражданского процесса по делам о наследовании и административных правил охраны наследственного имущества.

Самую успешную унификацию коллизионных и материальных норм наследственного права осуществил Европейский союз. 4 июля 2012 г. Европейский парламент принял **Регламент N 650/2012 "О юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений, принятии и исполнении нотариальных актов по вопросам наследования, а также о создании Европейского свидетельства о наследовании"**. Этот обширный (84 статьи) комплексный нормативный акт имеет главным назначением определение права, применимого к отношениям по наследованию (разд. III, ст. ст. 20 - 38), но регулирует также широкий круг связанных с наследованием публично-правовых отношений - юрисдикцию, признание и исполнение судебных решений по делам о наследовании, совершение нотариальных актов, создание и использование Европейского свидетельства о наследстве. Вслед за другими регламентами ЕС, унифицирующими международное частное право государств - участников Союза, Регламент от 4 июля 2012 г. N 650/2012 получил неофициальное название "Рим-IV".

Единообразное коллизионное регулирование отношений по наследованию заменяет, "вытесняет" коллизионные правила о наследовании, действовавшие ранее в странах ЕС. Как сказано в ст. 20 Регламента, **"любое право, оговариваемое настоящим Регламентом, применяется независимо от того, является ли оно правом государства - члена Европейского союза"**. При этом Регламент по общему правилу **"не затрагивает применение международных конвенций"**, подписанных государством - членом ЕС на момент принятия Регламента. Регламент Рим-IV начал применяться с 17 августа 2015 г.

Среди региональных унификационных договоров, содержащих в числе других положений и коллизионные нормы наследственного права, наиболее известен Кодекс Бустаманте (Гаванская конвенция) 1928 г. В нем 20 статей (ст. ст. 144 - 163) посвящены вопросам наследования.

4. Наибольшее число унифицированных норм международного частного права, касающихся наследования, сосредоточено в **двусторонних международных договорах - договорах о правовой помощи, консульских конвенциях и др.**

Примерно в половине двусторонних договоров Российской Федерации о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам есть нормы, непосредственно направленные на регламентацию наследственных отношений, осложненных иностранным элементом.

В нескольких договорах - с Грецией, Кипром, Финляндией - нормы о наследовании немногочисленны и касаются лишь предоставления национального режима в этой области и определения права, применимого к форме завещаний. Краткие, хотя и иные положения о

наследовании, содержит также договор с Ираком.

Напротив, договоры с государствами бывшего "социалистического лагеря" либо социалистической ориентации (Албанией, Болгарией, КНДР, Кубой, Польшей, Румынией, Чехословакией <1>, Югославией <2>), а также с государствами, образовавшимися на месте республик бывшего СССР (Азербайджаном, Грузией, Киргизией, Латвией, Литвой, Молдавией, Эстонией), содержат целые комплексы норм о наследовании. В их числе унифицированные коллизионные нормы (о праве, применимом к наследованию движимого и к наследованию недвижимого имущества, к форме завещания и др.), материальные нормы наследственного права (об исчислении срока на принятие наследства, о выморочном имуществе и др.), нормы о юрисдикции по наследственным делам, о мерах по охране наследственного имущества и интересов наследников. Подробные нормы о наследовании (в том числе коллизионные) содержатся также в договоре о правовой помощи с Ираном.

<1> Действует в отношениях России с Чехией и Словакией.

<2> В отношениях России со Словенией действует на основании Протокола от 21 октября 2004 г., с Македонией - на основании Протокола от 21 декабря 2005 г.

Со странами СНГ и с Грузией Россию, помимо упомянутых двусторонних договоров о правовой помощи, связывает **Минская конвенция 1993 г.**, в которой целый раздел (ст. ст. 44 - 50) посвящен наследованию. Нормы этого раздела по кругу решаемых вопросов сходны с названными правилами большинства двусторонних договоров о правовой помощи, но по содержанию не во всем совпадают с некоторыми из этих договоров. Минская конвенция 1993 г. не затрагивает положений других международных договоров, участниками которых являются стороны этой Конвенции (ст. 82). Поэтому в случае расхождения правил Минской конвенции 1993 г. с нормами двустороннего договора между ее участниками приоритет имеют нормы этого договора.

Кишиневская конвенция 2002 г., заключенная с целью заменить Минскую конвенцию 1993 г., воспроизводит в ч. V (ст. ст. 47 - 53) почти дословно те нормы о наследовании, которые содержатся в Минской конвенции. В Кишиневской конвенции участвуют Азербайджан, Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия и Таджикистан. Россия подписала эту Конвенцию, но из-за ее недостатков принципиального характера не ратифицировала <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Маковский А.Л. О кодификации гражданского права / Исследовательский центр частного права при Президенте РФ. М.: Статут, 2010. С. 726 - 728.

5. Незначительный объем универсальной международной унификации норм о наследовании предопределяет большую роль национального, прежде всего национального коллизионного права в регулировании наследственных отношений, осложненных иностранным элементом.

Коллизионные нормы российского права о наследовании содержатся в ст. 1224 ГК РФ и во многом совпадают с нормами прежнего законодательства (см. ст. 169 Основ 1991 г., ст. 567 ГК РСФСР 1964 г. и ст. 127 Основ 1961 г.). В то же время все они претерпели изменения по

сравнению с прежними нормами, и некоторые из этих изменений существенны (подробнее см., ниже).

6. В области наследования **предоставление иностранцам национального режима** и его обеспечение на деле имеет особое значение. Это связано с существующими в праве ряда стран "**изъятиями**, направленными на то, чтобы расширить круг случаев применения собственного права, либо установить в вопросах наследования специальные привилегии для собственных граждан, либо умалить права наследования иностранцев..." <1>. В наибольшей мере такие изъятия ущемляют права наследников-иностранцев, живущих за границей, и чаще всего - в отношении наследования ими земли и других природных ресурсов. В принципе возможность подобных ограничений наследственных прав иностранцев не исключена и в России, поскольку в соответствии с Конституцией РФ (ч. 3 ст. 62) и ГК РФ (абз. 4 п. 1 ст. 2, ст. 1196) из принципа национального режима и из принципа равенства гражданской правоспособности иностранных граждан, а также апатридов и российских граждан возможны исключения, если они установлены федеральным законом.

<1> Лунц Л.А. Международное частное право. Особенная часть. 2-е изд. М., 1975. С. 414.

Стремлением не допустить ограничений наследственных прав своих граждан, когда эти права должны возникнуть или осуществляться в другом государстве, объясняется включение в двусторонние договоры России (в прошлом - СССР) о правовой помощи специальных условий о безоговорочном применении в сфере наследования национального режима. Наиболее кратко и четко это условие сформулировано в действующем Договоре с бывшей Чехословакией (1982 г.): "Граждане одной Договаривающейся Стороны могут наследовать имущество или права на территории другой Договаривающейся Стороны по закону или по завещанию на равных условиях и в том же объеме, как и собственные граждане" (ст. 39 "Принцип равенства"). Формулировки в других договорах более детальны и пространны, но по существу мало отличаются от приведенной.

§ 2. Статут наследования

1. 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, принято называть **статутом наследования**.

В коллизионном праве со временем отчетливо сложились два основных варианта статута наследования.

В значительном числе стран, включающем всех членов Европейского союза и еще несколько десятков государств, право, подлежащее применению ко всем вопросам наследования в целом, в том числе к наследованию всего имущества наследодателя, определяется **личным законом наследодателя**. В одних из таких государств это закон места постоянного жительства наследодателя, в других - закон страны его гражданства. Например, японский Закон N 10 о применимом праве от 21 июня 1898 г. предусматривает, что "**наследование регулируется правом страны гражданства наследодателя**" (ст. 26). Во многих странах Латинской Америки предусмотрено в качестве единого статута наследования применение права государства, в котором

наследодатель имел постоянное место жительства.

Очевидно, что в коллизионном праве этих стран, как и других, имеющих подобные нормы, **статут наследования в принципе един для наследования имущества любого рода - недвижимости, движимых вещей, прав и т.д., т.е. универсален.**

Однако большое число государств, к которым относится и Россия, считает необходимым в полной мере сохранять за собой регулирование отношений по поводу находящейся в пределах его юрисдикции земли и иной недвижимости даже тогда, когда эти отношения осложняются иностранным элементом. В праве этих государств **статут наследования разделяется на два**, основной из которых предусматривает применение к наследованию недвижимости **права страны места ее нахождения**, тогда как наследование остальной части наследства регулируется **личным законом наследодателя** (правом страны его гражданства либо места жительства). Например, в Законе КНР от 28 октября 2010 г. о применении права к гражданско-правовым отношениям, выходящим за пределы одного государства, установлено, что **"по отношению к наследованию по закону действует право обычного местопребывания наследодателя, по отношению к недвижимому имуществу - право его месторасположения"** (§ 31). Таким образом, **статут наследования как бы разделяется**, причем, хотя в праве разных государств предусмотрены разные варианты такого **расщепления** наследственного статута, делается это всегда ради подчинения наследственных отношений по поводу недвижимости **legis rei sitae**.

2. Выявление коллизионного статута для спорного наследственного правоотношения, осложненного иностранным элементом, как правило, составляет не самую сложную часть задачи определения права, подлежащего применению к этому отношению. На практике сложности возникают в связи с решением конкретных, притом часто весьма узких вопросов наследования и становятся особенно трудными, когда возникший вопрос вообще не известен тому правопорядку, в юрисдикции которого он возник.

Трудности определения права, применимого к наследованию, связаны во многом с тем, что в каждой системе права сами наследственные отношения тесно соприкасаются, по сути - переплетаются с отношениями по поводу дееспособности, содержания вещных и других имущественных прав, формы и действительности договора, режимом имущественных отношений супругов и др. В результате и коллизионные статуты, сконструированные как вполне самостоятельные правовые категории, в реальном правоприменении соприкасаются, сталкиваются и требуют разграничения. Последнее достигается определением **сферы действия коллизионных статутов**.

Определение сферы действия коллизионного статута применительно к конкретному вопросу наследования представляет собой решение коллизионной проблемы второго порядка. Нередко ее решение очевидно и по сути дела сливается с определением самого статута наследования. Но иногда ее решение не только требует отдельных значительных усилий, но и может привести к выводу о неприменимости, казалось бы, верно избранного статута наследования.

В российском международном частном праве сфера действия статута наследования в отличие от ряда других коллизионных статутов (вещного, договорного и др.) законом не определена. Поэтому вопрос решается путем доктринального и судебного толкования системы норм российского частного права, исходя прежде всего:

- 1) из круга отношений, регулируемых российским наследственным правом;
- 2) сферы действия других коллизионных статутов.

Статут наследования определяет решение на основании применимого права как общих вопросов наследования - 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), о разделе наследства и об ответственности наследников по долгам наследодателя, так и специальных вопросов, касающихся наследования по определенным основаниям - непосредственно на основании закона (по закону), по завещанию, в порядке наследственного договора и т.д. Статутом наследования определяются как общие правила о наследовании имущества вообще, так и специальные правила о наследовании отдельных видов имущества - земли, банковских вкладов, исключительных прав и др.

Сфера действия наследственного статута охватывает как вопросы, требующие решения при наследовании по закону, так и те, которые возникают при наследовании по завещанию. Но при наследовании по закону ряд вопросов, входящих в сферу действия статута наследования, не возникает (например, о форме и действительности завещания), в том числе и вопросов, которые могут быть решены завещателем по его усмотрению.

Если статут наследования определяет регулирование всей совокупности наследственных отношений гражданско-правового характера, имеет место **единство статута наследования**. Чаше, однако, из единого статута делаются изъятия в отношении наследования определенных объектов. Иногда эти исключения бывают настолько существенны, что позволяют говорить о двойственности статутов наследования в праве одного государства.

3. По действующим в России правилам ГК РФ "отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства" (выделено мной. - **А.М.**) (п. 1 ст. 1224).

Из этого главного коллизионного принципа в российском праве, в том числе в той же статье ГК РФ, сделаны несколько **изъятий**, главное из которых касается "наследования недвижимого имущества" (подробнее см. **§ 3 настоящей главы**). Изъятие это позволяет говорить о двойственности (или раздвоении) статута наследования в российском праве. Тем не менее основным коллизионным принципом, сфера действия которого не ограничена определенным видом имущества и поэтому распространяющимся на отношения по наследованию не только движимого имущества, но и нематериальных объектов (прав требования к другим лицам, исключительных прав), остается право страны последнего места жительства наследодателя.

Таким образом, при определении права, подлежащего применению к отношениям по наследованию на основании коллизионной нормы российского закона, гражданство наследодателя значения не имеет. Но отсылка в формуле прикрепления этой нормы к праву страны, в которой наследодатель имел последнее место жительства, может в ряде случаев вызвать необходимость квалификации этого понятия. При выборе права, в котором нужно искать его квалификацию, следует руководствоваться правилами ст. 1187 ГК РФ, о которых говорилось в **гл. 4** учебника. При этом нужно иметь в виду, что последнее место жительства наследодателя по российскому праву

(ст. 20 ГК РФ) означает место, где наследодатель проживал перед своей смертью постоянно или - если он не имел постоянного места жительства - преимущественно (п. 1).

Понятие и признаки (критерии) места жительства лица, установленные в ГК РФ (ст. 20), предназначены, естественно, в первую очередь для точного определения места, в котором лицо "жительствоует" в пределах России - региона, населенного пункта, адреса. При обращении к той же норме ГК РФ в целях квалификации понятия "место жительства" (чтобы затем применять коллизионную норму, содержащуюся в ст. 1224) те же самые признаки используются **для определения страны**, в которой наследодатель имел место жительства, т.е. проживал постоянно или преимущественно. Страна, в которой наследодатель умер или которую он посетил перед смертью, не может рассматриваться как его последнее место жительства, если он не проживал в ней постоянно или преимущественно.

Место жительства наследодателя, не достигшего совершеннолетия либо находившегося под опекой, определяется специальными правилами (п. 2 ст. 20).

4. Из **международных договоров России**, в которых регламентируется наследование, только Минская конвенция 1993 г. содержит общее правило о статуте наследования, отсылающее к "законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой наследодатель имел последнее постоянное место жительства" (п. 1 ст. 45). Из этого правила сделано изъятие для наследования недвижимости, подчиняющегося законодательству государства, на территории которого недвижимое имущество находится.

Двусторонние договоры о правовой помощи, участником которых является Россия, устанавливают отдельные коллизионные нормы для наследования движимого и недвижимого имущества. При этом если наследование недвижимости все договоры подчиняют праву страны ее местонахождения, то коллизионный вопрос наследования движимого имущества решается по-разному. В то время как большинство договоров связывает наследование движимости с правом страны последнего места постоянного жительства наследодателя, по договорам с Болгарией (п. 1 ст. 32), Венгрией (п. 1 ст. 37), Вьетнамом (п. 1 ст. 35), КНДР (п. 1 ст. 36), Польшей (п. 1 ст. 39) и Румынией (п. 1 ст. 37) эти отношения должны регулироваться законодательством той Договаривающейся Стороны, "гражданином которой был наследодатель" в момент смерти.

5. В международном частном праве других государств отчетливо видны два разных подхода к определению статута наследования.

В европейских странах до принятия Регламента (ЕС) от 4 июля 2012 г. N 650/2012 "О юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений, принятии и исполнении нотариальных актов по вопросам наследования, а также о создании Европейского свидетельства о наследовании" <1> коллизионное право **бóльшей** части этих стран (в том числе Германии, Испании, Италии, Польши) предусматривало применение в качестве **универсального статута наследования** применение права страны, гражданином которой был наследодатель <2>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

<2> Примером наиболее четкого выражения такого подхода может служить ГК Испании, во

вводном разделе которого (в ред. от 31 мая 1974 г. и 15 октября 1990 г.) указано, что "отношения по наследованию регулируются законом гражданства наследодателя, независимо от характера имущества и от того, в какой стране оно находится" (п. 8 ст. 9). В принципе так же решается этот вопрос в законодательстве Венгрии (п. 1 ст. 36 Закона 1979 г. о международном частном праве), Германии (ст. 25 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению в ред. от 21 июня 1994 г.), Греции (ст. 28 ГК), Италии (п. 1 ст. 46 Закона от 31 мая 1995 г. о реформе итальянской системы международного частного права), Польши (ст. 34 Закона от 12 ноября 1965 г.), Португалии (ст. 62 ГК), Чехии и Словакии (§ 17 Закона Чехословакии от 4 декабря 1963 г. о международном частном праве и процессе), бывшей Югославии (п. 1 ст. 30 Закона от 15 июля 1982 г.).

Использование в качестве статута наследования закона гражданства наследодателя избавляет от необходимости решать проблемы квалификации понятий места жительства умершего, его постоянного или последнего места жительства, но ставит вопросы, связанные с изменением гражданства наследодателя (завещателя), отсутствием у него какого-либо гражданства вообще либо, наоборот, наличием двух или нескольких гражданств.

Другое определение статута наследования было свойственно международному частному праву Великобритании, Франции, Румынии. В одних из этих стран законодательство, в других - сложившаяся практика судов стоит на позиции **раздвоения статута наследования**. При этом к наследованию движимого имущества применялось право страны domicile (или, реже, как, например, в Румынии, - закон гражданства) наследодателя, а к наследованию недвижимости - право той страны, где она находится.

Регламент Рим-IV кардинально изменил всю картину коллизионного регулирования наследования. Он не только ввел в право стран - членов ЕС единообразный (унифицированный) статут наследования, но и в принципе сделал его универсальным. Главная из коллизионных норм Регламента ("Общее правило") устанавливает, что "правом, применимым ко всем вопросам наследования в целом, является право государства, в котором умерший имел место постоянного жительства на момент смерти" (п. 1 ст. 21). Но хотя создание единообразного универсального статута наследования было главной целью урегулирования в Регламенте коллизионных вопросов <1>, избежать необходимости предусмотреть из этого статута изъятия, притом весьма существенные, не удалось (см. ниже, [п. 7 § 3](#)).

<1> Как сказано в преамбуле Регламента, "для того, чтобы позволить гражданам воспользоваться с правовой определенностью преимуществами внутреннего рынка, настоящий Регламент должен дать возможность узнать заранее, какое право будет применяться к наследованию. Чтобы избежать противоречивых результатов, необходимо вводить гармонизированные нормы коллизионного права. Основное правило наиболее тесно связано. В целях достижения правовой определенности и во избежание дробления наследования, это право должно регулировать все отношения наследования, иными словами, все отношения по возникновению прав собственности, безотносительно природы имущества и независимо от того, находится ли имущество в другом государстве - члене Европейского союза или в третьем государстве" (п. 37).

Помимо стран - членов ЕС универсальный статут наследования предусмотрен правом ряда

других стран - одних в качестве закона гражданства наследодателя (Алжир, Гана, Египет, Индонезия, Ливан, Марокко, Турция, Япония и др.), других в качестве закона его domicilia (Аргентина, Бразилия, Колумбия, Парагвай, Чили и др.).

Несмотря на явно растущее распространение в международном частном праве универсального статута наследования, значительное число государств, как уже говорилось, сохраняют в своем коллизионном праве **разделение статута наследования** ради применения к наследованию недвижимого имущества закона страны места его нахождения. Это относится к США, большинству государств, придерживающихся англо-американской системы права (Австралия, Индия, Ирландия, Канада, Кения, Кипр, Новая Зеландия, ЮАР), а также ряду других стран (Израиль, Китай, Мадагаскар и др.).

Характерны нормы на этот счет одного из последних по времени издания гражданских кодексов - Гражданского кодекса канадской провинции Квебек (1991 г.): "Наследование движимого имущества регулируется правом последнего domicilia наследодателя, наследование недвижимого имущества регулируется правом места нахождения имущества" (ст. 3098).

Значительным своеобразием отличается решение вопроса о праве, применимом к наследованию, в швейцарском Законе о международном частном праве от 18 декабря 1987 г. - одном из наиболее детальных законов, посвященных этому предмету. В соответствии с ним "наследство лица, имевшего последний domicilia в Швейцарии, подпадает под действие швейцарского права" (п. 1 ст. 90). Если же последний domicilia лица находился за границей, применимое право определяется по нормам коллизионного права страны его последнего domicilia, однако если это лицо было гражданином Швейцарии, применяется швейцарское право (ст. 91).

§ 3. Особенности наследования недвижимости

1. В изъятие из общего коллизионного принципа регулирования наследственных отношений правом страны последнего места жительства наследодателя (абз. 1 п. 1 ст. 1224 ГК РФ) "наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество..." (абз. 2 п. 1 ст. 1224) <1>.

<1> Эта двусторонняя коллизионная норма представляет собой расширенный и дополненный вариант одностороннего коллизионного правила, существовавшего в отечественном законодательстве с 1961 г. в отношении наследования строений (см. п. 3 ст. 127 Основ 1961 г.) и с 1992 г. - в отношении недвижимого имущества вообще (см. п. 3 ст. 169 Основ 1991 г.).

Это правило ст. 1224 ГК РФ распространяется на отношения по наследованию **любого недвижимого имущества**, находящегося в России либо за границей. Понятие недвижимости определено в п. 1 ст. 130 ГК РФ и охватывает прежде всего землю и "все, что прочно связано с землей".

"Наследование недвижимого имущества", которому посвящена содержащаяся в ст. 1224 коллизионная норма, означает **переход по наследству недвижимого имущества, находившегося в собственности наследодателя**. При этом не имеет значения, на каком правовом основании эта

недвижимость стала собственностью наследодателя - была приобретена по договору о ее отчуждении, унаследована, получена в результате обращения на нее взыскания и т.д. Право, регламентирующее наследование недвижимости, определяется на основании п. 1 ст. 1224 даже в тех случаях, когда право собственности на нее приобретено наследодателем на условиях, не исключающих требование о возвращении этого недвижимого имущества его отчуждателю (см., например, п. 2 ст. 599 ГК РФ) <1>.

<1> Право, на основании которого должен решаться вопрос о правомерности оснований приобретения имущества, входящего в состав наследства, должно определяться по правилам ст. 1206 и 1207 ГК РФ.

Определение права, которым должно регулироваться наследование иных, чем право собственности, субъективных **вещных прав** на недвижимость, также подпадает под действие абз. 2 п. 1 ст. 1224 и не регулируется общим правилом, установленным в абз. 1 п. 1 этой статьи.

2. Под действие российского права всегда подпадает наследование "недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации". Несмотря на широкую формулировку, эта норма (абз. 2 п. 1 ст. 1224) имеет практическое значение только для такого имущества, которое хотя и считается "недвижимым", но может тем не менее оказаться за границей (подробнее см. ниже, [п. 5 настоящего параграфа](#)).

3. Все **договоры России о правовой помощи**, предусматривающие развернутую регламентацию наследственных отношений (а таких договоров не менее 20), содержат совпадающие двусторонние коллизионные нормы о наследовании недвижимого имущества. В качестве примера можно сослаться на Договор между Российской Федерацией и Эстонской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенный в 1993 г. и вступивший в силу 19 марта 1995 г., устанавливающий, что "право наследования недвижимого имущества регулируется законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой находится имущество" ([п. 2 ст. 42](#)).

Точно такая же унифицированная коллизионная норма содержится и в **Минской конвенции 1993 г.** (п. 2 ст. 45).

4. Различное решение в коллизионном праве (как в национальном, так и в международных договорах) вопроса о наследовании движимого и недвижимого имущества либо о наследовании "имущества" вообще и о наследовании "недвижимости", как это предусмотрено в российском национальном законе (п. 1 ст. 1224 ГК РФ), рождает проблему **квалификации понятий движимого и недвижимого имущества**.

В действующем российском праве имеется специальное правило для решения этой проблемы: принадлежность имущества к движимым или недвижимым вещам должна определяться "по праву страны, где это имущество находится" (ст. 1205, п. 1 ст. 1205.1 ГК РФ). Если имущество находится в России, то решающее значение для того, чтобы признать его недвижимым или движимым, будут иметь правила ст. 130 ГК РФ, определяющие понятие недвижимых вещей (недвижимого имущества, недвижимости). Это чрезвычайно важное

определение (п. 1 ст. 130) в то же время не исключает того, что "законом к недвижимым вещам может быть отнесено и иное имущество". Примером такого иного недвижимого имущества является **предприятие**, в состав которого могут входить и инвентарь, и права требования, и т.п., но которое тем не менее как имущественный комплекс "признается недвижимостью" (п. 1 ст. 132 ГК РФ). Недвижимостью по российскому праву признаются и **единые недвижимые комплексы** (ст. 133.1 ГК РФ). Таким комплексом признается совокупность объединенных единым назначением **"зданий, сооружений и иных вещей"**, либо связанных между собой физически или технологически, либо расположенных на одном земельном участке. При условии регистрации такого комплекса в государственном реестре прав на недвижимость в качестве единого объекта все входящие в его состав вещи считаются недвижимым имуществом.

5. В связи с проблемой квалификации понятия "недвижимость" необходимо помнить, что по российскому праву к недвижимым вещам относятся также "подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания".

Поскольку суда по своей природе предназначены для движения, привязка их наследования к российскому праву только в зависимости от физического "нахождения в России" в тот или иной момент могла бы привести к совершенно случайным последствиям. Такие объекты недвижимости по закону следует считать находящимися в России, **если они внесены в Российской Федерации в соответствующий государственный реестр**. Этот вывод, делавшийся до издания части третьей ГК РФ только доктриной и практикой, теперь прямо закреплен в п. 1 ст. 1224 в виде односторонней коллизионной нормы. Поэтому независимо от того, в какой географической точке в конкретный момент находится судно, до тех пор, пока оно не исключено в установленном порядке из государственного реестра, ведущегося в Российской Федерации, местом его нахождения должна считаться Россия, а само судно - признаваться недвижимостью и переходить по наследству в соответствии с нормами российского права.

6. Сложнее обстоит дело с квалификацией этих понятий, когда они используются в унифицированных коллизионных нормах международных договоров России. Только в нескольких договорах о правовой помощи - с Вьетнамом (п. 3 ст. 35), Грузией (п. 3 ст. 42), Кубой (п. 3 ст. 31) и Чехословакией (п. 3 ст. 40) - есть совпадающие нормы, указывающие на способ такой квалификации. Например, в Договоре с Вьетнамом сказано, что "вопрос о том, какое наследственное имущество следует считать движимым, а какое недвижимым, решается в соответствии с законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой находится имущество". Разумность такого подхода, соответствующего правилу, установленному в ст. 1205 и п. 1 ст. 1205.1 ГК РФ, дает основания считать, что он может быть использован и при квалификации соответствующих понятий в других договорах, включая Минскую конвенцию 1993 г.

7. Регламент Рим-IV, установив для государств - членов ЕС единообразный универсальный статут наследования, основанный на принципе **lex domicilii**, не делает из этого статута изъятий в отношении наследования недвижимости. Но он допускает такие изъятия в национальном праве входящих в ЕС государств. Статья 30 Регламента предусматривает, что "в тех случаях, когда в праве государства, на территории которого расположены определенные объекты недвижимости, определенные предприятия или другие определенные категории имущества, имеются специальные правила, по экономическим, семейным или социальным соображениям налагающие ограничения на наследование такого имущества, эти правила применяются к наследованию в той мере, в

которой, по праву того государства, они применимы независимо от права, применимого к наследованию".

Это очень важное положение для понимания действительности состояния коллизионного режима наследования в праве государств - членов ЕС. Предусмотренная им возможность особых национальных правил о наследовании в первую очередь, конечно, имеет в виду изъятия из установленного Регламентом "общего правила" (ст. 21), и притом изъятий для "определенных объектов недвижимости, определенных предприятий". Но точный юридический смысл этой нормы позволяет иметь в национальном праве "правила..., налагающие ограничения" также на наследование "других определенных категорий имущества", находящегося на территории государства, устанавливающего ограничения. А ограничения, устанавливаемые в отношении недвижимости или "иных категорий имущества", могут представлять собой исключения не только из универсального статута наследования, но и из других коллизионных норм Регламента.

§ 4. Наследование по завещанию

1. Среди вопросов международного частного права в области наследования значительное место занимают вопросы, связанные с наследованием по завещанию. Их решению посвящен ряд специальных норм как национального законодательства, так и международных договоров. Объясняется это в конечном счете тем, что в основе этого вида наследования лежит сделка (см. п. 5 ст. 1118 ГК РФ). Само завещание - гражданско-правовая односторонняя сделка; сделками являются и акты его изменения и отмены, принятие наследства и отказ от наследства. К тому же в национальном законодательстве предъявляются особые требования к форме этих сделок. Поэтому на практике возникают вопросы дееспособности завещателя, последствий пороков воли, нарушения формы. Общие коллизионные принципы, рассчитанные прежде всего на двусторонние сделки (договоры), оказываются далеко не всегда пригодны по отношению к таким специфическим односторонним сделкам, какими являются завещания и другие допускаемые правом акты распоряжения имуществом на случай смерти.

2. Российские коллизионные нормы, определяющие право, применимое к наследованию, включая наследование по завещанию, так же как и аналогичные нормы права ряда других стран, являются **императивными**. Они не допускают выбор и указание в завещании иного права для наследования, чем то, которое предопределено коллизионными нормами закона. Иными словами, **в международном частном праве России и ряда других стран принцип автономии воли не распространяется на волеизъявления по распоряжению имуществом на случай смерти, т.е. на завещания**. Поэтому, например, с позиций российского права должно быть признано недействительным условие завещания о применении французского или германского права к наследованию дома в Подмоскowie <1>.

<1> В Регламенте ЕС предусмотрено иное решение: "Выбор права в соответствии с настоящим Регламентом должен быть действительным, даже если избранное право не предусматривает выбор права, применимого к наследованию" (п. 40 преамбулы).

Но международное частное право ряда иностранных государств допускает, хотя и с ограничениями, определение самим завещателем права, подлежащего применению к

наследственным отношениям, которые должны возникнуть после его смерти на основе завещания.

В государствах - членах ЕС свобода выбора права, применимого к наследованию, определяется Регламентом Рим-IV. Как сказано в ст. 22 Регламента, "лицо может выбрать в качестве права, регулирующего вопросы его наследования в целом, право того государства, гражданство которого оно имеет на момент совершения выбора и на момент смерти" (п. 1). Хотя норма эта сформулирована как правило общее, относящееся ко всем видам наследования, а статья Регламента озаглавлена "Выбор права", но в ней одновременно установлено, что такой выбор возможен лишь "в виде распоряжения имуществом на случай смерти владельца или явно выражен в условиях такого распоряжения" (п. 3). Это значит, что право, избранное в качестве применимого к наследованию, применимо к нему в тех пределах, в каких наследодатель вправе свободно распоряжаться своим имуществом на случай смерти по правилам национального права соответствующего государства.

По сути, Регламент Рим-IV допускает лишь один вариант изменения установленного им универсального статута наследования - замену права страны, в которой наследодатель имеет место постоянного жительства, правом государства его гражданства. Такое ограничение выбора применимого права вызвано необходимостью "обеспечить связь между умершим и избранным правом и избежать выбора права с намерением воспрепятствовать законным возможностям получения наследства лицами, имеющими право на обязательную долю" (п. 38 преамбулы Регламента).

Немаловажное значение для практического действия и применения правил Регламента о выборе права имеет то обстоятельство, что такой выбор допускается только в отношении **наследования в целом**. Иными словами, в принципе нельзя подчинить одни отношения наследования (в отношении определенных лиц, определенного имущества и т.д.) общему статуту наследования, а другие - праву, избранному наследодателем. Однако это ограничение, очевидно, не действует в случаях, когда Регламент допускает изъятия из своих общих правил для недвижимости и других "определенных категорий имущества" (см. выше, [п. 7 предыдущего параграфа](#)).

За пределами действия этой европейской унификации коллизионных норм о наследовании положения национального права, допускающие подчинение завещателем наследственных отношений праву иному, чем то, которое предусматривается коллизионной нормой закона, отличаются заметным разнообразием. Возможности подчинить наследственные отношения наследодателя иному праву, чем то, применение которого предусмотрено коллизионной нормой, весьма узки. В то же время воспользовавшись даже этим нешироким выбором, в ряде случаев можно кардинально изменить регулирование наследственных отношений.

3. Одной из специальных проблем международного частного права в области наследования является уже упоминавшийся вопрос о **завещательной дееспособности**, т.е. о признании гражданина с точки зрения закона способным составить, изменить или отменить завещание. Сложность этой проблемы связана с ее двойственностью: завещательная дееспособность есть одно из проявлений дееспособности физического лица и в этом качестве входит в содержание его личного статута, но в то же время относится только к сфере наследственных отношений и только в этой сфере проявляется и имеет практическое значение. Результатом такой двойственности является разный подход к решению данной проблемы как в национальном законодательстве, так и в международных договорах.

Действующее в России законодательство предусматривает, что способность лица к составлению и отмене завещания, в том числе в отношении недвижимого имущества, ...определяются по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления такого завещания..." (п. 2 ст. 1224 ГК РФ). Очевидно, что эта норма корреспондирует с основным коллизионным принципом, которым определяется право, применимое к наследованию (п. 1 ст. 1224; см. выше п. 2 § 2 настоящей главы), но может не совпасть с общим правилом, согласно которому дееспособность иностранца определяется его личным законом (п. 1 ст. 1197 ГК РФ), каковым чаще всего будет право страны его гражданства (см. п. 1 ст. 1195). В результате может оказаться, что иностранец, не достигший совершеннолетия по праву своей страны, будет признан в России вполне дееспособным, но будет не вправе составить здесь завещание.

Норму о завещательной дееспособности, аналогичную приведенному правилу российского законодательства, **содержит Минская конвенция 1993 г.** (ст. 47). Однако ни один из двусторонних договоров России о правовой помощи как со странами СНГ, так и с другими государствами не ставит способность завещателя составить, изменить или отменить завещание в зависимость от права страны его domicilia в момент составления завещания. Все эти договоры связывают завещательную дееспособность с законодательством **государства, гражданином которого завещатель является в момент составления завещания** или акта о его отмене ("в момент волеизъявления", как сказано в некоторых договорах). При этом в некоторых из них наряду с этой нормой содержится и условие о предоставлении гражданам другого Договаривающегося государства национального режима в отношении способности составлять и отменять завещание. Такое сочетание не вполне согласующихся между собой правил есть в договорах с Албанией (ст. ст. 35 и 37), Болгарией (ст. ст. 31 и 34), Венгрией (ст. ст. 36 и 39), Вьетнамом (ст. ст. 38 и 41), КНДР (ст. ст. 35 и 38), Кубой (ст. ст. 34 и 37) и Румынией (ст. ст. 36 и 39).

В договорах России с названными государствами, а также в Договоре с Чехословакией (ст. 42) законом страны гражданства завещателя в момент составления завещания или его отмены определяются также "правовые последствия недостатков волеизъявления", т.е. совершения соответствующего завещательного акта с пороками воли. Это правило существенно отличается от общих коллизионных принципов, применимых к односторонним сделкам (ст. 1217 ГК РФ).

4. Требования к **форме завещания**, предъявляемые законодательством разных стран, различаются не только в деталях, но и в ряде случаев принципиально. Если в одних странах (как в России) имеют силу, как правило (за исключением завещаний в чрезвычайных обстоятельствах), лишь завещания, удостоверенные государственными органами или лицами, которых государство уполномочило выполнять эту функцию (публичные завещания - см. ст. ст. 1125, 1127 ГК РФ), то в других (преимущественно в странах, принадлежащих к англо-американской системе права) допускаются и так называемые частные завещания. Но даже когда речь идет о завещаниях одного типа (например, публичных), трудно найти хотя бы несколько государств, в которых требования к форме завещаний полностью совпадали. Все это делает проблему определения права, применимого к форме завещания, исключительно важной.

В действующем российском законодательстве "форма завещания" и "акта его отмены" определяется правом той же страны, по праву которой решается вопрос о завещательной дееспособности (см. подробнее выше, п. 3). Однако даже если форма завещательного распоряжения не соответствует праву страны, где завещатель имел место постоянного жительства

в момент составления завещания или его отмены, завещание (как и распоряжение о его отмене), форма которого соответствует праву страны, где оно составлено, или российскому праву, считается составленным в надлежащей форме (п. 2 ст. 1224 ГК РФ).

В Минской конвенции 1993 г. решение коллизионной проблемы относительно формы завещания и его отмены (ст. 47) очень близко к тому, которое содержится в ст. 1224 ГК РФ. Конвенция не делает каких-либо изъятий для формы завещания недвижимости: форма такого завещания и акта его отмены определяется правом страны domicilia завещателя в момент составления завещания.

Контрольные вопросы

1. Какие многосторонние конвенции содержат нормы международного частного права о наследовании?
2. Какие вопросы наследственного права решаются в двусторонних договорах России с другими государствами о правовой помощи?
3. Каков основной коллизионный принцип российского права, с помощью которого определяется право, применимое к наследованию?
4. В чем состоят особенности наследования недвижимости в международном частном праве?
5. Как решается в российском законодательстве вопрос о праве, применимом к форме завещания?

Рекомендуемая литература

1. Абраменков М.С. Коллизионно-правовое регулирование наследственных отношений в международном частном праве России // Наследственное право. 2008. N 2. С. 29 - 43.
 2. Гражданский кодекс Российской Федерации. Международное частное право: постатейный комментарий к разделу VI / Под ред. П.В. Крашенинникова (автор комментария к ст. 1224 - П.В. Крашенинников). М.: Статут, 2014.
 3. Гражданский кодекс Российской Федерации, часть третья. Раздел VI "Международное частное право". Комментарий и постатейные материалы / Отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004. С. 237 - 246 и др.
 4. Звеков В.П. Международное частное право: Учебник для вузов. 2-е изд. М.: Юристъ, 2004. С. 491 - 504.
 5. Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова / Исследовательский центр частного права. М.: Юристъ, 2002. С. 424 - 497 и др.
 6. Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. 2-е изд. М., 1975. С. 410 - 440.
-

7. Медведев И.Г. Наследственное право. Гл. 19 // Международное частное право / МГИМО, кафедра международного частного права. М.: Статут, 2015. Т. 2. Особенная часть. С. 506 - 565.

8. Рубанов А.А. Заграничные наследства. М., 1975.

Глава 20. КОЛЛИЗИОННОЕ СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

§ 1. Общие вопросы. Источники регулирования. Развитие российского законодательства в области коллизий семейного права

1. Коллизионные вопросы семейных отношений с иностранным элементом имеют особое значение из-за существенных различий в материальном семейном праве отдельных стран. Различия эти отражают национальные особенности и традиции, сложившиеся на протяжении многих лет и поэтому с трудом поддающиеся переменам. Так, по-разному решаются вопросы формы брака (разный порядок его заключения, признание или непризнание браков, заключенных в религиозной форме), условий заключения брака (неодинаковый брачный возраст, допустимость многоженства, запрет вступления в брак с иностранцами и т.п.), личных и имущественных отношений супругов, родителей и детей, порядка и условий усыновления. В связи с этим могут возникать ситуации, когда браки, заключенные в одной стране с соблюдением ее законов, в другой стране оказываются непризнанными из-за невыполнения требований ее законодательства и таким образом вступившие в брак лица не считаются супругами.

С расширением миграции населения и распространением случаев, когда члены семьи - граждане одного государства живут за его пределами, когда имущество супругов находится вне страны, где они живут, с ростом числа смешанных браков и случаев разного гражданства членов семьи вопрос о подлежащем применению семейном праве приобретает особую остроту. Поиски наиболее приемлемых решений ведут к усложнению регулирования, конструированию многочисленных субсидиарных привязок.

Во внутреннем, значительно различающемся законодательстве государств коллизионные нормы семейного права помещаются либо в специальные законы о международном частном праве (Австрия, Бельгия, Болгария, Венгрия, Венесуэла, Италия, Румыния, Тунис, Турция, Чехия, Швейцария и др.), либо в отраслевые акты - семейные кодексы (Вьетнам, Куба, большая часть стран СНГ) или гражданские кодексы (Германия - Вводный закон к ГГУ, Греция, Испания, Перу, Португалия и др.). Способ кодификации (помещение соответствующих норм в гражданский или семейный кодекс) зависит обычно от определения места семейного права в системе права той или иной страны. Но независимо от того, рассматривается ли семейное право как самостоятельная отрасль права или как часть гражданского права, коллизионные нормы семейного права являются нормами международного частного права и изучаются в его составе.

Попытки достичь единообразия в регулировании семейных отношений путем унификации на международном уровне норм материального семейного права не всегда приводят к успеху. Тем большее значение приобретает **унификация коллизионных норм**. В отношениях между иностранными государствами действует ряд посвященных семейным отношениям с участием иностранцев многосторонних конвенций. Важную роль играет здесь Гагская конференция по международному частному праву (в ее работе участвует и Россия). Более трети всех

разработанных и принятых ею конвенций касается коллизионного семейного права. Среди них, например, следующие:

- Конвенция о заключении и признании действительности браков 1978 г.;
- Конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов, 1978 г.;
- Конвенция о гражданских аспектах международного похищения детей 1980 г.;
- Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления (удочерения) от 29 мая 1993 г.;
- Конвенция о юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мерах по защите детей 1996 г.

В отношении получения алиментов из-за границы, помимо четырех Гаагских конвенций (о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, 1956 г.; о признании и исполнении решений в области алиментных обязательств в отношении детей 1958 г.; о праве, применимом к алиментным обязательствам, 1973 г.; касающейся признания и исполнения решений по вопросам алиментных обязательств, 1973 г.), в рамках ООН заключена Нью-Йоркская конвенция от 20 июня 1956 г. о взыскании за границей алиментов.

Большой интерес представляет принятая в Гааге 23 ноября 2007 г. Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи, вступившая в силу в 2013 г. Она заменяет в отношениях между ее участниками упомянутые Нью-Йоркскую конвенцию 1956 г. и две Гаагские конвенции 1973 и 1958 гг., касающиеся взыскания алиментов. Конвенция создает систему взаимодействия органов договаривающихся государств, облегчает подачу заявлений о взыскании алиментов, обеспечивает признание и исполнение решений об алиментах и принятие эффективных мер для их незамедлительного принудительного исполнения.

Одновременно с названной Конвенцией 2007 г. был принят Протокол о праве, применимом к алиментным обязательствам. В нем решаются коллизионные вопросы - определяется право, подлежащее применению к алиментным обязательствам, возникающим из семейных отношений, к отношениям происхождения, брака или родства, включая алиментные обязательства в отношении ребенка независимо от брачного положения родителей (ст. 1).

В рамках Европейского сообщества коллизионное семейное право унифицировано в меньшей степени, чем другие области коллизионного права, хотя достигнуты определенные успехи в создании единых процессуальных норм, относящихся к рассмотрению семейных дел (см. [гл. 22](#)) <1>. Такой подход подвергался определенной критике. Отмечалось, что унифицировать нормы в сфере признания и исполнения решений по семейным делам в отсутствие соответствующих коллизионных норм значит "ставить телегу впереди лошади". Указывалось на необходимость "сцепления воедино друг с другом международного частного и международного гражданского процессуального права" <2>. В настоящее время в рамках ЕС на этом пути есть определенные достижения. Так, в принятом 24 июня 2016 г. Регламенте Совета ЕС N 2016/1103 "О тесном сотрудничестве по вопросам юрисдикции, применимого права, признания и исполнения решений по делам о режиме совместной собственности супругов" разрешены как вопросы

подлежащего применению права, так и вопросы процесса.

<1> См.: Лягард П. Единое общеевропейское регулирование имущественных отношений супругов и наследования // Центр нотариальных исследований: материалы и статьи. Вып. 4. Нотариат в международных отношениях. Екатеринбург, 2003. С. 23 - 48.

<2> Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Кн. первая / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М.: Норма, 2013. С. 313.

2. В России семейное право рассматривается как самостоятельная отрасль права. Это находит выражение в отдельной его кодификации (КоБС РСФСР 1964 г., СК РФ). Однако некоторыми авторами обосновывается и иная, близкая принятой в западной доктрине позиция, согласно которой семейное право - это подотрасль гражданского права, обладающая значительной внутриотраслевой спецификой <1>.

<1> См., например: Антокольская М.В. Семейное право. М.: Юрист, 1999. С. 31.

Коллизионные нормы семейного права традиционно включаются в нашей стране **в основополагающий федеральный отраслевой акт**: КоБС РСФСР (нормы разд. V практически повторяли правила соответствующего разд. V Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье), Семейный кодекс РФ 1995 г.

Последний содержит разд. VII "Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства", значительно расширенный по сравнению с ранее действовавшим.

Будучи помещенными в СК РФ, коллизионные нормы семейного права не могут не подпадать под действие закрепленных в Кодексе общих начал и принципов семейного права (ст. 1 и др.) и взаимодействуют с другими нормами этого Кодекса. Употребленные в коллизионных нормах понятия, если квалификация осуществляется по российскому праву, определяются на основании правил СК РФ (понятия семьи, члена семьи, брака, имущества супругов, усыновления и т.д.). В то же время по своей юридической природе коллизионные нормы семейного права не перестают быть нормами международного частного права и не могут остаться вне действия его общих принципов, нашедших наиболее полное выражение в нормах разд. VI ГК РФ. В СК РФ из таких общих положений, определяющих действие коллизионных норм семейного права, можно указать лишь на две нормы: ст. 166 "Установление содержания норм иностранного семейного права" и ст. 167 "Ограничение применения норм иностранного семейного права". По содержанию они близки соответственно к ст. ст. 1191 и ст. 1193 ГК РФ.

Поскольку СК РФ допускает применение к имущественным и личным неимущественным отношениям членов семьи, не урегулированным семейным законодательством, гражданского законодательства, если это не противоречит существу семейных отношений (ст. 4), **нормы разд. VI ГК РФ могут быть при недостаточности регулирования в Семейном кодексе применены и к семейным отношениям**. Допускается применение гражданского законодательства к семейным

отношениям и по аналогии (ст. 5 СК РФ).

При решении вопросов, связанных с действием коллизионных норм семейного права - а такие вопросы возникают в семейном праве так же, как и в гражданском, - в настоящее время, очевидно, нет иного пути, кроме как использовать регулирование, содержащееся в части третьей ГК РФ, коль скоро сам СК не дает прямого ответа (СК, как отмечалось, говорит лишь о применении оговорки о публичном порядке и об установлении содержания иностранного права). Таким образом, вопрос о квалификации юридических понятий при применении коллизионных норм семейного права должен решаться с учетом правил ст. 1187 ГК РФ, вопрос о применении права страны с множественностью правовых систем - с учетом ст. 1188, взаимности - ст. 1189, о действии норм непосредственного применения (сверхимперативных норм) - ст. 1192, реторсий - ст. 1194 ГК РФ. Что касается обратной отсылки, то ее применение предлагалось считать тоже допустимым в отношении семейных отношений, определяющих правовое положение физических лиц (п. 2 ст. 1190 ГК РФ) <1>. Изменение п. 2 ст. 1190 ГК РФ в 2013 г. <2>, а именно исключение из этого пункта перечня конкретных статей ГК РФ относительно правового положения физических лиц, на которые он распространяется, подтверждает эту позицию.

<1> Подробнее об этом см.: Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев. Правовое регулирование в России. М., 2007. С. 53 - 78.

<2> См.: Закон N 260-ФЗ.

Затронуты семейные отношения с иностранным элементом и в других, кроме СК РФ, актах: в Федеральном законе от 15 ноября 1997 г. N 143-ФЗ "Об актах гражданского состояния" <1>, в Консульском уставе Российской Федерации от 5 июля 2010 г. <2> и др.

<1> СЗ РФ. 1997. N 47. Ст. 5340.

<2> СЗ РФ. 2010. N 28. Ст. 3554.

В литературе широко обсуждается идея общей кодификации норм международного частного права в едином законе, включающем и коллизионные нормы семейного права. Преимущества такой кодификации очевидны. Для коллизионного семейного права это означало бы прямое урегулирование общих вопросов, которые сейчас приходится решать, как уже отмечалось, в основном путем применения норм, содержащихся в части третьей ГК РФ.

3. Источником правового регулирования семейных отношений с участием иностранных граждан являются в России и **международные договоры** - как многосторонние, так и двусторонние. Например, принципиальные положения относительно мер, необходимых для обеспечения защиты ребенка от всех форм дискриминации, независимо от расы, цвета кожи, пола, языка, национального происхождения и каких-либо иных обстоятельств, а также вообще для наилучшего обеспечения интересов ребенка, в частности в отношении права на приобретение гражданства, борьбы с незаконным перемещением и невозвращением детей из-за границы и т.п., включены в действующую в нашей стране Конвенцию о правах ребенка 1989 г. Важное значение

имеют Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международные пакты об экономических, социальных и культурных правах и о гражданских и политических правах 1966 г., Декларация прав ребенка 1959 г., Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Так, принципиальное значение имеет ст. 12 последней из названных Конвенций о праве мужчины и женщины, достигших брачного возраста, на вступление в брак и ст. 5 Протокола N 7 к этой Конвенции, содержащая следующее правило: "Супруги обладают равными правами и равной гражданско-правовой ответственностью в отношениях между собой и своими детьми в том, что касается вступления в брак, во время пребывания в браке и при его расторжении. Настоящая статья не препятствует государствам принимать такие меры, которые необходимы для соблюдения интересов детей" <1>.

<1> СЗ РФ. 2001. N 2. Ст. 163.

В 2000 г. Россия подписала названную выше Гагскую конвенцию о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления от 29 мая 1993 г., но не ратифицировала ее. В этой Конвенции участвует более 70 государств, в том числе Великобритания, Германия, Дания, Канада, Нидерланды, Финляндия, Франция, а также Белоруссия, Грузия, Молдавия. Конвенция допускает заключение странами-участницами и двусторонних договоров, посвященных международному усыновлению. Таков, например, договор России с Италией о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей от 6 ноября 2008 г. (ратифицирован Россией 9 ноября 2009 г.).

С 2011 г. Россия участвует в Гагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей 1980 г., а с 2012 г. - в Конвенции о юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мер по защите детей 1996 г.

Коллизионные нормы семейного права есть в некоторых двусторонних договорах России о правовом статусе российских граждан, постоянно проживающих на территории другого государства, и граждан этого государства, постоянно проживающих в России (договоры России с Казахстаном от 20 января 1995 г., Киргизией от 13 октября 1995 г., Туркменией от 18 мая 1995 г.).

В отношениях России со странами СНГ существенна роль Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г., а также Протокола к ней 1997 г., затронувшего отдельные нормы семейного права. Конвенция содержит значительное число коллизионных норм семейного права. Подписанная странами СНГ, в том числе Россией, 7 октября 2002 г. в Кишиневе Конвенция с тем же названием, что и Минская конвенция 1993 г. (Россия ее не ратифицировала), практически воспроизводит все положения Минской конвенции относительно коллизионного регулирования семейных отношений. Несколько изменены в Кишиневской конвенции лишь некоторые коллизионные привязки, в частности, определяющие право, подлежащее применению к установлению и оспариванию отцовства (ст. 34) и к усыновлению (ст. 40).

Коллизионные вопросы семейного права решены и в ряде заключенных Россией (ранее - СССР) двусторонних договоров о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам: с Албанией, Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, КНДР, Кубой, Монголией, Польшей,

Румынией, Чехословакией (действует для Чехии и Словакии), а также с Азербайджаном, Грузией, Киргизией, Латвией, Литвой, Молдавией, Эстонией. Регулирование коллизий семейного права и круг рассматриваемых в этих договорах вопросов близки к регулированию, содержащемуся в Минской конвенции 1993 г.

И в Минской конвенции, и в двусторонних договорах коллизионные вопросы семейного права разрешены в тесной связи с процессуальными вопросами. Это касается, например, подлежащего применению права и международной подсудности (компетенции судов), признания и исполнения судебных решений. Нужно иметь в виду, что другие (не перечисленные выше) двусторонние договоры России о правовой помощи коллизионных норм, относящихся к семейному праву, не содержат.

9 сентября 1994 г. Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан и Украина заключили межправительственное соглашение о гарантиях прав граждан в области выплаты социальных пособий, компенсационных выплат семьям с детьми и алиментов. Помимо регулирования установленных выплат, соглашение предусматривает, что установление и взыскание (выплата) алиментов гражданам Сторон осуществляется в порядке, предусмотренном национальным законодательством Стороны, на территории которой они проживают. Стороны признают и обеспечивают исполнение судебных решений по алиментным делам.

4. Коллизионные нормы семейного права предназначены для регулирования **осложненных иностранным элементом семейных отношений, понятие которых определено в ст. 2 СК РФ**. К ним относятся нормы, определяющие:

- условия и порядок вступления в брак;
- прекращение брака и признание его недействительным;
- личные неимущественные и имущественные отношения между членами семьи: супругами, родителями и детьми (усыновителями и усыновленными), а в случаях и в пределах, предусмотренных семейным законодательством, - между другими родственниками и иными лицами;
- усыновление.

Отношения в области опеки и попечительства, ранее регулировавшиеся в КоБС РСФСР, ныне как область гражданского права рассматриваются в основном в ГК РФ (ст. ст. 31 - 41). Соответственно, и коллизионная норма об опеке и попечительстве помещена в ГК РФ (ст. 1199).

Привязки в коллизионных нормах семейного права отличаются большой сложностью, и это касается не только российского права. Специфика семейных отношений вынуждает законодателя быть осторожным в выборе тех или иных привязок, в особенности применительно к отношениям, затрагивающим личность человека. В этой области, как и в вопросах личного статуса по гражданским делам, применяется обычно личный закон каждого из участников отношения. Однако СК РФ, в отличие от ГК РФ, не прибегает к общему понятию личного закона, определяя подлежащее применению право отдельно по каждому виду семейных отношений.

Если говорить об основной коллизионной привязке в области семейных отношений, то еще не так давно это была привязка к советскому праву. Коллизионное семейное право нашей страны в советский период основывалось на принципах социалистического права. Особенности советского семейного законодательства приводили к утверждению в коллизионных вопросах начала строгой территориальности, если только иное не устанавливалось в международном договоре. "Территориальность" выражалась в применении (во всех случаях) к семейным отношениям с участием иностранных граждан закона страны суда (*lex fori*). Таким образом, на практике, а позднее и в советском законодательстве нашла отражение позиция о нежелательности действия в России норм "чуждого" советской правовой системе иностранного семейного права, связанная с обособленностью советской правовой системы.

С изменением статуса России в мировом сообществе, переходом к большей открытости общества, закреплением в Конституции РФ новых приоритетов принципиально изменился подход к способу определения права, подлежащего применению к семейным отношениям с иностранным элементом. В новом СК РФ законодатель при выборе привязок принимал во внимание в первую очередь более или менее тесную связь конкретного вида отношений с тем или иным государством, в том числе иностранным. **Сфера использования привязки к закону суда была значительно сужена.** Действительно, жесткое применение к любым семейным отношениям российского законодательства вошло в противоречие с интересами самих участников отношений, в частности российских граждан за границей. Так, неприменение иностранного права вело к тому, что в тех государствах, где определяющим признается закон гражданства супруга, соответствующие акты российских учреждений (например, заключение брака) могли оказаться непризнанными и нереализованными.

В настоящее время в коллизионном семейном праве России место привязки к российскому праву как закону страны суда во многих нормах заняла привязка к **закону страны гражданства** лица. Связь с гражданством признана решающей, например, при определении права, подлежащего применению к условиям заключения брака, к установлению отцовства, усыновлению.

Столь же велико значение и привязки к **закону страны места жительства** лица. Связь с местом жительства учтена, например, при определении личных неимущественных и имущественных прав и обязанностей супругов.

Применяется и отсылка к **праву, избранному самими сторонами** (примером может служить п. 2 ст. 161, относящийся к заключению брачного договора или соглашения об уплате супругами алиментов друг другу).

Сохраняет свое значение, хотя и в меньшем, чем прежде, объеме, отсылка к **закону суда** (например, порядок установления и оспаривания отцовства на территории России определяется законодательством РФ).

Широко используются дополнительные привязки в различных их вариантах. Так, права и обязанности родителей и детей определяются законодательством государства, на территории которого стороны имеют совместное место жительства, а при отсутствии такового - законодательством государства, гражданином которого является ребенок. Здесь основной является привязка к закону страны совместного места жительства сторон, а дополнительной - привязка к закону страны гражданства ребенка.

Во всех случаях законодатель при формулировании коллизионных норм искал решение, в наибольшей степени отражающее связь конкретного отношения с определенной правовой системой. Поиск оптимальных решений, возможно, приведет в будущем к более широкому использованию отсылки к праву, наиболее благоприятному для "слабой" стороны, комбинированному коллизионному регулированию, осуществляемому посредством использования и жестких, и гибких коллизионных принципов <1>.

<1> См.: Федосеева Г.Ю. Алиментные обязательства в международном частном праве // Lex russica. 2007. N 2. С. 378.

Следует отметить, что при коллизионном регулировании семейных отношений учитываются положения ст. 17 Конституции РФ, по которой в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права. Применение коллизионных привязок не должно, в частности, ставить стороны семейных отношений в неравноправное положение. Так, иногда рассматривают как дискриминационную применяемую в некоторых государствах (например, в Иране, Египте, Таиланде) привязку в семейных отношениях к личному закону мужа или отца. Под влиянием широкого признания принципа недискриминации данная привязка уступает место привязке к праву общего гражданства или совместного места жительства супругов либо к праву, с которым отношение наиболее тесно связано (соответствующие изменения были внесены в законодательство Великобритании, Германии, Греции, Испании, Италии, Японии). В России закрепленный в Конституции РФ принцип равенства прав человека независимо от пола строго применяется в коллизионном семейном праве.

Говоря о развитии российского коллизионного семейного права, следует отметить **расширение сферы законодательного регулирования семейных отношений с иностранным элементом**. Тенденция к такому расширению проявлялась и ранее, когда в действовавший тогда Кодекс вносились соответствующие изменения и дополнения. Однако оставались нерешенными вопросы права, подлежащего применению к недействительности брака, личным неимущественным и имущественным отношениям супругов, правам и обязанностям родителей и детей, алиментным обязательствам совершеннолетних детей и других членов семьи. СК РФ восполнил все эти пробелы.

В литературе предлагается включить в СК РФ дополнительно нормы, посвященные общим вопросам действия коллизионных норм, аналогичные тем, которые содержатся в ГК РФ (о квалификации, свехимперативных нормах и др.) <1>. Наилучшим все же, надо думать, является соответствующее урегулирование в едином законе о международном частном праве.

<1> См.: Федосеева Г.Ю. Институт императивных норм и применение ст. 1192 ГК РФ к брачно-семейным отношениям по аналогии закона // Lex russica. Научные труды МГЮА. 2005. N 2. С. 373 - 374.

Расширение законодательного регулирования в данной сфере, дальнейшая детализация и совершенствование коллизионных норм соответствуют и мировым тенденциям.

§ 2. Применение семейного законодательства к отдельным видам семейных отношений с участием иностранцев граждан и лиц без гражданства

1. Заключение брака. Согласно Всеобщей декларации прав человека мужчины и женщины, достигшие совершеннолетия, имеют право без всяких ограничений по признаку расы, национальности или религии вступать в брак и основывать семью. Они пользуются одинаковыми правами в отношении вступления в брак, во время состояния в браке и во время его расторжения. Таким образом, в принципе не должно быть препятствий для вступления в браки с иностранцами.

При заключении браков с иностранцами возникают прежде всего следующие вопросы: **при каких условиях такие браки заключаются и признаются ли браки, заключенные в одном государстве, действительными в других государствах?**

Эти вопросы решаются в праве отдельных стран по-разному. Так, в одних странах, например в Германии, браки считаются действительными, только если они заключены в государственных органах, в других, например в Великобритании, наравне с гражданской формой правовые последствия имеют и церковные браки. В Италии, Польше, Чехии возможна в качестве альтернативной церковная форма брака с обязательной последующей регистрацией в органах записи актов гражданского состояния (загс).

В отдельных странах установлены ограничения или специальные условия для вступления их граждан в брак с иностранцем. По-разному определяются условия, при которых брак может быть заключен: значительно колеблется брачный возраст, по-разному определяется степень родственных отношений, препятствующая браку. В некоторых странах, например в Швейцарии, ограничена возможность вступления в новый брак после развода для виновной в разводе стороны, в Германии и некоторых других странах установлен срок, до истечения которого разведенная женщина или вдова не может вступить в новый брак. В некоторых странах к условиям вступления в брак относятся получение согласия родителей, помолвка, разрешение местных властей. В странах мусульманского права женщины-мусульманки не могут выйти замуж за немусульманина, в этих странах допускается полигамия (многоженство). В настоящее время в Бельгии, Дании, Испании, Нидерландах, Норвегии, Франции, Швеции и ряде других стран допускаются однополые союзы.

Непризнание заключенного в другой стране брака действительным порождает так называемые хромающие браки. От применения при вступлении в брак граждан разных государств законодательства того или иного государства зависит иногда само существование брака.

Коллизионные нормы отдельных государств относительно заключения брака весьма разнообразны. Однако можно сказать, что к форме брака чаще всего применяется право страны места заключения брака (при различии подходов к определению права, подлежащего применению к форме брака, заключенного за границей). К материальным условиям вступления в брак во многих странах применяется личный закон будущих супругов, понимаемый либо как закон страны гражданства, либо как закон места жительства вступающих в брак лиц. Например, согласно ст. 27 Закона Италии 1995 г. о реформе итальянского международного частного права наличие дееспособности для вступления в брак, а также другие условия, соблюдение которых необходимо для заключения брака, определяются в соответствии с национальным законом каждого лица,

вступающего в брак, на момент заключения брака.

Применение к условиям вступления в брак личного закона связано с устойчивостью, стабильностью этой привязки, отражающей связь лица с его государством. Но в ряде государств (большинство штатов США, страны Латинской Америки, Скандинавские страны, ЮАР и др.) используется другой критерий - место заключения брака.

В международных договорах, заключаемых иностранными государствами, содержатся, как правило, коллизионные нормы - договориться о принятии унифицированных материальных норм семейного права обычно не удается. Таких договоров немного. Это Гагская конвенция о заключении и признании действительности браков от 14 марта 1978 г. (вступила в силу в 1991 г.). Форма брака подчинена здесь праву государства места заключения брака, в отношении условий вступления в брак применяется при соблюдении определенных требований отсылка к праву места заключения брака, в определенных случаях допускается и отсылка к национальному праву будущих супругов (Конвенция о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков (Нью-Йорк, 10 декабря 1962 г.), Кодекс Бустаманте 1928 г.).

В России нет никаких препятствий для заключения браков иностранных граждан, поскольку последние в принципе приравниваются в правах к российским гражданам. Сказанное относится и к лицам без гражданства. При этом законодательство РФ не требует от российских граждан получения разрешения на вступление в брак с иностранцами.

Факт заключения брака не влияет на гражданство супругов. Статья 8 Федерального закона "О гражданстве Российской Федерации" гласит: "Заключение или расторжение брака гражданином Российской Федерации с лицом, не имеющим гражданства Российской Федерации, не влечет за собой изменение гражданства указанных лиц". Это правило полностью соответствует положениям Конвенции о гражданстве замужней женщины 1957 г. (Россия в ней участвует), предусматривающей, что ни заключение, ни расторжение брака с иностранцем, ни перемена гражданства мужем во время существования брачного союза не будут автоматически отражаться на гражданстве жены. Вместе с тем Конвенция допускает возможность приобретения иностранкой гражданства мужа по ее просьбе в упрощенном порядке натурализации.

Форма брака с иностранцами, заключаемого на территории России, определяется по российскому законодательству (ч. 1 ст. 156 СК РФ). Это значит, что брак должен заключаться в органах записи актов гражданского состояния. Браки, совершенные в России по религиозным обрядам, на основе обычаев, не порождают правовых последствий.

Российским законодательством определяется в России **и порядок заключения браков** с иностранными гражданами: брак совершается в личном присутствии лиц, вступающих в брак, по истечении определенного срока, в порядке, установленном для государственной регистрации заключения брака Федеральным законом "Об актах гражданского состояния" (ст. 27). Как видно, коллизионная норма о форме брака - односторонняя: Закон не говорит о форме браков, заключенных за пределами нашей страны. Однако такие браки признаются в России, если при заключении брака было соблюдено законодательство, действующее в месте совершения брака.

Коллизионные вопросы формы брака нашли отражение в международных договорах с участием России. Согласно договорам о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам форма заключения брака подчиняется обычно законодательству государства, на

территории которого он заключается. В целом это регулирование совпадает с правилом ст. 156 СК РФ. Минская же конвенция 1993 г. вопросы формы брака оставляет открытыми.

Следует остановиться на **условиях заключения брака** на территории России. Коллизионные вопросы условий заключения брака решаются по-иному, чем вопросы формы брака. Здесь действует следующая коллизионная норма: **условия заключения брака на территории России определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого является лицо** (ч. 2 ст. 156 СК РФ). Например, при заключении в России российской гражданкой брака с гражданином Бельгии в отношении последнего должны быть соблюдены требования бельгийского законодательства о брачном возрасте, необходимости согласия на вступление в брак, препятствиях к браку, а в отношении российской гражданки - требования ст. ст. 12 - 15 СК РФ. Как видно, избранный российским законодателем критерий соответствует мировой практике.

Если в России заключается брак двух иностранных граждан, к каждому из них должно применяться законодательство страны его гражданства. Факт принадлежности лица к гражданству того или иного государства определяется на момент заключения брака. Тем самым исключаются возможные споры по поводу подлежащего применению законодательства в случае изменения супругами гражданства.

Следует вместе с тем иметь в виду, что помимо учета подлежащего применению закона страны гражданства супруга - иностранного гражданина в отношении условий вступления в брак **необходимо соблюдение и некоторых правил российского законодательства**, а именно ст. 14 СК РФ, касающейся обстоятельств, препятствующих заключению брака (не допускается брак с лицом, уже состоящим в браке, между близкими родственниками и др.). Что касается других условий заключения брака, предусмотренных СК РФ, например правила о брачном возрасте (ст. 13), то соблюдения их в данном случае закон не требует. Поэтому возможно заключение браков и с лицами моложе 18 лет, если это правомерно по законодательству иностранного государства, гражданином которого является супруг.

Например, при заключении в России брака между российским гражданином и болгарской гражданкой условия заключения брака для российского гражданина будут определяться по ст. ст. 12 - 15 СК РФ, а для болгарской гражданки - по семейному законодательству Болгарии, в том числе по нормам о брачном возрасте и о препятствиях к заключению брака. Но, кроме того, необходимо констатировать отсутствие для болгарской гражданки препятствий к браку, предусмотренных российским законом (ст. 14 СК РФ).

Однако, как отмечается в литературе ^{<1>}, если законодательство иностранного государства предусматривает чрезвычайно низкий брачный возраст, регистрация такого брака может быть отвергнута на основании противоречия российскому публичному порядку.

<1> Канашевский В.А. Международное частное право. М., 2016. С. 821.

В ходе применения коллизионной нормы, отсылающей в отношении условий вступления в брак к законам страны гражданства супруга, могут возникать трудности при наличии у этого супруга нескольких гражданств. Закон какого государства должен быть в этом случае применен?

Семейный кодекс РФ отвечает на этот вопрос: если одно из гражданств - российское, применению подлежит законодательство РФ. Ссылка российского гражданина на имеющееся у него гражданство иностранного государства, подтвержденная соответствующими документами, в этом случае не должна влечь применение иностранного законодательства. При наличии двух (нескольких) гражданств, ни одно из которых не является российским, подлежащее применению законодательство определяется по выбору обладателя иностранных гражданств. Не требуется устанавливать, с каким государством лицо более тесно связано, - выбор законодательства принадлежит исключительно самому вступающему в брак. При этом он не должен обосновывать свой выбор; однако выбор ограничен законодательством тех государств, гражданином которых является лицо.

Что касается **лиц без гражданства**, то, поскольку такие лица наиболее тесно связаны с государством, где они постоянно проживают, условия заключения их браков в России закон (п. 4 ст. 156 СК РФ) подчиняет законодательству государства, в котором они имеют постоянное место жительства. Если лицо без гражданства постоянно проживает в России, условия вступления в брак будут для него определяться по российскому законодательству, если же оно находится здесь временно - по законам государства, где оно имеет постоянное место жительства.

В Минской конвенции 1993 г. и в большинстве двусторонних договоров о правовой помощи, где рассматриваются коллизионные вопросы семейного права, предусмотрено, что условия вступления в брак определяются по закону страны гражданства будущего супруга с соблюдением при этом требований законодательства государства, на территории которого заключается брак, в отношении препятствий к браку (договоры с Азербайджаном, Вьетнамом, Кубой, Эстонией и т.д.). Следует отметить особенность Минской конвенции 1993 г., предоставляющей правовую защиту не только гражданам стран-участниц, но и другим лицам, если они проживают на территории этих стран. В отношении таких лиц, вступающих в брак, решаются и коллизионные вопросы. В этом случае подлежит применению законодательство государства, где лицо без гражданства имеет постоянное место жительства, с соблюдением в отношении препятствий к браку и требований законодательства государства, где заключается брак. Так, при заключении в Москве брака между лицом без гражданства, постоянно проживающим в Киеве, и российской гражданкой, проживающей в Москве, загс по месту жительства невесты должен определять условия вступления в брак для будущего супруга по украинскому законодательству с применением также правил ст. 14 СК РФ в отношении обстоятельств, препятствующих заключению брака.

В случае расхождения в регулировании условий заключения брака в российском законодательстве и в соответствующем международном договоре РФ должны применяться правила договора. Например, при заключении в Москве брака между финским гражданином и российской гражданкой условия заключения брака для финского гражданина будут определяться на основании п. 2 ст. 22 Договора с Финляндией о правовой защите и правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, т.е. по российскому законодательству, а не по законодательству страны гражданства будущего супруга, как это предусмотрено в п. 2 ст. 156 СК РФ.

Возможно ли заключение на территории России так называемых **консульских браков**? Семейный кодекс РФ допускает заключение на территории России браков иностранных граждан в дипломатических представительствах и консульских учреждениях соответствующих иностранных государств. Такие браки признаются в России действительными при соблюдении одновременно

двух условий:

- 1) если имеется взаимность;
- 2) если супруги в момент заключения брака являлись гражданами иностранного государства, назначившего посла или консула.

Взаимность считается соблюденной, если в государстве, которое назначило посла или консула, зарегистрировавшего брак, признаются действительными браки, заключенные в российских дипломатических представительствах или консульских учреждениях. Взаимность может вытекать из законодательства соответствующего иностранного государства или из заключенных Россией международных договоров.

Другое из названных выше условий действительности консульских браков исключает возможность признания "смешанных" консульских браков: требуется, чтобы оба супруга имели гражданство именно того иностранного государства, которое назначило посла или консула.

Признавая консульские браки действительными, российские учреждения не рассматривают вопрос о том, соблюдены ли предусмотренные нашим законом условия действительности брака. Эти условия всецело определяются соответствующим иностранным законом.

Для проживающих за границей российских граждан обычный порядок - заключение браков **в дипломатических представительствах или консульских учреждениях Российской Федерации** в соответствующем иностранном государстве. Если государство пребывания консула признает действительными консульские браки лиц, из которых только одно имеет гражданство Российской Федерации, консул обычно регистрирует и такие браки. При заключении подобных браков консул применяет российское законодательство, в том числе российские коллизионные нормы. Право консулов регистрировать браки, как и другие акты гражданского состояния, предусмотрено в ряде консульских конвенций, заключенных Россией с иностранными государствами. О полномочиях консульских учреждений России осуществлять государственную регистрацию заключения брака говорится и в ст. 5 Федерального закона "Об актах гражданского состояния".

Российские граждане могут заключать браки вне пределов России и **в компетентных органах иностранных государств**. Речь идет о браках между двумя российскими гражданами, между российскими и иностранными гражданами или лицами без гражданства. Заключенные в органах иностранных государств браки признаются в России действительными при условии соблюдения законодательства государства места заключения брака (ст. 158 СК РФ). Имеются в виду предписания этого законодательства о форме и условиях вступления в брак. Поэтому, например, брак, заключенный в религиозной форме в стране, где такие браки имеют юридическую силу, должен считаться действительным и в России.

Указание в ст. 158 СК РФ на законодательство государства, на территории которого заключается брак, следует понимать как ссылку на всю совокупность относящихся к заключению брака норм этого государства, включая и коллизионные. Если, например, законодательство иностранного государства предписывает применение (к условиям заключения брака) законов страны гражданства супруга и поэтому к будущему супругу - российскому гражданину в этом государстве применены российские законы, законодательство страны места заключения брака

будет считаться соблюденным и брак будет признан в России. Подчеркнем, что в ст. 158 СК РФ речь идет о **признании** браков в России, никаких коллизионных норм эта статья не содержит.

Для признания в России заключенных за границей браков действительными требуется соблюдение еще одного условия: должны отсутствовать предусмотренные ст. 14 СК РФ обстоятельства, препятствующие заключению брака. Например, если будет установлено, что жених на момент заключения брака уже был женат, совершенный за границей брак не будет считаться в России действительным, даже если законодательство места вступления в брак не видит в этом препятствия к заключению брака. В то же время недостижение одним из супругов брачного возраста, предусмотренного ст. 13, не может повлечь отказ в признании брака действительным в России, если соблюдены законы соответствующего государства о брачном возрасте.

Применительно к бракам, заключенным за пределами России между иностранными гражданами, нормы российского законодательства более мягкие: не требуется соблюдать предписания российского законодательства в отношении препятствий к браку, достаточно соблюдения соответствующего иностранного законодательства. А потому, если это последнее допускает, например, вступление в брак при наличии другого брака, в принципе нет оснований для непризнания в России брака двух иностранных граждан, один из которых к моменту заключения брака уже состоял в другом браке.

Что касается однополых союзов, заключенных иностранцами в странах, где они допускаются, то они, не являясь в России в соответствии с нашим семейным законодательством браками (брак согласно ст. 1 СК РФ - это брачный союз мужчины и женщины), не могут быть признаны в качестве таковых. Возможен и иной подход - отказ в признании заключенных за рубежом однополых браков (союзов, партнерств) с использованием концепции публичного порядка <1>.

<1> См.: Канашевский В.А. Международное частное право. С. 825.

Признание заключенного за границей брака действительным в России означает, что он будет иметь такую же юридическую силу, как и брак, заключенный на территории России, с вытекающими отсюда последствиями.

Документы, выданные компетентными органами иностранных государств в удостоверение актов гражданского состояния (в том числе и заключения брака), совершенных вне пределов России по законам иностранных государств (т.е. в соответствии с иностранным правом и по установленной форме), признаются действительными в России при наличии их легализации, если иное не установлено международным договором РФ или федеральным законом (подробнее о легализации см. § 4 гл. 22).

2. Недействительность брака. С изменением в законодательстве коллизионной нормы относительно заключения брака изменился и подход к определению условий его недействительности. Недействительность брака, заключенного на территории России или за ее пределами, определяется законодательством, которое в соответствии со ст. ст. 156 и 158 СК РФ применялось при заключении брака.

Так, если при заключении брака в России подлежало применению российское законодательство (к форме и порядку заключения брака, к условиям заключения брака российского гражданина, к препятствиям к заключению брака иностранного гражданина), недействительность брака с точки зрения формы и порядка, а также условий заключения брака российского гражданина будет определяться по российскому законодательству.

Если при заключении брака на территории России применялось иностранное законодательство, например условия заключения брака определялись для супруга - иностранного гражданина по законодательству государства, гражданином которого он является, то брак может быть признан недействительным в связи с нарушением подлежавших применению норм соответствующего иностранного законодательства об условиях вступления в брак.

При признании в России недействительными браков, заключенных за пределами Российской Федерации, определяющим считается законодательство, которое применялось при заключении брака.

Признание иностранных решений о недействительности брака осуществляется в России согласно ст. 415 ГПК РФ (см. подробнее [гл. 22](#)).

Коллизионные нормы о недействительности брака содержат те заключенные Россией договоры о правовой помощи, в которых определено право, подлежащее применению к заключению брака. Договоры, как и Минская конвенция 1993 г., предусматривают, что по делам о признании брака недействительным применяется законодательство государства, которое применялось при заключении брака. Как видно, способ решения коллизионного вопроса здесь тот же, что и в российском законодательстве. Аналогичный принцип действует, как правило, и в иностранных государствах.

3. Расторжение брака. Различия в регулировании расторжения брака в отдельных государствах приводят нередко к ситуациям, когда брак, расторгнутый в одном государстве, продолжает считаться существующим в другом. Это связано прежде всего с тем, что, несмотря на реформирование семейного права и введение в конце прошлого века института развода и в католических странах, в отдельных государствах развод не допускается и сейчас (например, в некоторых странах Латинской Америки). В ряде стран возможность развода ограничена строго установленными в законе случаями (Великобритания, Италия и др.). Есть специфика в подходе к расторжению брака в мусульманских странах. Тем большее значение приобретает коллизионное регулирование.

В праве иностранных государств к расторжению брака применяется либо закон гражданства супругов (ряд стран континентальной Европы), либо закон места жительства супругов или закон страны суда (Англия, США и др.). Однако применяются и многочисленные и разнообразные дополнительные привязки. Расширяющая в последние годы сферу своего применения в семейном праве привязка к обычному проживанию лица используется, хотя и в небольшом объеме, и в области расторжения брака. Применяется и отсылка к праву, с которым отношение наиболее тесно связано. Например, обновленный Закон Кореи о международном частном праве 2001 г. исходит из применения права государства, гражданами которого являются оба супруга, при отсутствии такового - права места, где оба супруга обычно проживают, а при отсутствии и этого - права места, с которым супруги наиболее тесно связаны. В то же время если один из супругов является гражданином Кореи, имеющим обычное местопребывание в этом государстве, расторжение брака

подчиняется корейскому праву.

Из международных договоров иностранных государств, касающихся расторжения брака, можно назвать, например, Гаагскую конвенцию о признании разводов и решений о раздельном жительстве супругов 1970 г., а также Кодекс Бустаманте 1928 г. В странах Европы процессуальные аспекты рассмотрения споров о разводе, установлении раздельного жительства супругов и признании брака недействительным, в частности, определение подсудности и признание вынесенных решений, нашли отражение в Регламенте Совета ЕС N 2201/2003 от 27 ноября 2003 г. (Брюссель-II). Коллизионных норм данный Регламент не содержит. Однако такие нормы есть в упомянутом выше Регламенте ЕС N 1259/2010 о тесном сотрудничестве в отношении права, применимого к разводам и раздельному проживанию, от 20 декабря 2010 г. - так называемом Регламенте Рим-III, вступившем в силу в 2012 г. Основная коллизионная привязка, использованная в этом акте, - выбор права сторонами (с некоторыми ограничениями выбора права того или иного государства). При отсутствии выбора права сторонами предлагается применять закон страны места совместного проживания супругов на момент рассмотрения дела в суде; если супруги не имеют в этот момент совместного места жительства - закон страны места последнего совместного проживания; допускается субсидиарное применение и закона страны общего гражданства супругов или закона страны места рассмотрения спора.

В России браки с иностранными гражданами расторгаются на общих основаниях: согласно ст. 160 СК РФ расторжение браков между гражданами России и иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также браков между иностранными гражданами производится в соответствии с российским законодательством. Здесь выражен принцип применения закона страны суда. Место заключения брака и место жительства супругов с точки зрения российской коллизионной нормы решающего значения не имеют.

Таким образом, при расторжении в России брака супругов - граждан, например Франции, будут применяться правила ст. ст. 16 - 26 СК РФ. В России такой брак, если принято решение о его расторжении, считается расторгнутым. Вопрос же о признании его расторгнутым за границей будет решаться в зависимости от того, допускается ли в соответствующем иностранном государстве, в частности во Франции, признание расторжения за границей браков собственных граждан.

Российские граждане, проживающие за границей, имеют возможность расторгнуть брак с проживающим за границей супругом независимо от его гражданства, во-первых, **в российском суде.** Такую возможность предусматривал и ранее действовавший КоБС РСФСР. Суд в этом случае применяет при расторжении брака российское семейное законодательство.

Во-вторых, российские граждане, проживающие за границей, могут расторгать браки **в дипломатических представительствах и консульских учреждениях России,** если речь идет о браке, расторжение которого по российскому законодательству возможно в органах записи актов гражданского состояния (загс). Для принятия консулом заявления о расторжении брака необходимо, чтобы хотя бы один из супругов - российских граждан постоянно проживал за границей. Кроме того, необходимо взаимное согласие супругов, не имеющих несовершеннолетних детей, и совместное заявление супругов, поданное в консульское учреждение России по месту жительства супругов или одного из них.

Расторжение брака возможно, в-третьих, **в компетентных органах иностранных**

государств. Их решения признаются в России действительными и в том случае, когда речь идет о супругах - российских гражданах, и тогда, когда один из супругов имеет российское, а другой - иностранное гражданство, и тогда, когда оба супруга - иностранные граждане.

Признание в России иностранных решений о расторжении таких браков наш закон, однако, связывает с определенным условием: установлением того факта, что органом, вынесшим решение, было соблюдено законодательство его государства о компетенции и подлежащем применению праве. При невыполнении этого условия решение может оказаться в России непризнанным. Если, например, расторжение брака отнесено законодательством страны места расторжения брака к ведению судов, компетентным нужно считать суд, а не какой-либо другой орган.

Следует также иметь в виду, что ст. 415 ГПК РФ связывает признание подобных решений с фактом проживания обоих супругов (если они граждане РФ) или хотя бы одного из них (при разном гражданстве) за пределами Российской Федерации.

Наличие признанного иностранного решения о расторжении брака дает основания считать супругов разведенными. При этом закон не содержит норм, требующих государственной регистрации в России расторжения брака, произведенного иностранным судом (в порядке, установленном для государственной регистрации актов гражданского состояния). Лицо, брак которого расторгнут решением иностранного суда, может, ссылаясь на это решение, вступить в России в новый брак.

В международных договорах России, касающихся расторжения брака, обычно унифицируются, как и в отношении заключения брака, по общему правилу не материальные семейно-правовые нормы, а нормы коллизионные.

Минская конвенция 1993 г. (ст. 28) предписывает применять по делам о расторжении брака законодательство государства, гражданами которого являются супруги в момент подачи заявления; если супруги имеют гражданство разных государств, применяться должно законодательство государства, учреждение которого рассматривает дело о расторжении брака, т.е. **lex fori**.

Как видно, правила Минской конвенции расходятся с правилами рассмотренной выше ст. 160 СК РФ. Поэтому, если, например, расторгается брак украинской гражданки, проживающей в Москве, с украинским гражданином, проживающим в Киеве, российский суд по месту жительства истицы должен применить не ст. 160 СК РФ, отсылающую в этом случае к российскому праву, а ст. 28 Минской конвенции, отсылающую к украинскому законодательству как праву страны, гражданами которой являются оба супруга.

Вопрос о толковании статей 28 и 29 Минской конвенции 1993 г. явился предметом рассмотрения Экономического суда СНГ и нашел отражение в принятом им решении от 15 января 2002 г. <1>. Суд подчеркнул, что при расторжении брака супругов, имеющих гражданство одного государства, "в соответствии с пунктом 1 статьи 28 Конвенции применяются материально-правовые нормы государства - участника Конвенции, гражданами которого они являются, независимо от того, компетентными учреждениями какого государства рассматривается дело". Суд признал "противоречащими указанному правилу Конвенции случаи, когда вопрос о расторжении брака между супругами, являющимися гражданами другого государства, разрешался на основании законодательства о браке и семье государства, судебное учреждение которого

рассматривало дело". Одновременно Экономический суд принял решение о толковании п. 1 ст. 29 Конвенции относительно компетенции судов по рассмотрению дел о расторжении брака супругов - граждан одной страны (см. об этом [§ 2 гл. 22](#)).

<1> См.: решение Экономического суда СНГ от 15 января 2002 г. N 01-1/3-2001 о толковании пункта 1 статьи 29 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанной государствами - членами СНГ 22 января 1993 г. в Минске.

В заключенных Россией двусторонних договорах о правовой помощи также используются привязки к закону страны гражданства супругов и к закону суда. Например, в Договоре России с Вьетнамом предусмотрено, что по делам о расторжении брака применяется законодательство Договаривающейся стороны, гражданами которой являются супруги в момент подачи заявления; если один из супругов является гражданином одной, а второй - другой Договаривающейся стороны, применяется законодательство Стороны, в учреждение которой подано заявление. Одновременно с решением коллизионных вопросов договоры разграничивают и компетенцию учреждений, принимающих решение о разводе.

Договоры о правовой помощи, как и Минская конвенция 1993 г., регулируют и признание в договаривающихся государствах решений о разводе, вынесенных в другом государстве.

4. Отношения между супругами. Коллизионные нормы об отношениях супругов (их неимущественные и имущественные права и обязанности) во многих странах определяются по праву государства, гражданами которого являются оба супруга (Австрия, Германия, Италия, Польша, Португалия и др.). При разном гражданстве супругов в ряде стран в вопросах их личных отношений применяется отсылка к праву последнего общего гражданства, а при его отсутствии - к праву государства, с которым супруги наиболее тесно связаны (Греция), либо к праву места совместного проживания супругов (Болгария, Италия), либо, наконец, к национальному закону мужа (Таиланд).

В других странах основной привязкой в таких отношениях служит не гражданство, а место жительства супругов (Великобритания, Китай, Франция, Чехия, Швейцария, Эстония и др.).

В вопросах имущественных отношений супругов часто применяются другие отсылки, чем те, которые применяются к личным неимущественным отношениям. В данной сфере велико значение выбора права самими сторонами (супругами). Так, согласно Закону Швейцарии о международном частном праве режим имущественных отношений супругов определяется по общему правилу правом, избранным супругами. Если супруги не избрали права, их имущественные отношения определяются правом государства, в котором супруги имеют совместное место жительства, а если они имеют место жительства в разных государствах - правом государства, где они имели последнее совместное место жительства; если супруги никогда не имели совместного места жительства, применяется право их общего гражданства, а при отсутствии такового - швейцарское право. Близко к этому регулирование, например, в законах о международном частном праве Бельгии, а также Болгарии, Турции, Эстонии, где основным правилом является применение к имущественным отношениям супругов избранного ими права. Различия в законодательстве тех стран, где допускается выбор права, подлежащего применению к имущественным отношениям

супругов, связаны обычно со степенью свободы супругов в выборе того или иного права. Если, например, в Австрии и Великобритании речь идет о полной автономии воли супругов, то в Бельгии, Германии, Италии, Китае, Швейцарии, Японии и ряде других стран существуют определенные ограничения. Есть и страны, где отрицается любая автономия воли (например, Греция, Дания, Иран, Египет).

Даже столь краткий обзор показывает сложность и разнообразие коллизионных норм в сфере отношений между супругами. Стремление к их унификации привело к заключению **Гаагской конвенции о праве, применимом к режимам собственности супругов**, от 14 марта 1978 г. (вступила в силу в 1992 г.). Основное назначение содержащихся в Конвенции норм - расширение возможности выбора супругами права, подлежащего применению к режиму супружеского имущества <1>. Взаимные алиментные обязательства супругов урегулированы в **Гаагской конвенции о праве, применимом к алиментным обязательствам**, 1973 г. Из Конвенции следует, что закон, подлежащий применению к разводу, регулирует в договаривающихся государствах и алиментные обязательства разводящихся супругов.

<1> Комментарий к данной Конвенции см.: Медведев И.Г. Имущественные отношения супругов и наследование. М., 2007. С. 12 - 46.

Распространяются на алиментные обязательства супругов и уже упоминавшаяся **Гаагская конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи** 2007 г. и дополнительный к ней **Протокол о праве, применимом к алиментным обязательствам**, от того же года.

Основное коллизионное правило сформулировано в ст. 3 Протокола: алиментные обязательства регулируются правом государства обычного места жительства кредитора, если только Протоколом не предусмотрено иное; в случае изменения обычного места жительства кредитора закон государства нового места жительства применяется с момента изменения места жительства. В отношении супругов и бывших супругов установлено и специальное правило: указанная ст. 3 не применяется, если одна из сторон возражает, и право другого государства, в частности государства их последнего общего места жительства, более тесно связано с брачными отношениями. В этом случае подлежит применению право этого другого государства.

Кроме того, в Протоколе предусмотрена возможность выбора права самими сторонами: согласно ст. 7 стороны могут явно определить в целях ведения конкретного производства в данном государстве право этого государства в качестве применимого к алиментному обязательству. Соглашение о выборе права оформляется до начала производства, как правило, в письменной форме.

Наконец, специальная статья (ст. 8) предусматривает возможность выбора сторонами в любое время одного из следующих правопорядков: права страны гражданства любой из сторон, права страны места жительства любой из сторон, права, избранного сторонами или фактически примененного к режиму их собственности, права, избранного сторонами или фактически примененного к их разводу или юридическому разлучению. Вместе с тем право, избранное сторонами, не применяется, если его применение привело бы к явно несправедливым или необоснованным последствиям для любой из сторон (п. 5 ст. 8 Протокола).

Приведенные правила Протокола показывают направление развития коллизионного регулирования алиментных обязательств, в частности взаимных обязательств супругов. Заклучая в 2007 г. указанную Конвенцию и Протокол, государства стремились усовершенствовать регулирование, установить, как указано в Преамбуле к Конвенции, результативный, доступный, быстрый, эффективный, гибкий и справедливый порядок.

Для европейских стран существенно принятие Регламента Совета ЕС N 2016/1103 "О тесном сотрудничестве по вопросам юрисдикции, применимого права, признания и исполнения решений по делам о режиме совместной собственности супругов" от 24 июня 2016 г. <1>, где разрешены, в частности, коллизионные вопросы отношений супругов по поводу их совместного имущества. Под брачным договором понимается любое соглашение между супругами или будущими супругами, с помощью которого они устанавливают имущественные отношения между собой (алиментные обязательства из сферы действия Регламента исключены). Таким образом, автономия воли - основной принцип для определения права, подлежащего применению к имущественным отношениям супругов. На случай отсутствия выбора права сторонами в Регламенте сформулирована общая коллизионная норма, согласно которой определяющим является право страны первого совместного места жительства супругов. В качестве субсидиарных привязок используется отсылка к закону страны гражданства, а также страны, с которой отношения имеют тесную связь. Регламент исходит из единства режима имущества супругов (его нормы применяются как к движимому, так и недвижимому имуществу).

<1> Подробнее о работе над проектом данного Регламента, в частности, см.: Марышева Н.И., Муратова О.В. Брачный договор в международном частном праве // Отдельные виды обязательств в международном частном праве / Отв. ред. Н.Г. Доронина, И.О. Хлестова. М., 2014. С. 334 - 352.

В **России** коллизионная норма о праве, подлежащем применению к отношениям супругов, до недавнего времени отсутствовала. При отсутствии регулирования суды, независимо от гражданства и места жительства супругов, применяли российское законодательство.

Пробел в законодательстве был восполнен в п. 1 ст. 161 СК РФ. При выборе коллизионной привязки было учтено, что применение на практике во всех случаях российского права в качестве закона суда (**lex fori**), как правило, не является отражением наиболее тесной связи отношений между супругами с правом того или иного государства. Эту связь в большей мере отражает отсылка либо к закону страны гражданства супругов, либо к закону страны, где они совместно проживают. В СК РФ выражен **"территориальный" подход**: личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов определяются, согласно указанной статье, законодательством государства, **на территории которого они имеют совместное место жительства**, а при его отсутствии - законодательством государства, на территории которого они имели последнее совместное место жительства. Если же супруги не имеют и не имели совместного места жительства, их личные и имущественные права определяются на территории России законодательством РФ.

Таким образом:

1) подлежащее применению право определено на основании "территориального" критерия - гражданство супругов не принимается во внимание;

- 2) основная коллизионная привязка дополняется другими на случай, когда супруги не имеют или никогда не имели совместного места жительства;
- 3) сфера применения закона суда (**lex fori**) значительно сужена;
- 4) подлежащее применению в силу коллизионной нормы право меняется при изменении места, где супруги совместно проживают (например, при переезде обоих в другое государство);
- 5) личные неимущественные и имущественные отношения супругов определяются одной и той же коллизионной нормой.

Так, к личным и имущественным отношениям супругов - болгарских граждан, проживающих совместно в Москве, подлежит применению российское законодательство; при совместном переезде этих супругов на постоянное жительство в другое государство (в Болгарию или др.) к их отношениям будет применяться законодательство этого государства.

Примером может служить рассмотрение в суде г. Москвы спора о разделе имущества супругов, один из которых, французский гражданин, проживает во Франции, а другая - российская гражданка, проживает в Москве. Брак был заключен в Москве, здесь же супруги несколько лет жили совместно, здесь имеют имущество. Однако за год до предъявления иска ответчик уехал во Францию, и супруги стали жить раздельно. При отсутствии у супругов на момент предъявления иска совместного места жительства применению подлежит законодательство страны, на территории которой супруги имели последнее совместное место жительства, т.е. российское законодательство.

Рассматриваемая коллизионная норма российского законодательства распространяется на **личные и имущественные отношения** супругов. При отсылке к российскому праву круг личных прав и обязанностей определяется в соответствии с правилами гл. 6 СК РФ "Личные права и обязанности супругов", включая и право выбора супругами фамилии (ст. 32). Хотя ГК РФ и содержит общую норму о праве, подлежащем применению при определении прав физического лица на имя (ст. 1198 ГК РФ), в данном случае речь идет о специальном регулировании в области семейного права и поэтому вопрос о фамилии супруга должен, очевидно, решаться на основании коллизионной привязки, содержащейся в ст. 161 СК РФ.

Что касается имущественных отношений супругов, то, если речь идет о применении российского семейного права, коллизионная норма п. 1 ст. 161 СК РФ должна охватывать отношения, урегулированные в гл. 7 СК РФ "Законный режим имущества супругов" (совместная собственность супругов, распоряжение общим имуществом, собственность каждого из супругов, раздел общего имущества и определение долей при таком разделе). По смыслу ст. 161 СК РФ в соответствии с коллизионной нормой п. 1 этой статьи должен решаться и вопрос о взаимных алиментных обязательствах супругов (если только стороны не избрали сами подлежащее применению право).

Серьезным новшеством в российском коллизионном семейном праве явилась коллизионная норма о **брачном договоре и соглашении супругов об уплате алиментов друг другу** (п. 2 ст. 161 СК РФ). Включение в СК РФ общих положений о брачном договоре и соглашении об алиментах потребовало урегулирования и вопроса о праве, подлежащем применению к такому договору (соглашению) при наличии в составе отношения иностранного элемента. Как и в других

государствах, в России была допущена возможность **выбора подлежащего применению права самими супругами**. При заключении брачного договора или соглашения об уплате алиментов друг другу **супруги, не имеющие общего гражданства или совместного места жительства, могут избрать законодательство, подлежащее применению для определения соответствующих прав и обязанностей**. Это значит, что при составлении брачного договора супруги могут договориться о том, что их права и обязанности по такому договору будут определяться не тем законодательством, на которое указывают коллизионные нормы п. 1 ст. 161 СК РФ, а каким-либо иным.

Например, имущественные права и обязанности супругов, один из которых живет в России, а другой - в Германии, но ранее проживавших совместно в России, согласно п. 1 ст. 161 СК РФ должны подчиняться российскому праву как законодательству страны их последнего совместного места жительства. Однако при соответствующей договоренности супругов их права и обязанности по брачному договору могут быть подчинены германскому праву или избранному ими праву какого-либо другого государства. Коллизионная норма п. 1 ст. 161 СК РФ в этом случае не применяется.

Следует обратить внимание на то, что право избрания законодательства принадлежит, согласно закону, не всем супружеским парам, а лишь тем, которые не имеют общего гражданства или совместного места жительства.

Выбор супругами законодательства не ограничен правом какой-то определенной страны (в иностранных государствах возможность выбора права обычно ограничивается правом государства, где супруги или один из них имеют место жительства или гражданство которых они имеют). Это может быть законодательство России, страны гражданства одного из супругов, страны места его жительства, страны, где находится недвижимое имущество супругов, и т.д. В связи с этим нельзя полностью исключить случаи избрания супругами - под давлением одного из них - законодательства государства, где, например, недостаточно обеспечено равенство мужчины и женщины в имущественных отношениях. Если будет установлено противоречие применения норм избранного иностранного семейного права основам правопорядка России, возможно ограничение его применения со ссылкой на противоречие публичному порядку России.

Следует иметь в виду и императивные нормы п. 3 ст. 42 СК РФ, носящие обязательный ограничительный характер и не допускающие включения в брачный договор условий, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение и противоречат основным началам семейного законодательства.

Избрание сторонами подлежащего применению законодательства является правом, но не обязанностью супругов, не имеющих общего гражданства или совместного места жительства. Если такие супруги не воспользовались правом выбора законодательства, к их брачному договору или соглашению об уплате алиментов применяются общие положения п. 1 ст. 161 СК РФ. Выбор законодательства может быть осуществлен при заключении брачного договора или соглашения об уплате алиментов.

Подчеркнем, что **избрание сторонами права допускается только по поводу имущественных отношений**, так как заключение брачного договора, согласно ст. 40 СК РФ, предусмотрено только применительно к имущественным отношениям супругов. Выбор права в отношении личных неимущественных прав и обязанностей супругов законом не предусмотрен. Не

предусмотрена, в частности, возможность выбора по соглашению супругов законодательства, подлежащего применению к избранию рода занятий, профессии, мест пребывания и жительства супругов, отцовству, воспитанию и образованию детей, выбору супругами фамилии и т.п.

Например, если супруги, один из которых имеет российское гражданство, а другой - гражданство Египта, проживая один в Москве, а другой - в Египте, заключат соглашение (брачный договор) о том, что к их отношениям в вопросах воспитания их ребенка будет применяться право Египта, такое соглашение не будет считаться действительным. В этих вопросах должны применяться общие коллизионные правила ст. 161 СК РФ. Если супруги до отъезда мужа в Египет проживали совместно в Москве, к их личным неимущественным отношениям будет применено российское законодательство как право страны их последнего совместного жительства.

К **форме** соглашений супругов о подчинении брачного договора или соглашения об уплате алиментов законодательству того или иного государства следует, очевидно, независимо от места оформления, применять коллизионную норму гражданского законодательства о том, что форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в РФ, - российскому праву (ст. 1209 ГК РФ). Данный случай - пример обращения к гражданскому законодательству при регулировании семейных отношений, о чем говорилось выше.

Коллизионные вопросы личных и имущественных отношений супругов отражены в заключенных Россией двусторонних **договорах о правовой помощи и в Минской конвенции 1993 г.** (Кишиневская конвенция 2002 г. повторяет соответствующие нормы Минской конвенции). Как правило, такие отношения супругов определяются законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой супруги имеют совместное место жительства. Если супруги проживают в разных странах, то при наличии у них общего гражданства применяется законодательство страны их гражданства, а при разном гражданстве - законодательство страны, где они имели свое последнее совместное место жительства. В Конвенции также установлено, что отношения супругов, касающиеся их недвижимого имущества, определяются по законодательству государства, на территории которого оно находится.

5. Установление и оспаривание отцовства (материнства). Происхождение детей, удостоверенное в установленном законом порядке, является основанием возникновения прав и обязанностей родителей и детей. Отсюда - важность определения права, регулирующего установление и оспаривание отцовства (материнства), особенно если учесть серьезные расхождения в законодательстве отдельных стран в данной области, различия в положении брачных и внебрачных детей.

Вопрос о праве, подлежащем применению при определении брачного происхождения ребенка, во многих странах решается согласно личному закону супругов в момент рождения ребенка. Применительно к внебрачным детям обычно применяются иные коллизионные привязки - учитывается личный закон ребенка на момент его рождения. Право, согласно которому отцовство было установлено, признается определяющим и для его оспаривания.

Некоторые законы последнего времени допускают применение нескольких привязок. Например, в Корее возникновение отношений родителей и внебрачных детей подчиняется личному закону матери в момент рождения ребенка. Но оно может быть подчинено и личному закону отца или праву обычного места жительства ребенка. В Бельгии установление и

оспаривание отцовства или материнства подчинено личному закону истца (до недавнего времени это был закон супруга матери ребенка). Как видно, более широко стала применяться привязка к праву ребенка. На уравнивание правового статуса внебрачных детей и детей, рожденных в браке, направлена Европейская конвенция о правовом статусе внебрачных детей от 16 октября 1975 г. (ее ратифицировали более 20 государств), содержащая нормы, прямо (т.е. не прибегая к коллизионным нормам) регулирующие определенные семейные отношения.

В России регулирование коллизий в этой области претерпело серьезные изменения. Если ранее установление отцовства, независимо от гражданства родителей и ребенка, а также места их жительства, производилось в РСФСР по российскому законодательству, то **СК РФ подчиняет установление и оспаривание отцовства законодательству государства, гражданином которого является ребенок по рождению.**

Таким образом, дети получают защиту по нормам законодательства страны своего гражданства в момент рождения, что принято и в ряде иностранных государств. Например, в Италии происхождение ребенка устанавливается "в соответствии с его национальным законом на момент его рождения" - ст. 33 Закона о реформе итальянской системы международного частного права 1995 г.

Приведем пример. В Германии у немецкой гражданки, не состоящей в браке, родился ребенок. Предполагаемый отец ребенка (российский гражданин) отказался его признать и уехал на родину. Мать ребенка обратилась в суд г. Санкт-Петербурга по месту жительства ответчика с иском об установлении отцовства. Поскольку ребенок по рождению является гражданином Германии, суд при рассмотрении дела должен применить законодательство этой страны, регулирующее установление отцовства.

Если по рождению ребенок является иностранным гражданином, последующее изменение его гражданства, в результате чего он становится, например, российским гражданином, не должно влиять на подлежащее применению право, поскольку закон формулирует коллизионную привязку исходя именно из гражданства ребенка по рождению.

Установление или оспаривание отцовства на территории России осуществляется **в порядке, предусмотренном российским законодательством**: применению подлежат правила гл. 10 СК РФ, определяющие процедуру установления или оспаривания отцовства - административную и судебную. Это относится и к тем случаям, когда в силу п. 1 ст. 162 СК РФ применению подлежит иностранное семейное право.

В случаях, когда российское законодательство допускает установление отцовства в органах записи актов гражданского состояния, например, при установлении отцовства лица, не состоящего в браке с матерью ребенка, путем подачи ими совместного заявления в загс, родители ребенка, проживающие за пределами территории Российской Федерации, вправе обращаться с таким заявлением **в дипломатические представительства или консульские учреждения России.** Право консулов регистрировать установление отцовства предусмотрено в ст. 25 Консульского устава РФ и в ст. 5 Федерального закона "Об актах гражданского состояния". Однако законодательство (ст. 162 СК РФ) допускает установление отцовства в указанном порядке, лишь если хотя бы один из родителей является российским гражданином.

Договоры о правовой помощи, как и российское законодательство, предписывают

применение законодательства государства, гражданином которого является ребенок по рождению (договоры РФ с Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Кубой, Латвией и др.). Так же решен вопрос и в ст. 31 **Минской конвенции 1993 г.** Следует, однако, иметь в виду, что Кишиневская конвенция 2002 г. внесла некоторые изменения в регулирование установления и оспаривания отцовства (это одно из немногих изменений коллизионных норм Минской конвенции): согласно ст. 34 определяющим считается законодательство Договаривающейся Стороны, гражданином которой является ребенок, и лишь при невозможности определения его принадлежности к гражданству - законодательство Стороны, гражданином которой ребенок является по рождению. Как видно, в целом критерий гражданства ребенка и в данной Конвенции остался определяющим.

Применение законов того из Договаривающихся государств, гражданином которого является ребенок, предусматривает и некоторые двусторонние договоры, например договор РФ с Румынией о правовой помощи 1958 г. Поэтому в отношении ребенка, являющегося по рождению российским гражданином, но к моменту рассмотрения ходатайства об установлении отцовства ставшего румынским гражданином, следует применять не российское, а румынское законодательство.

6. Права и обязанности родителей и детей. Алиментные обязательства. Коллизионные вопросы **отношений родителей и детей** - едва ли не самые сложные в коллизионном семейном праве. Как и по поводу происхождения детей, во многих странах существуют отдельные нормы для брачных и внебрачных детей. Используются разнообразные коллизионные привязки - к закону страны гражданства отца и ребенка, их обычного места жительства и т.п. В ряде стран определяющим является личный закон ребенка (Австрия, Италия и др.). По швейцарскому Закону о международном частном праве 1987 г. отношения между родителями и детьми, в том числе иски о содержании ребенка, регулируются по общему правилу правом государства места обычного пребывания ребенка. Если, однако, ни один из родителей не имеет места жительства в государстве обычного пребывания ребенка, но родители и ребенок имеют общее гражданство, применяется право их общего гражданства. Использованная в данном законе привязка к обычному месту пребывания (проживания) ребенка несколько "потеснила" привязку к закону гражданства в качестве определяющего при решении вопросов отношений родителей и детей, в частности при взыскании алиментов, и в некоторых других новых законах (например, Бельгии).

Коллизионные и другие вопросы прав и обязанностей родителей и детей получили разрешение в ряде международных конвенций. Таких конвенций немало <1>. Здесь можно также назвать затрагивающую вопросы контактов ребенка с родителями и другими лицами, связанными с ребенком семейными узами, Конвенцию о контактах, связанных с детьми (Страсбург, 15 мая 2003 г.).

<1> См. выше § 1.1. См. также: Проблемы унификации международного частного права / Отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М., 2012. С. 412 - 478.

Что касается "наднационального" права Европы, то следует указать на Регламент Совета ЕС N 2201/2003 от 27 ноября 2003 г., относящийся к юрисдикционной компетенции, признанию и исполнению решений по семейным делам и ответственности родителей (коллизионных вопросов Регламент, однако, не решает, регулируя перемещения ребенка и право на общение с ним).

Особый интерес представляют принятая 23 ноября 2007 г. в Гааге и уже упоминавшаяся

Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи и дополнительный к ней Протокол от того же числа.

При регулировании в Протоколе коллизионных вопросов алиментных обязательств родителей и детей не делается различий между детьми, родившимися в браке, и внебрачными детьми. Основная коллизионная норма, относящаяся к алиментным обязательствам родителей и детей, - применение права государства обычного места жительства кредитора, т.е. взыскателя алиментов. В отношении алиментных обязательств родителей и детей допускается применение и иного права, если это последнее в большей мере отвечает интересам взыскателя - в установленных в ст. 4 Протокола случаях может быть применено и право страны суда, и право обычного места жительства должника; если подлежащее в силу общей коллизионной нормы применению право не обеспечивает возможность получения алиментов с должника, применяется право государства их общего гражданства, если такое имеется.

Допускается и выбор права самими сторонами (в тех же пределах, что и при выборе права в отношении взаимного алиментирования супругов - см. выше). Соглашение о выборе права заключается, как правило, в письменной форме. К алиментным обязательствам в отношении лиц моложе 18 лет или в отношении совершеннолетнего, который в силу своего состояния не имеет возможности защищать свои интересы, выбор сторонами подлежащего применению права не допускается. Есть и другое гарантирующее права "слабой стороны" правило: право, избранное сторонами, не применяется, если его применение привело бы к явно несправедливым или необоснованным последствиям для любой из сторон (ст. 8) <1>.

<1> Л.Н. Галенская, рассматривая положения данной Конвенции и Протокола к ней, приходит к выводу, что они не препятствуют присоединению к этим международным документам Российской Федерации. См.: Галенская Л.Н. Взыскание алиментов за границей (о возможности присоединения России к Конвенции 2007 г. "О международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи") // Журнал международного частного права. 2009. N 1. С. 3 - 16. См. также: Тригубович Н.В. К вопросу о присоединении Российской Федерации к Конвенции о международной системе взыскания алиментов в отношении детей и других членов семьи от 23 ноября 2007 г. // Семейное и жилищное право. 2016. N 6. С. 21 - 25; Проблемы унификации международного частного права / Отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. С. 447 - 458.

Законодательство **России** до последнего времени не содержало коллизионной нормы об отношениях родителей и детей. Многолетняя советская практика исходила из применения закона суда, т.е. российского (советского) семейного законодательства независимо от гражданства и постоянного места жительства сторон. Это связывалось с тем, что взаимоотношения родителей и детей-иностранцев и права родителей-иностранцев в отношении детей должны были определяться на территории СССР в полном объеме советским правом <1>.

<1> См.: Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частое право. М., 1940. С. 155.

Развитие международных связей и необходимость обеспечения лучшей защиты интересов

детей, родившихся в смешанных браках, привели к постепенному осознанию **необходимости отказа от жесткого принципа применения закона суда**. Появление в СК РФ **ст. 163** "Права и обязанности родителей и детей" и примененная здесь коллизийная привязка означали серьезную новеллу в нашем коллизийном семейном праве.

Закон имеет в виду права и обязанности родителей и детей, в том числе обязанность родителей предоставлять детям алименты. Он касается как брачных, так и внебрачных детей. При этом речь идет об алиментных обязательствах родителей по отношению к несовершеннолетним детям, а равно к нетрудоспособным совершеннолетним детям. Все указанные отношения подчинены законодательству **государства, на территории которого стороны имеют совместное место жительства**. Значит, если родители живут совместно с ребенком в России, их отношения, независимо от гражданства, должны определяться по российскому семейному праву, а если они живут за границей, то независимо от гражданства сторон - по законам страны, где они живут.

Если стороны не имеют совместного места жительства и проживают в разных государствах, их права и обязанности определяются законодательством **государства гражданства ребенка**.

Например, если мать ребенка - французского гражданина, проживающая вместе с ним за границей, обратится в российский суд с иском к отцу ребенка - российскому гражданину, проживающему в Москве, о взыскании алиментов на ребенка, суд при рассмотрении спора должен применить законодательство Франции как государства, гражданином которого является ребенок.

Другой пример. При проживании матери с ребенком в России, а отца - за границей взыскание на ребенка алиментов с отца должно определяться по российскому законодательству, если ребенок - российский гражданин, и по законодательству страны гражданства ребенка, если ребенок - иностранный гражданин.

В отношении прав и обязанностей родителей и детей, включая алименты на детей, наш закон допускает - в интересах ребенка - и иное решение вопроса: **по требованию истца может быть применено законодательство государства, на территории которого постоянно проживает ребенок**. Данная норма относится, как видно, к случаям, когда ребенок, имеющий гражданство одного государства, проживает на территории другого.

Подчеркнем, что закон говорит не об обязанности суда применить по требованию истца право страны места жительства ребенка, а лишь о возможности такого применения, если суд сочтет, что данный закон действительно более благоприятен для ребенка. Здесь могут учитываться: способ взыскания алиментов (в процентном отношении к заработной плате ответчика или в твердой денежной сумме), сроки взыскания (до достижения 18 лет или экономической самостоятельности, как это принято в ряде стран), характер личных неимущественных отношений родителей и детей и т.п.

Принадлежность лица к гражданству того или иного государства, с которой закон связывает решение вопроса о подлежащем применению законодательстве, должна определяться на момент вынесения решения. Поэтому если ребенок, являющийся по рождению гражданином одного государства, к моменту вынесения решения станет гражданином другого государства, определяющим следует считать последнее гражданство. Как видно, в данном случае позиция законодателя иная, чем в вопросе о праве, применимом к установлению и оспариванию отцовства, - там решающим является гражданство ребенка по рождению.

Коллизионные нормы об отношениях родителей и детей (включая взыскание алиментов) содержатся в **Минской конвенции** 1993 г. Так, согласно п. 1 ст. 32 (в ред. Протокола от 28 марта 1997 г.) данной Конвенции, правоотношения родителей и детей определяются по законодательству той страны-участницы, на территории которой они имеют постоянное совместное место жительства, а при отсутствии такового - по законодательству государства, гражданином которого является ребенок. Вместе с тем Конвенция допускает применение по требованию истца законодательства страны-участницы, на территории которой постоянно проживает ребенок. И в **двусторонних договорах о правовой помощи**, как правило, предписано применять законодательство государства, на территории которого стороны имеют совместное место жительства. При раздельном же проживании родителей и детей часть договоров отсылает к законодательству страны гражданства ребенка (договоры с Болгарией, Венгрией, Румынией и др.), тогда как другие (например, с Вьетнамом, Монголией) - к законодательству страны места жительства ребенка.

Как видно, регулирование коллизий в данных международных договорах несколько отличается от норм СК РФ. Если, например, при раздельном проживании родителей ребенка, являющегося вьетнамским гражданином и проживающего с матерью в России, наш Кодекс требует применения к отношениям родителей и детей вьетнамского законодательства, то договор с Вьетнамом предписывает применение российского законодательства, поскольку ребенок живет в России. При расхождении в регулировании применяется норма международного договора.

Важным шагом в регулировании в России "трансграничных" отношений родителей и детей явилось присоединение ее в 2011 г. к **Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей** 1980 г., вступившей в силу для России 1 октября 2011 г.

Конвенция, как следует из ее преамбулы, направлена на защиту детей (в понимании Конвенции это лица до 16 лет) в международном масштабе от вредных последствий их незаконного перемещения или удержания, на установление процедур, обеспечивающих их незамедлительное возвращение в государство их постоянного проживания, а также на обеспечение защиты "права доступа". Интересы детей рассматриваются в Конвенции как проблема первостепенного значения в вопросах, касающихся опеки над ними (опека включает права, относящиеся к заботе о личности ребенка, и, в частности, право определять место его жительства).

Конвенция призвана обеспечить эффективное соблюдение прав опеки и доступа, предусмотренных законодательством одного из договаривающихся государств, в других договаривающихся государствах, а также незамедлительное возвращение детей, незаконно перемещенных в любую из стран-участниц либо удерживаемых в любой из стран-участниц (ст. 1).

Предусмотрено назначение каждой из стран-участниц центрального органа для обеспечения во исполнение Конвенции сотрудничества компетентных органов договаривающихся сторон. На центральные органы возложена обязанность предпринимать меры для устранения, насколько возможно, всех препятствий для осуществления этого права. Облегчают применение Конвенции правила об освобождении документов от легализации, о юридической помощи.

Конвенция не ставит своей целью решение вопросов наделения правом "опеки" и правом "доступа" - предполагается, что рассмотрение вопроса о родительских правах по существу должно осуществляться в компетентных органах того государства, на территории которого ребенок имел постоянное (обычное) место жительства до похищения. Конвенция направлена на защиту прав

опеки, которые уже находятся под защитой права страны постоянного (обычного) проживания ребенка, поскольку она признает перемещение или удержание ребенка незаконным, если оно было совершено в нарушение прав опеки, признанных в стране, из которой он был похищен <1>. При решении вопроса о том, имело ли место незаконное перемещение или удержание ребенка, суд запрашиваемого государства может "непосредственно принимать во внимание" законодательство и судебные или административные решения, признанные и не признанные официально в государстве постоянного проживания ребенка (ст. 14 Конвенции). При этом не исключается применение и коллизионных норм иностранного государства (обратная отсылка).

<1> См.: Конвенция о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей: Научно-практический комментарий / Отв. ред. Н.В. Тригубович, О.А. Хазова. М., 2016. С. 45.

Присоединение России к данной Конвенции, как следует из ее положений, не затрагивает действия Минской конвенции (в отношениях, например, с Арменией, Узбекистаном, Украиной, тоже участвующими в рассматриваемой Конвенции) и договоров о правовой помощи, регулирующих рассмотрение дел по правоотношениям родителей и детей (например, договоров с Латвией, Литвой, Польшей, Румынией, Эстонией). В то же время участие в Конвенции расширяет сотрудничество России в данной области с большинством стран Евросоюза, в том числе с Испанией, Финляндией, Францией, Швецией, а также с Израилем - странами, в отношениях с которыми вопросы возвращения перемещенных детей являются наиболее актуальными. До настоящего времени вопрос о возвращении незаконно перемещенных в эти страны детей на международном уровне не был урегулирован.

Следует остановиться еще на одном международном договоре, относящемся к данной области, - **Гаагской конвенции о юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мерах по защите детей от 19 октября 1996 г.** Россия присоединилась к ней в 2012 г. Область применения данной Конвенции - разграничение юрисдикции учреждений стран-участниц в отношении принятия мер, направленных на защиту личности и имущества ребенка, определение подлежащего применению права, обеспечение признания и исполнения мер защиты детей, принятых в одной из стран - участниц Конвенции, в других странах-участницах. Определяется также порядок осуществления сотрудничества между компетентными учреждениями договаривающихся государств. Конвенция провозглашает приоритет интересов ребенка и важность международного сотрудничества в сфере отношений с участием детей.

Под родительской ответственностью понимаются полномочия, которые вытекают из родительских или каких-либо аналогичных отношений, определяющих права и обязанности родителей, опекунов (попечителей) или других законных представителей в отношении личности или имущества ребенка. Конвенция распространяется на детей с момента их рождения до достижения ими 18-летнего возраста. Что касается мер по защите детей, то они применяются к возникновению, осуществлению, прекращению или ограничению родительской ответственности, а также ее передаче, к правам опеки, включая права, относящиеся к заботе о личности ребенка (право определять место жительства ребенка, право доступа, включая право взять ребенка на ограниченный период времени в место, отличное от его постоянного места жительства, и т.п.), к опеке (попечительству) и аналогичным институтам, к назначению и функциям любого лица или

органа, несущего ответственность за ребенка, к помещению ребенка в приемную семью и тому подобным институтам, к контролю со стороны уполномоченных государственных органов за осуществлением надлежащего ухода за ребенком лицами, несущими ответственность за него, к управлению, сохранению, распоряжению имуществом ребенка. Хотя, как видно, сфера действия данной Конвенции шире, чем других конвенций, направленных на защиту прав и интересов ребенка, она не распространяется на установление и оспаривание отцовства, на решения об усыновлении, определении имени и фамилии ребенка, на алиментные обязательства, отношения наследования, социального обеспечения, решения относительно права убежища и иммиграции.

Вопрос о подлежащем применению праве рассмотрен в Конвенции достаточно подробно: формулируются, во-первых, нормы о праве, подлежащем применению при осуществлении властями своей юрисдикции, во-вторых, коллизионные нормы, определяющие право, применяемое при установлении, прекращении и осуществлении родительской ответственности. В качестве основного критерия для определения подлежащего применению права используется место жительства ребенка. Предусмотренная Конвенцией отсылка коллизионной нормы к праву другого государства применяется и в том случае, когда это другое государство не является участником Конвенции. Решается вопрос об обратной отсылке (как общее правило она не принимается) и об оговорке о публичном порядке (согласно ст. 22 право, определенное положениями Конвенции, "может не применяться только в том случае, если его применение явно противоречит публичному порядку, принимая во внимание наилучшие интересы ребенка").

В российском законодательстве относящееся к сфере действия данной Конвенции право ребенка на защиту, на общение с родителями, как и права и обязанности родителей по воспитанию детей, осуществление родительских прав, их право на общение с ребенком включаются в права несовершеннолетних детей (гл. 11 СК РФ) и права и обязанности родителей (гл. 12, ст. 163 СК РФ) и таким образом охватываются коллизионной нормой ст. 163 СК РФ. Используемая в ст. 163 СК РФ коллизионная привязка отличается, как видно, от той, которая применена в рассматриваемой Конвенции.

Однако расхождения не являются принципиальными - гибкость коллизионной нормы ст. 163 СК РФ позволяет применять и законодательство страны места проживания ребенка. В силу ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации и ст. 6 СК РФ при расхождении в регулировании будут применяться нормы международного договора, т.е. правила Конвенции.

Что касается соотношения действия данной Конвенции с рассмотренной выше Конвенцией о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей 1980 г., то последняя имеет приоритет.

Следует заметить, что с некоторыми из стран, участвующих в настоящее время в Конвенции от 19 октября 1996 г., - с Албанией, Болгарией, Венгрией, Латвией, Литвой, Польшей, Чехией, Эстонией и др. - Россия имеет двусторонние договоры о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, а с Арменией и Украиной ее связывает участие в Минской конвенции 1993 г. Действие этих договоров, как вытекает из положений Конвенции, не затронуто присоединением к ней России.

Алиментные обязательства совершеннолетних детей в пользу родителей, а также алиментные обязательства других членов семьи (например, алименты братьям и сестрам, внукам и т.д., исключая взаимное алиментирование супругов) определяются законодательством

государства, **на территории которого они имеют совместное место жительства** (ст. 164 СК РФ). При совместном проживании сторон в России должно, следовательно, применяться (независимо от их гражданства) российское законодательство. Практика и ранее, при отсутствии законодательного регулирования, применяла в подобных случаях российское право.

Если стороны не живут совместно, алиментные обязательства совершеннолетних детей и других членов семьи определяются исходя **из гражданства лица, претендующего на получение алиментов**. Закон исходит из того, что в таких случаях нетрудоспособные престарелые родители и другие претендующие на получение алиментов лица нуждаются в защите со стороны своего национального законодательства в большей мере, чем совершеннолетние дети.

Минская конвенция 1993 г. и некоторые договоры о правовой помощи, устанавливая для рассматриваемых правоотношений специальное коллизионное регулирование, тоже исходят из необходимости защиты интересов нуждающихся истцов. По Минской конвенции алиментные обязательства совершеннолетних детей в пользу родителей, а также алиментные обязательства других членов семьи определяются законодательством той страны-участницы, на территории которой они имели совместное место жительства, а при отсутствии такового - законодательством государства, гражданином которого является истец (ред. от 28 марта 1997 г.).

7. Усыновление. При усыновлении между усыновителем и усыновленным возникают такие же права и обязанности, как и между родственниками по происхождению. При рассмотрении вопросов усыновления различают условия усыновления, его процедуру, правовые последствия, основания и порядок прекращения.

В настоящее время случаи усыновления детей гражданами другого государства получили в мире большое распространение. Способствовали развитию этого института возникающая в связи с войнами насильственная миграция населения, увеличение числа сирот, а также активная деятельность специализированных агентств по усыновлению (в частности, в США), связанная с появлением таких стран-"доноров", как Вьетнам, Корея, Индия, Бразилия, Румыния и др. Законодательство стран, граждане которых усыновлялись, как правило, недостаточно развитое, открывало часто возможность для разного рода злоупотреблений. В целях защиты интересов детей стали разрабатываться новые законодательные акты, совершенствовалась процедура международного усыновления, а также соответствующие коллизионные нормы. Роль коллизионных норм в данной области определяется различиями регламентации усыновления в отдельных странах (разная оценка возможности усыновления лиц, достигших совершеннолетия, факта наличия у усыновителей собственных детей, возрастной разницы между усыновителем и усыновленным и т.д.).

Вопрос о праве, подлежащем применению к усыновлению, встает в случаях, когда:

- 1) ребенок и усыновитель являются гражданами разных государств;
- 2) усыновление - при одинаковом гражданстве сторон - производится на территории другого государства.

Во многих странах к усыновлению подлежит применению как общее правило личный закон усыновителя (Австрия, Германия, Бельгия, Финляндия, Корея и др.). В некоторых странах определяющим признается закон усыновляемого (Польша, Чехия). Иногда требуется соблюдение

личных законов и усыновителя, и усыновленного (например, Болгария).

Общие принципы усыновления детей, в том числе иностранцами, нашли отражение в **Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г.** (в ней участвует и Россия). Государства-участники согласно Конвенции должны обеспечивать при усыновлении в первую очередь учет интересов ребенка; компетентными властями должна соблюдаться установленная процедура усыновления; в качестве альтернативного способа ухода за ребенком усыновление в другой стране должно рассматриваться, только если этот ребенок не может быть передан на воспитание или помещен в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление в стране происхождения ребенка; при усыновлении ребенка в другой стране должны применяться такие же гарантии и нормы, какие применяются в отношении усыновления внутри страны.

Среди конвенций, посвященных специально вопросам усыновления, наиболее значимый универсальный международный договор - **Гаагская конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления** от 29 мая 1993 г. (участвует 98 государств). Она распространяется на такие усыновления, в результате которых возникают постоянные отношения между сторонами как между родителями и детьми, и применяется в случаях, когда ребенок, постоянно проживающий в одном из договаривающихся государств, будучи усыновленным, переезжает в другое договаривающееся государство. Сотрудничество, предусмотренное Конвенцией, осуществляется через назначаемые каждым из государств центральные органы. Коллизионных норм Конвенция не содержит. Конвенция устанавливает, что компетентные органы государства происхождения (т.е. государства места постоянного проживания ребенка) допускают усыновление только при соблюдении определенных в Конвенции требований (ребенок может быть усыновлен; нет возможности устройства ребенка в семью в государстве происхождения; заинтересованные лица информированы о последствиях усыновления; согласие на усыновление дано добровольно и без получения за это какого-либо денежного вознаграждения; учтено желание и мнение ребенка и т.д.). Компетентные органы принимающего государства, со своей стороны, определяют "пригодность" потенциальных усыновителей к усыновлению. Конвенция подробно регулирует обязанности центральных органов стран-участниц и уполномоченных ими организаций, а также саму процедуру усыновления. Согласно ст. 23 Конвенции усыновление, удостоверенное компетентным органом государства, в котором оно произведено как соответствующее данной Конвенции, признается имеющим законную силу в других договаривающихся государствах. В признании усыновления может быть отказано только в случае, если это усыновление явно противоречит публичному порядку запрашиваемого государства, при этом должны быть учтены наилучшие интересы ребенка. Определяются последствия признания усыновления. Специально устанавливается, что никто не должен извлекать неоправданную финансовую или иную выгоду из деятельности, связанной с международным усыновлением. Данную Конвенцию подписала в 2000 г. и Россия, однако еще не ратифицировала ее.

В отношениях иностранных государств действуют и другие касающиеся усыновления конвенции, в частности Европейская конвенция об усыновлении детей (пересмотренная) от 27 ноября 2008 г., заключенная в г. Страсбурге.

В **России** усыновление детей иностранными гражданами ранее было редким и осуществлялось на общих основаниях, т.е. с применением российского (советского) права. Однако число усыновляемых детей выросло, появились связанные с усыновлением спорные вопросы,

требующие отыскания подлежащего применению права, наиболее тесно связанного с отношениями, возникающими при усыновлении.

Законодательство последнего времени расширило применение иностранного права. Усыновление (в том числе отмена усыновления) на территории России иностранными гражданами ребенка, являющегося российским гражданином, производится ныне в соответствии с законодательством **страны гражданства усыновителя** - будущего главы семьи (ст. 165 СК РФ). Применение при усыновлении соответствующего иностранного законодательства (требования к усыновителю в отношении возраста, материального положения и т.п.) обеспечивает в дальнейшем стабильность усыновления в иностранном государстве - усыновитель часто увозит ребенка в свою страну. Аналогичные коллизионные привязки используются, как отмечалось, в законодательстве многих зарубежных стран.

При усыновлении ребенка супругами, имеющими разное гражданство, должны быть, очевидно, соблюдены требования, предусмотренные законодательством как государства, гражданином которого является муж, так и государства, гражданкой которого является жена. Если ребенок усыновляется лицом без гражданства, усыновление производится в соответствии с законодательством государства, в котором это лицо имеет постоянное место жительства.

Наряду с применением законодательства страны усыновителя СК РФ предписывает соблюдение и норм **российского** семейного законодательства, определяющего, в отношении каких детей допускается усыновление, порядок усыновления, ведение учета подлежащих усыновлению детей и лиц, желающих усыновить ребенка, порядок получения согласия на усыновление, т.е. обеспечивающего при усыновлении интересы детей. Дети, таким образом, получают как бы двойную защиту - и по правилам иностранного законодательства (закона страны гражданства усыновителя), и по правилам российского законодательства. Если требования того или иного из этих законов не соблюдены, усыновление недопустимо.

Одновременное применение в соответствии со ст. 165 СК РФ и иностранного, и российского семейного права означает, очевидно, что практически должны быть выполнены требования и того, и другого права. Если, например, необходимая разница в возрасте между усыновителем и усыновленным по иностранному праву составляет более предусмотренных в России 16 лет, должны быть соблюдены требования этого более строгого закона.

Круг отношений, на которые распространяется норма ст. 165 СК РФ (если ее правила отсылают к российскому семейному праву), определен в самой этой статье путем ссылки на положения конкретных статей Семейного кодекса. Имеются в виду правила, определяющие:

во-первых, возможность лица быть усыновителем (например, лица, не состоящие в браке, не могут совместно усыновить одного и того же ребенка);

во-вторых, разницу в возрасте между усыновителем и усыновляемым (в России такая разница составляет, как отмечалось, 16 лет);

в-третьих, согласие родителей и, возможно, других лиц на усыновление ребенка;

в-четвертых, согласие усыновляемого ребенка (достигшего 10 лет) на усыновление;

в-пятых, возможность ребенка быть усыновленным;

в-шестых, согласие супруга усыновителя на усыновление ребенка.

В практике возник вопрос о праве, подлежащем применению **к отмене усыновления**, поскольку в некоторых странах (например, в США, Великобритании, Франции) при возникновении определенных обстоятельств предусмотрена не отмена усыновления по инициативе усыновителя (как это возможно в России), а переустройство ребенка в другую семью. Коль скоро примененное при усыновлении иностранное право не допускает отмены усыновления с возвращением ребенка в детский дом, где он находился до усыновления, российские суды, надо думать, не должны в этом случае принимать решения об отмене усыновления только на основе российского права.

Если в России усыновляется российским гражданином ребенок, являющийся иностранным гражданином, то по смыслу ст. 165 СК РФ, к усыновлению должно применяться российское семейное право, а иностранное - лишь в отношении получения согласия на усыновление ребенка и компетентного органа государства, гражданином которого является ребенок.

Среди правил рассматриваемого российского законодательства важное значение имеет общая ограничительная норма, направленная на защиту интересов ребенка: **независимо от гражданства усыновителя** (следовательно, и от подлежащего применению права) **при нарушении прав ребенка, установленных российским законодательством и международными договорами России** (например, Конвенцией о правах ребенка), **усыновление не может быть произведено**, а произведенное усыновление подлежит отмене в судебном порядке (п. 2 ст. 165 СК РФ). Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 20 апреля 2006 г. N 8 "О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей" <1> разъяснил, что под интересами детей при усыновлении следует, в частности, понимать создание благоприятных условий (как материального, так и морального характера) для их воспитания и всестороннего развития.

<1> ВВС РФ. 2006. N 6.

Помимо коллизионных проблем, при усыновлении детей иностранцами возникают вопросы, связанные с **процедурой** усыновления. В России **процедура усыновления в принципе определяется по российскому законодательству**, но - с учетом специфики такого усыновления - **с привлечением и специальных правил** (это специальное регулирование не применяется, однако, к случаям, когда речь идет об усыновлении в России российских детей иностранцами, состоящими в браке с гражданами Российской Федерации). Так, для обеспечения приоритета российских граждан, желающих усыновить ребенка, закон устанавливает, что усыновление детей иностранцами допускается только в случаях, если не представилось возможным передать их на воспитание в семьи российских граждан, постоянно проживающих на территории Российской Федерации, или на усыновление родственникам детей независимо от места жительства и гражданства этих родственников. Данное ограничение соответствует упоминавшимся уже правилам ст. 21 Конвенции о правах ребенка. Верховный Суд РФ не раз указывал судам на недопустимость нарушения этого требования <1>.

<1> См., например: ВВС РФ. 2008. N 8. С. 13.

Информацию о детях иностранцы, как и российские граждане, получают через банк данных о детях, оставшихся без попечения родителей, созданный в соответствии с Федеральным законом от 16 апреля 2001 г. N 44-ФЗ "О государственном банке данных о детях, оставшихся без попечения родителей" <1>. Специальное правило касается подсудности - заявления об усыновлении подаются лицами, постоянно проживающими за границей, не в районные суды, а в суды "второго звена" по месту жительства или месту нахождения усыновляемого ребенка. Есть некоторые особенности в процедуре судебного разбирательства дел об усыновлении детей иностранцами, в требованиях к представляемым документам.

<1> СЗ РФ. 2001. N 17. Ст. 1643.

За пределами России защита прав и законных интересов детей, являющихся гражданами РФ и усыновленных иностранными гражданами, осуществляется **консулами Российской Федерации**, которые должны брать таких детей на учет.

Защита в государстве пребывания интересов граждан представляемого государства и охрана в рамках, установленных законами и правилами государства пребывания, интересов несовершеннолетних, которые являются гражданами представляемого государства, входят в число консульских функций согласно Венской конвенции о консульских сношениях от 24 апреля 1963 г., в которой участвует более 150 государств, в том числе Россия.

Среди действий по выполнению консульских функций Консульский устав РФ называет и действия в отношении усыновленных (усыновляемых) несовершеннолетних граждан Российской Федерации. Так, консул в соответствии со ст. 19 должен извещать соответствующий федеральный орган исполнительной власти о ставших ему известными случаях усыновления российских несовершеннолетних граждан с нарушением порядка, установленного законодательством России, в том числе об усыновлении в соответствии с законодательством государства пребывания без предварительного разрешения на то органа исполнительной власти соответствующего субъекта РФ, а также разъяснять органам государства пребывания и усыновителям последствия такого усыновления. Консул также информирует российских граждан, постоянно проживающих на территории консульского округа, иностранных граждан и лиц без гражданства, желающих усыновить российского ребенка, проживающего в России, по их просьбе о порядке усыновления, установленном законодательством РФ.

Согласно п. 4 ст. 19 Консульского устава РФ консул в порядке, установленном Правительством РФ, осуществляет в государстве пребывания учет несовершеннолетних российских граждан, усыновленных проживающими в консульском округе российскими гражданами, иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также информирует соответствующий федеральный орган о нарушении прав и законных интересов таких усыновленных и о неблагополучии в семье усыновителей. Постановлением Правительства РФ от 29 марта 2000 г. N 275 утверждены Правила постановки на учет консульскими учреждениями Российской Федерации детей, являющихся гражданами Российской Федерации и усыновленных

иностранными гражданами или лицами без гражданства.

Посредническая деятельность по усыновлению детей, т.е. любая деятельность других лиц в целях подбора и передачи детей на усыновление от имени и в интересах лиц, желающих усыновить ребенка, **в России в принципе не допускается**. В качестве посреднической деятельности, однако, не рассматривается деятельность органов опеки и попечительства, органов исполнительной власти по выполнению возложенных на них обязанностей по выявлению и устройству детей, а также **деятельность специально уполномоченных иностранными государствами органов или организации по усыновлению детей, которая осуществляется на территории России в силу международного договора РФ или на основе принципа взаимности**. Эти организации не могут преследовать в своей деятельности коммерческие цели (ст. 126.1 СК РФ). Правительством РФ 4 ноября 2006 г. принято Постановление N 654, которым утверждено Положение о деятельности органов и организаций иностранных государств по усыновлению (удочерению) детей на территории Российской Федерации и контроле за ее осуществлением <1>, где определен порядок получения разрешений на открытие представительств и на осуществление деятельности по усыновлению (разрешения выдаются Министерством образования и науки РФ), осуществления деятельности и контроля.

<1> СЗ РФ. 2006. N 46. Ст. 4801.

Возможны случаи, когда дети - российские граждане усыновляются иностранными гражданами за границей. Российское законодательство (п. 4 ст. 165 СК РФ) допускает **признание произведенного за границей усыновления** ребенка - российского гражданина, проживающего за пределами России, если усыновление произведено компетентным органом иностранного государства, гражданином которого является усыновитель. Требуется лишь установить, что орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации, на территории которого ребенок или его родители проживали до выезда за границу, дал предварительное разрешение на усыновление.

Вопросы усыновления детей иностранцами затронуты и в **международных договорах России**. Двусторонние договоры о правовой помощи и Минская конвенция 1993 г. решают коллизионные вопросы усыновления в общем единообразно. Как и в СК РФ, в них предписано в принципе применение законодательства государства, гражданином которого является усыновитель. Если ребенок имеет гражданство другого государства, при усыновлении или его отмене необходимо получить согласие законного представителя и компетентного государственного органа, а также согласие ребенка, если это требуется по законодательству государства, гражданином которого он является <1>.

<1> Нужно обратить внимание на правило ст. 40 Кишиневской конвенции 2002 г. Воспроизводя соответствующие нормы Минской конвенции об усыновлении и не меняя, по видимости, основной привязки к гражданству усыновителя, она вводит оговорку о том, что эта основная привязка применяется, "если внутренним законодательством Договаривающейся Стороны, гражданином которой является ребенок, не установлено иное". Оговорка эта для российской практики необычна, так как ставит применение нормы международного договора в зависимость от коллизионного регулирования во внутреннем законодательстве, которому

придается приоритетный характер.

Международное сотрудничество в области усыновления, особенно на двусторонней основе, может - с учетом особенностей законодательства Договаривающихся Сторон - обеспечить, в частности, **надлежащий контроль за условиями жизни и воспитания усыновленных детей, являющихся гражданами РФ**. Правительству было рекомендовано инициировать заключение подобных договоров с иностранными государствами (п. 7 ст. 1 и ст. 4 Федерального закона от 27 июня 1998 г. N 94-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Семейный кодекс Российской Федерации" <1>).

<1> СЗ РФ. 1998. N 26. Ст. 3014.

6 ноября 2008 г. подписан **Договор между Российской Федерацией и Итальянской Республикой о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей** (Россией ратифицирован 9 ноября 2009 г.). В основе данного Договора лежат принципы и положения Конвенции о правах ребенка 1989 г. и Гаагской конвенции о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления 1993 г., прежде всего принцип всесторонней защиты прав и законных интересов усыновляемого ребенка. Стороны упомянутого Договора от 6 ноября 2008 г. обязались принимать все предусмотренные законодательством меры для предотвращения и пресечения незаконной деятельности в отношении усыновляемых детей. Сотрудничество должно осуществляться через центральные органы договаривающихся государств. Детально урегулирована процедура усыновления, в частности, предусмотрено, что усыновление в соответствии с данным Договором (кроме усыновления родственниками) может осуществляться только при содействии уполномоченных организаций, если такой порядок установлен законодательством принимающего государства.

Принимающее государство обязалось: обеспечивать усыновленным такую же защиту и пользование теми же правами, какими пользуются дети, являющиеся гражданами принимающего государства или постоянно в нем проживающие; способствовать тому, чтобы усыновители соблюдали принятые ими в соответствии с законами государства происхождения ребенка обязательства по постановке ребенка на учет в консульском учреждении этого государства, предоставлению возможности для обследования условий его жизни и воспитания, а также по предоставлению информации о ребенке; взаимодействовать с компетентными органами государства происхождения при предоставлении сведений об условиях жизни и воспитания усыновленного и при отмене усыновления или переустройстве ребенка в другую семью; предоставлять другую информацию по конкретным случаям усыновления.

Договор содержит и коллизионные нормы: согласно ст. 6 условия, при которых ребенок может быть усыновлен, и, в частности, факт установления того, что ребенок остался без попечения родителей и не представилось возможным устроить его на воспитание или поместить в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление в государстве происхождения, определяются законодательством государства происхождения. Кроме того, законодательством государства происхождения определяется, какие лица или органы должны давать согласие на усыновление, а также необходимость получения согласия ребенка на усыновление и форма такого согласия. Вместе с тем кандидаты в усыновители должны отвечать требованиям, установленным

законодательством обеих Договаривающихся Сторон и данным Договором.

18 ноября 2011 г. подписан, а 30 июля 2012 г. ратифицирован **Договор России с Францией о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей**. По содержанию данный Договор близок к рассмотренному Договору с Италией.

13 июля 2011 г. в г. Вашингтоне был подписан, а 30 июля 2012 г. ратифицирован (вступил в силу 1 ноября 2012 г.) еще один подобный договор - Соглашение между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о сотрудничестве в области усыновления (удочерения) детей. Соглашение, помимо общих положений, определяющих сферу его применения и общие условия (ч. I), содержало правила о применимом законодательстве (ч. II). Решение об усыновлении ребенка должно было приниматься компетентным органом государства происхождения, принимающим решение об усыновлении. Была урегулирована процедура усыновления и переезда (ч. III), а также порядок осуществления сотрудничества в области усыновления и обмен информацией. Принятие в Российской Федерации закона от 28 декабря 2012 г. N 272-ФЗ "О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации", предусматривающего, в частности, запрет на усыновление гражданами США российских детей, помимо других последствий подорвало базу, на которой основывалось Соглашение, так как российские суды с 1 января 2013 г. (дата вступления Закона в силу) уже не могли принимать решения о таком усыновлении. Пункт 2 ст. 4 названного Федерального закона предусматривает в связи с этим прекращение от имени Российской Федерации действия Соглашения <1>.

<1> О вопросах, возникающих в практике в связи с прекращением действия Соглашения между РФ и США, см.: Рузакова О.А. Некоторые вопросы усыновления с иностранным элементом в условиях международной интеграции // Семейное и жилищное право. 2017. N 2. С. 16 - 18.

Контрольные вопросы

1. В каком направлении развивается российское коллизионное семейное право? Основные новеллы СК РФ.
2. Право какого государства применяется к форме и условиям заключения брака? Признаются ли консульские браки?
3. Как решаются коллизионные вопросы недействительности брака, расторжения брака, личных и имущественных отношений между супругами, установления и оспаривания отцовства, отношений родителей и детей, усыновления?
4. В каких международных договорах решаются коллизионные вопросы семейного права?

Рекомендуемая литература

1. Галенская Л.Н. Взыскание алиментов за границей (о возможности присоединения России и Конвенции 2007 г. "О международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи") // Журнал международного частного права. 2009. N 1.

-
2. Городецкая И.К. Международная защита прав и интересов детей. М., 1973.
 3. Канашевский В.А. Международное частное право. М., 2016. С. 812 - 842.
 4. Конвенция о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей: Научно-практический комментарий / Отв. ред. Н.В. Тригубович, О.А. Хазова. М.: Статут, 2016.
 5. Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2003.
 6. Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М.: Волтерс Клувер, 2007.
 7. Марышева Н.И. Еще раз к вопросу о международном усыновлении // Журнал российского права. 2013. N 4. С. 73 - 78.
 8. Марышева Н.И., Муратова О.В. Брачный договор в международном частном праве: правовое регулирование в России и ЕС // Журнал российского права. 2014. N 6.
 9. Медведев И.Г. Комментарий к конвенциям в области имущественных отношений супругов и наследования. М., 2007.
 10. Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.
 11. Нечаева А.М. Усыновление детей иностранцами в Российской империи // Российская юстиция. 2002. N 10.
 12. Орлова Н.В. Брак и семья в международном частном праве. М., 1966.
 13. Проблемы унификации международного частного права: Монография / Отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М., 2012. С. 413 - 478.
 14. Рузакова О.А. Некоторые вопросы усыновления с иностранным элементом в условиях международной интеграции // Семейное и жилищное право. 2017. N 2. С. 16 - 18.
 15. Тригубович Н.В. К вопросу о присоединении Российской Федерации к Конвенции о международной системе взыскания алиментов в отношении детей и других членов семьи от 23 ноября 2007 г. // Семейное и жилищное право. 2016. N 6.
 16. Тригубович Н.В. Толкование понятия "habitual residence" при применении статьи 4 Конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей 1980 г. // Семейное и жилищное право. 2016. N 3. С. 20 - 24; N 4. С. 22 - 25.
 17. Тригубович Н.В. Порядок рассмотрения судами дел о возвращении ребенка в государство постоянного проживания в случае его незаконного перемещения или удержания // Семейное и жилищное право. 2017. N 4. С. 25 - 29.
 18. Федосеева Г.Ю. Брачно-семейные отношения как объект международного частного права Российской Федерации. М.: Наука, 2006.
-

19. Федосеева Г.Ю. Алиментные обязательства в международном частном праве // Lex russica. 2007. N 2.

20. Федосеева Г.Ю. Международно-правовое регулирование трансграничного усыновления как способ обеспечения защиты прав и интересов российских детей // Lex russica. 2012. N 4.

21. Шебанова Н.А. Семейные отношения в международном частном праве. М., 1995.

Глава 21. ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

§ 1. Общие вопросы

При определении предмета международного частного права (см. [гл. 1](#) учебника) отмечалось: к сфере международного частного права наряду с гражданскими и семейными отношениями, возникающими в условиях международной жизни, относятся и осложненные иностранным элементом трудовые отношения. Частноправовая природа трудовых отношений находит выражение в использовании при их регламентации известных цивилистических категорий - договор, контракт, право- и дееспособность, возмещение ущерба, исковая давность и др. Иногда говорят о существовании международного частного трудового права как подотрасли международного частного права.

Общие принципы частноправового регулирования, объединяющие гражданские и значительную часть трудовых отношений, обуславливают применение к последним категорий и понятий международного частного права. А.С. Довгерт писал: "Не вдаваясь в подробный анализ различных подходов к соотношению гражданского и трудового права, следует лишь подчеркнуть, что трудовые и гражданские отношения при имеющихся различиях объединены общими принципами частноправового регулирования. Это их качество и дает возможность в трудовых отношениях с иностранным элементом применить инструментарий международного частного права, который вырабатывался главным образом под воздействием развития международных гражданских отношений" <1>.

<1> Довгерт А.С. Правовое регулирование международных трудовых отношений. Киев, 1992. С. 13.

Вместе с тем в сфере трудового права с большей силой, чем в гражданском и семейном праве, проявляется публично-правовое начало, ограничивающее действие коллизионных норм страны суда и, как следствие, применение иностранных законов. Иными словами, **отнесение тех или иных трудовых отношений к области международного частного права предопределяется их частноправовым содержанием**. Но и в тех случаях, когда частноправовая природа трудового отношения, осложненного иностранным элементом, не вызывает сомнений, оно все же оказывается в ряде стран в границах такого правового поля, где обращение к местному праву является обязательным и его **императивные нормы и оговорка о публичном порядке имеют решающее значение**.

Продолжением особенностей международного частного трудового права является **более "осторожное" отношение законодателя к началу автономии воли**, ограничение его в

некоторых странах определенными пределами, ориентированными на защиту интересов "слабой" стороны.

Говоря об **источниках международного частного трудового права**, нельзя не отметить скудность его нормативной базы в законодательстве Российской Федерации. **Трудовой кодекс РФ** включил общую норму о национальном режиме. Согласно ст. 11 (в ред. 2014 г.) на территории Российской Федерации правила, установленные трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового права, распространяются на трудовые отношения с участием иностранных граждан, лиц без гражданства, организаций, созданных или учрежденных иностранными гражданами, лицами без гражданства либо с их участием, международных организаций и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено ТК РФ, другими федеральными законами или международным договором Российской Федерации.

С 1 января 2015 г. ТК РФ дополнен гл. 50.1 об особенностях регулирования труда работников, являющихся иностранными гражданами или лицами без гражданства. Коллизионных норм эта глава не содержит.

В ТК РФ включена и глава об особенностях регулирования труда работников, направленных на работу в дипломатические представительства и консульские учреждения РФ, а также в представительства федеральных органов исполнительной власти и государственных учреждений Российской Федерации за границей (гл. 53). Большая часть положений этой главы носит характер скорее специальных норм трудового права.

Гораздо более полно тема участия иностранных граждан в трудовых отношениях раскрыта в **Федеральном законе "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации"** и принятых на его основе актах Правительства РФ и иных федеральных органов исполнительной власти.

Незначительна роль обычая в формировании норм права в данной области. Вместе с тем в результате деятельности международных отраслевых и региональных организаций расширяется объем унифицированных (посредством международных договоров) материально-правовых и коллизионных предписаний, охватывающих различные "блоки" трудовых отношений. В ряде таких договоров принимает участие и Россия.

Круг вопросов, которые решает международное частное трудовое право, обширен и отличается разнообразием охватываемых отношений. Среди них - отношения российских граждан и иностранных работодателей (нанимателей) за границей и в России, работа российских граждан в международных организациях, работа иностранных граждан в Российской Федерации, включая российские организации с иностранным участием, и др.

Основополагающее значение для правового воздействия на любую область трудовых отношений имеют Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах и Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г.

Международная организация труда (МОТ), являющаяся специализированным учреждением ООН, разрабатывает международные стандарты в области охраны труда (в форме конвенций и рекомендаций) и контролирует их соблюдение государствами - членами

Организации. С деятельностью МОТ связано становление многих прогрессивных норм в сфере трудовых отношений.

§ 2. Законодательство Российской Федерации о трудовой деятельности иностранных граждан в России и российских граждан за рубежом

2.1. Конституция РФ (ст. 37) провозглашает: труд свободен. Каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. Запрещается принудительный труд, закрепляется право каждого на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации и не ниже установленного Федеральным законом минимального размера оплаты труда, а также право на защиту от безработицы. Признается право на индивидуальные и коллективные трудовые споры с использованием установленных федеральным законом способов их разрешения, включая право на забастовку. Каждый имеет право на отдых. Работающему по трудовому договору гарантируются установленные федеральным законом продолжительность рабочего времени, выходные и праздничные дни, оплачиваемый ежегодный отпуск.

Правило ч. 3 ст. 62 Конституции РФ о приравнивании иностранных граждан и лиц без гражданства в правах и обязанностях к гражданам Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ, распространяется и на область трудовых отношений.

Распространяется на эту область и Федеральный закон "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации", согласно которому (ст. 4) иностранные граждане пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с российскими гражданами, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом. Названный Федеральный закон исходит из того, что иностранные граждане пользуются правом свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, а также правом на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности с учетом ограничений, предусмотренных федеральным законом.

Лицо, признанное беженцем, и прибывшие с ним члены его семьи имеют права на получение содействия в направлении на профессиональное обучение или в трудоустройстве, на работу по найму или предпринимательскую деятельность, на социальную защиту, в том числе социальное обеспечение. Этими правами они пользуются наравне с российскими гражданами в соответствии с Федеральным законом "О беженцах", другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами России, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов РФ, за исключением случаев, предусмотренных законодательством РФ и международными договорами РФ.

Лицо, которому предоставлено политическое убежище, пользуется на территории России правами и свободами и несет ответственность наравне с российскими гражданами, кроме случаев, установленных для иностранных граждан и лиц без гражданства федеральными законами, международными договорами РФ. Правовое положение членов персонала дипломатических представительств и консульских учреждений иностранных государств, а также международных

организаций на территории России было рассмотрено в [гл. 5](#) учебника.

Иностранные граждане и лица без гражданства, проживающие на территории России, могут состоять в российских профсоюзах, за исключением случаев, установленных федеральными законами или международными договорами РФ. К числу работодателей, на которых распространяется действие Федерального закона от 1 апреля 1996 г. N 27-ФЗ "Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе государственного пенсионного страхования" <1>, отнесены и работодатели - иностранные юридические лица и их обособленные подразделения, международные организации, осуществляющие свою деятельность на территории РФ, иностранные граждане, лица без гражданства, проживающие в России. К плательщикам страховых взносов государственного пенсионного страхования Закон отнес (наряду с российскими) иностранных граждан и лиц без гражданства, самостоятельно уплачивающих такие взносы.

<1> СЗ РФ. 1996. N 14. Ст. 1401.

Иностранным гражданам и лицам без гражданства, в том числе беженцам, проживающим на территории России, назначаются и выплачиваются государственные пособия на детей <1>. Постоянно проживающие в Российской Федерации иностранные граждане пользуются теми же правами на социальное обслуживание, что и российские граждане, если иное не установлено международным договором РФ <2>.

<1> См.: п. 2 Положения о порядке назначения и выплаты государственных пособий гражданам, имеющим детей, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 4 сентября 1995 г. N 883 // СЗ РФ. 1995. N 37. Ст. 3628.

<2> См.: п. 4 ст. 7 Федерального закона от 10 декабря 1995 г. N 195-ФЗ "Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации" // СЗ РФ. 1995. N 50. Ст. 4872.

Иностранные граждане не могут быть назначены на отдельные должности или заниматься определенной трудовой деятельностью, если в соответствии с российскими законами назначение на эти должности или занятие данной деятельностью связаны с принадлежностью к российскому гражданству. Ограничения такого рода вытекают из ст. 32 Конституции РФ и обобщены в ст. 14 Федерального закона "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" (см. об этом подробнее [§ 2 гл. 5](#) учебника). Так, лишь российский гражданин может избирать и быть избранным в органы федеральной государственной власти и органы государственной власти субъектов Российской Федерации, быть государственным или муниципальным служащим, прокурором, государственным судьей, государственным или частным нотариусом <1>. Иностранные граждане и лица без гражданства не могут на судне, плавающем под Государственным флагом России, занимать должности капитана судна, старшего помощника капитана судна, старшего механика и радиоспециалиста. Условия, на которых иностранные граждане и лица без гражданства могут входить в состав экипажа судна, за исключением судна рыбопромыслового флота, определяются федеральным органом исполнительной власти в области транспорта, в состав экипажа судна рыбопромыслового флота - федеральным органом исполнительной власти в области рыболовства в соответствии с

законодательством РФ о привлечении и об использовании в Российской Федерации труда иностранных граждан и лиц без гражданства (ст. 56 КТМ РФ). В состав летного экипажа воздушного судна Российской Федерации, которое относится к коммерческой гражданской авиации, могут входить только граждане РФ. Включение в состав летного экипажа данного воздушного судна иностранного гражданина допускается только на период его подготовки в целях получения допуска к деятельности по осуществлению воздушных перевозок пассажиров, багажа, грузов и почты на воздушном судне определенного типа при условии, что иностранный гражданин не исполняет обязанностей командира воздушного судна Российской Федерации (ст. 56 Воздушного кодекса РФ).

<1> См. ст. 32 Конституции РФ; ст. 3 Федерального закона "О государственной гражданской службе Российской Федерации"; ст. 40.1 Федерального закона "О прокуратуре Российской Федерации"; ст. 4 Закона РФ "О статусе судей в Российской Федерации"; ст. 2 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате.

Иностранные граждане не могут быть приняты на работу на объекты и в организации, деятельность которых связана с обеспечением безопасности Российской Федерации. К числу таких объектов в соответствии с перечнем, утвержденным Правительством РФ, относятся:

- 1) объекты и организации Вооруженных Сил РФ, других войск и воинских формирований;
- 2) структурные подразделения по защите государственной тайны и подразделения, осуществляющие работы, связанные с использованием сведений, составляющих государственную тайну, органов государственной власти и организаций;
- 3) организации, в состав которых входят радиационно опасные и ядерно опасные производства и объекты, на которых осуществляются разработка, производство, эксплуатация, хранение, транспортировка и утилизация ядерного оружия, радиационно опасных материалов и изделий.

В отличие от ранее действовавшего Закона РСФСР "Об иностранных инвестициях в РСФСР" Федеральный закон "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" не затрагивает вопросов трудовых отношений и социального страхования. Регулирование соответствующих отношений осуществляется на основе ч. 3 ст. 62 Конституции РФ, федеральных законов и международных договоров РФ.

2.2. В миграционном потоке принято выделять различные категории лиц, именуемых **субъектами миграции**. Основу их классификации составляют свойственные им общие признаки.

Одну из категорий субъектов миграции образуют **субъекты внешней трудовой миграции**. Под внешней трудовой миграцией понимается добровольное перемещение на законном основании людей, постоянно проживающих на территории РФ, за границу, а также иностранных граждан и лиц без гражданства, постоянно проживающих вне пределов Российской Федерации, на ее территорию с целью осуществления ими оплачиваемой трудовой деятельности.

Основные направления регулирования миграционных процессов в Российской Федерации

определены в утвержденной Президентом РФ в 2012 г. Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 года.

2.3. Федеральным законом "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" определяются **условия приглашения иностранных граждан на въезд** в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности, а также **условия участия иностранных граждан в трудовых отношениях**. Первые основываются на квотировании ежегодно Правительством РФ выдачи иностранным гражданам указанных приглашений, вторые исходят из разрешительного порядка привлечения и использования работодателем или заказчиком работ (услуг) иностранных работников и осуществления ими трудовой деятельности.

Утверждаемая Правительством РФ квота на выдачу иностранным гражданам приглашений на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности определяется Правительством РФ по предложениям исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации с учетом демографической ситуации в соответствующем субъекте и возможностей данного субъекта по обустройству иностранных граждан. Предложения формируются на основе принципа приоритетного использования национальных трудовых ресурсов с учетом ситуации на рынке труда.

Приглашение на въезд в Российскую Федерацию иностранного работника в целях осуществления трудовой деятельности выдается федеральным органом исполнительной власти, ведающим вопросами внутренних дел, или его территориальным органом по ходатайству о выдаче приглашения, поданному работодателем или заказчиком работ (услуг) в соответствующий орган.

Вместе с ходатайством о выдаче приглашения работодатель или заказчик работ (услуг) представляет в территориальный орган федерального органа исполнительной власти, ведающего вопросами внутренних дел, либо непосредственно в федеральный орган исполнительной власти, ведающий вопросами внутренних дел, если выдача приглашения осуществляется указанным федеральным органом:

- 1) разрешение на привлечение и использование иностранных работников;
- 2) документы, необходимые для выдачи разрешения на работу для каждого иностранного работодателя. Одновременно с приглашением работодателю или заказчику работ (услуг) выдается разрешение на работу для каждого иностранного работника.

Работодателем именуется физическое или юридическое лицо, получившее в установленном порядке разрешение на привлечение и использование иностранных работников и использующее труд иностранных работников на основании заключенных с ними трудовых договоров. **Заказчиком работ (услуг)** является физическое или юридическое лицо, получившее в установленном порядке разрешение на привлечение и использование иностранных работников и использующее труд иностранных работников на основании заключенных с ними гражданско-правовых договоров на выполнение работ (оказание услуг). В качестве работодателя и заказчика работ (услуг) может выступать в том числе иностранный гражданин, зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя.

Работодатель и заказчик работ (услуг) имеют право привлекать и использовать иностранных работников только при наличии разрешения на привлечение и использование иностранных

работников. Исключение составляют иностранные граждане, прибывшие в Российскую Федерацию в порядке, не требующем получения визы, и имеющие разрешение на работу. Они могут привлекаться к работе и без получения разрешения на привлечение и использование иностранных работников, но с обязательным уведомлением о таких привлечении и использовании территориального органа федерального органа исполнительной власти в сфере миграции и органа исполнительной власти, ведающего вопросами занятости населения в соответствующем субъекте РФ.

Что касается **иностраннх работников**, то они вправе осуществлять трудовую деятельность **при наличии разрешения на работу**. Однако разрешительный порядок **не распространяется** на иностранных граждан:

- 1) постоянно проживающих в Российской Федерации;
- 2) являющихся участниками Государственной программы по оказанию содействия добровольному переселению в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом, и членов их семей, переселяющихся совместно с ними в Российскую Федерацию;
- 3) являющихся сотрудниками дипломатических представительств, работниками консульских учреждений иностранных государств в Российской Федерации, сотрудниками международных организаций, а также частными домашними работниками указанных лиц;
- 4) являющихся работниками иностранных юридических лиц (производителей или поставщиков), выполняющих монтажные (шеф-монтажные) работы, сервисное и гарантийное обслуживание, а также послегарантийный ремонт поставленного в Российскую Федерацию технического оборудования;
- 5) являющихся журналистами, аккредитованными в Российской Федерации;
- 6) обучающихся в Российской Федерации в профобразовательных организациях и выполняющих работы (оказывающих услуги) в течение каникул.

Разрешительный порядок не распространяется и на некоторые другие категории лиц.

В соответствии с общим правилом временно проживающие и временно пребывающие в Российской Федерации иностранные граждане не вправе осуществлять трудовую деятельность вне пределов субъекта Российской Федерации, на территории которого ему разрешено временное проживание. Однако в некоторых случаях с учетом особенностей региональных экономических связей уполномоченный Правительством РФ федеральный орган исполнительной власти может устанавливать случаи осуществления трудовой деятельности иностранным гражданином вне пределов субъекта РФ, на территории которого ему выдано разрешение на работу.

Особый порядок регулирования трудовых отношений введен с 1 июля 2010 г. в отношении иностранных граждан - высококвалифицированных специалистов. Его направленность - привлечение в страну специалистов высокой квалификации.

2.4. Л.А. Лунцем были высказаны возражения против отнесения к области международного частного права ряда внутренних материальных норм, которые непосредственно, без применения

коллизиионной нормы, регулируют отношения с иностранным элементом. Отмечалось, в частности, что, "став на указанный выше путь, мы пришли бы к тому, что граница между международным частным правом и гражданским правом была бы вовсе стерта" <1>. Сходной оценки заслуживают, на наш взгляд, многие нормативные правовые акты, относящиеся к условиям труда работников учреждений Российской Федерации за границей, а также нормативные акты об условиях направления российских специалистов на работу в международные организации за границей. Положения таких актов, выражающие публично-правовое начало, принадлежат, очевидно, не к области международного частного права, а к сфере трудового права, формируя его специальные институты. Как уже было замечено (§ 1 настоящей главы), к упомянутым положениям относится и большая часть норм гл. 53 ТК РФ <2>.

<1> Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 2. С. 26 - 28.

<2> О регулировании трудоустройства российских граждан за рубежом см.: Международное частное право: Учебник / Отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М.: Статут, 2015. Т. 2. С. 606 - 617.

§ 3. Коллизиионные вопросы трудовых отношений

3.1. В проекте Закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе (ст. 32), разработанном в 1989 - 1990 гг. ВНИИ советского государственного строительства и законодательства <1>, было предложено следующее решение коллизиионных вопросов трудовых отношений:

<1> См.: ВНИИ советского государственного строительства и законодательства: Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. Труды. Вып. 49. М., 1991. С. 134.

к трудовым отношениям применяется право страны, в которой (полностью или преимущественно) осуществляется работа, если в трудовом договоре не установлено иное;

трудовые отношения работника на водном и воздушном транспорте подчинены праву страны, под флагом которой транспортное средство используется;

если работа выполняется лицом, командированным за границу советской организацией, к трудовым отношениям этого лица с такой организацией применяется советское право.

В комментарии к ст. 32 "Трудовые отношения" проекта отмечалось, что статья отражает "наиболее распространенный подход к решению этого вопроса, принятый в современном международном частном праве..." <1>.

<1> Там же.

В самом деле, основная формула ст. 32 подчиняет трудовые отношения началу **lex voluntatis**, а в отсутствие выбора сторонами применимого права - распространенному в практике регулирования трудовых отношений коллизионному правилу **lex loci laboris** - закону места работы. В правовых актах зарубежных стран это правило обозначается как закон страны, в которой обычно выполняется работа (Болгария, Испания), закон страны, в которой работник обычно выполняет свои трудовые обязанности (Швейцария), закон страны, в которой работник обычно выполняет работу (Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г.).

По Закону о международном частном праве Австрии договор найма регулируется правом страны по месту обычного выполнения работником своей работы. Если работник выполняет свою работу в нескольких странах или у него нет обычного места работы, применяется право страны, в которой работодатель имеет обычное место пребывания (место нахождения постоянного делового представительства).

Принцип автономии воли (lex voluntatis) широко используется в мировой практике. В качестве основного начала при определении права, подлежащего применению к трудовым отношениям, автономия воли закреплена в Регламенте Рим-I (ст. 3) <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Международное частное право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М.: Статут, 2015. Т. 2. С. 578 - 580.

Нужно заметить, что право некоторых стран не только не исключает возможности применения начала **lex voluntatis** в сфере трудовых отношений, но и не ограничивает стороны в выборе применимого права.

И все же прослеживается тенденция к определению тех или иных пределов, в которых допускается выбор сторонами применимого права. В США такой выбор предполагает наличие существенной связи между применимым правом и трудовым контрактом. Швейцарский закон позволяет сторонам подчинить трудовой договор праву страны обычного местопребывания работника или праву страны основного места деятельности, места жительства либо обычного местопребывания нанимателя.

Действие права, определяемого по выбору участников трудового договора, может быть ограничено требованием того, чтобы при этом работник не был лишен защиты, предоставляемой ему началом **lex loci laboris**. В ГК Квебека предусматривается: указание сторон на право, применимое к трудовому договору, не лишает работника защиты, которая предоставляется ему императивными нормами права страны, где работник обычно выполняет свою работу (даже если он временно выполняет задание в другой стране), или, в отсутствие такой страны, императивными нормами права страны, где работодатель имеет свой домицилий или постоянное место осуществления деловых операций.

Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. подчиняет индивидуальные трудовые контракты (определение их в Конвенции не предусматривается) системе коллизионных предписаний, в составе которых выделяется отсылка к праву **lex loci**

laboris. Независимо от положений ст. 3 Конвенции, закрепляющей автономию воли сторон как главное коллизионное начало, работник, с которым заключен трудовой контракт, не может быть лишен защиты, предоставляемой ему императивными нормами права, подлежащего применению в силу п. 2 ст. 6 в отсутствие выбора применимого права. В соответствии с правилами этого пункта трудовой контракт в отсутствие выбора применимого права подчиняется: праву страны, в которой работник обычно выполняет свою работу по этому контракту, даже если он временно выполняет задание в другой стране, или, если нет такой страны, праву страны, где находится предприятие, нанявшее работника. Если из обстоятельств следует, что контракт более тесно связан с другой страной, подлежит применению право этой страны.

О недопустимости лишения работника защиты, предоставляемой ему императивными нормами права, применяемого в отсутствие выбора права сторонами, идет речь во Вводном законе к ГГУ 1896 г. (в ред. 1986 г.), законодательном акте Румынии.

Согласно законам о международном частном праве Австрии и Лихтенштейна выбор права, применимого к трудовому контракту, не принимается во внимание, если это наносит ущерб работнику. "Защитные" оговорки, подобные упомянутым, характерны для судебной практики Франции, Бельгии, а также для некоторых латиноамериканских стран. Близко к этому регулирование в законах о международном частном праве Болгарии (ст. 96), Турции (ст. 27), Эстонии (ст. 35).

Правило об императивных нормах социальной защиты включено в Закон о международном частном праве Грузии: оно позволяет не принимать во внимание выбор права, если он не считается с императивными нормами о защите работников от дискриминации. Эта норма применяется также по отношению к трудовым договорам, заключенным в стране, где лица, находящиеся под социальной защитой, имеют обычное место жительства или где действуют такие защитные нормы.

Линия на защиту трудовых прав российских граждан выражена (хотя и за рамками коллизионной проблемы) в заявлении, сделанном Россией при ратификации Соглашения между Правительством РФ и Объединенным институтом ядерных исследований о местопребывании и об условиях деятельности Объединенного института ядерных исследований в Российской Федерации <1> в связи с использованием в п. 1 ст. 6 этого Соглашения понятия "правила". Российская Федерация, говорится в заявлении, исходит из того понимания, что при применении указанного Соглашения уровень защиты трудовых прав российских граждан, вступающих в трудовые отношения с Институтом и осуществляющих трудовую деятельность на территории России, не может быть ниже того, который установлен законодательством РФ о труде. В связи с этим понятие "правила", используемое в п. 1 ст. 6 Соглашения, будет толковаться Российской Федерацией как не относящееся к правилам, понижающим уровень защиты трудовых прав работников Института из числа российских граждан по сравнению с уровнем, установленным законодательством РФ о труде.

<1> СЗ РФ. 2000. N 2. Ст. 160; N 9. Ст. 992. Россия продолжает членство СССР в этой международной организации и является местом пребывания Института.

Согласно упомянутой статье Соглашения Институт имеет право в целях создания условий,

необходимых для осуществления его официальной деятельности, издавать правила, действующие в определенных пределах, причем законодательство РФ, противоречащее какому-либо из этих правил, санкционированных данной статьей, не применяется в части, противоречащей этим правилам.

А.С. Довгерт предлагает следующие рамки решения проблемы **lex voluntatis** в международных трудовых отношениях:

1) соблюдение письменной формы выбора сторонами права как в момент заключения трудового договора, так и во время его действия или изменения;

2) наличие тесной связи выбранного сторонами закона с трудовым контрактом;

3) выбор сторонами закона, применимого к трудовому контракту, не должен приводить к ухудшению условий труда работника по сравнению с обязательными положениями закона, который был бы применен при отсутствии выбора;

4) разрешение сторонам трудового контракта подчинять элементы содержания трудовых правоотношений разным правовым системам <1>.

<1> См.: Довгерт А.С. Указ. соч. С. 51, 52.

Отсылка к lex loci laboris (в случаях, когда выбор применимого права сторонами не осуществлен или когда в соответствующем государстве такой выбор не допускается) занимает основное место в системе коллизионных привязок, принятых в области трудовых отношений.

Другими известными этой области коллизионными привязками являются:

- **личный закон сторон** (общее гражданство, общий домицилий);
- **место предпринимательской деятельности нанимателя;**
- **коллизионные начала типа the proper law of the contract** и др.

Особенности фактического состава некоторых видов трудовых отношений обуславливают закрепление в праве **специальных** (по отношению, например, к **lex loci laboris**) **коллизионных правил** (в частности, для лиц, работающих на судах водного и воздушного транспорта, - **lex banderae**, в отношении лиц, выполняющих работу в зарубежной командировке, - **lex delegationis**).

В числе привязок, применимых в случаях, когда согласно трудовому договору работа выполняется на территории нескольких государств, известны привязки к личному закону работодателя, а также к закону основного места деятельности, места жительства или обычного местопребывания нанимателя (Швейцария).

В соответствии с КТМ РФ (ст. 416) 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 судна, если иное не предусмотрено договором, регулирующим отношения между судовладельцем и членами экипажа судна, являющимися иностранными гражданами.

3.2. В связи с тем что правила разд. VI "Международное частное право" ГК РФ подлежат применению к осложненным иностранным элементом гражданско-правовым отношениям, а в Трудовом кодексе РФ отсутствуют коллизионные нормы, предназначенные для регулирования возникающих в международной жизни трудовых отношений, возникает вопрос: **возможно ли обращение к правилам разд. VI ГК РФ для решения коллизий законов в сфере трудовых отношений?**

Ответ на этот вопрос осложняется тем, что в Трудовом кодексе РФ нет установлений, подобных нормам ст. 4 "Применение к семейным отношениям гражданского законодательства" и ст. 5 "Применение семейного законодательства и гражданского законодательства к семейным отношениям по аналогии" СК РФ. Между тем подчинение трудового договора с участием российского лица нормам иностранного права, как показывает практика, в принципе не исключается, что может обусловить постановку в российском суде вопросов об основаниях, условиях и пределах обращения к этим нормам.

Согласно ст. 9 ТК РФ трудовые договоры не могут содержать условий, снижающих уровень прав и гарантий работников, установленных трудовым законодательством. Если такие условия включены в трудовой договор, то они не могут применяться. Представляется, что в подобных случаях не должны применяться и нормы иностранного права, санкционирующие введение в трудовой договор таких условий.

Сходным образом решается в ст. 416 КТМ РФ вопрос об условиях труда членов экипажа судна: выбор сторонами трудового договора права, подлежащего применению к отношениям между судовладельцем и членами экипажа судна, не должен приводить к ухудшению условий труда членов экипажа судна по сравнению с нормами права того государства, которыми должны регулироваться данные отношения при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве.

Статья 3 ТК РФ запрещает дискриминацию в сфере труда. Лица, считающие, что они подверглись дискриминации в сфере труда, вправе обратиться в суд с заявлением о восстановлении нарушенных прав, возмещении материального ущерба и компенсации морального вреда. В этих случаях отказ в применении нормы иностранного права, дискриминирующей работника, будет, очевидно, основываться на сложившейся в отечественном праве концепции оговорки о публичном порядке, современным выражением которой является правило ст. 1193 "Оговорка о публичном порядке" ГК РФ.

§ 4. Международные правовые документы о трудящихся-мигрантах

Основополагающие международные правовые акты о правах и свободах человека распространяются на любых физических лиц, включая трудящихся-мигрантов. В то же время ряд международно-правовых документов адресован непосредственно трудящимся-мигрантам.

Генеральной Ассамблеей ООН в 1990 г. была принята **Международная конвенция ООН о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей**. Конвенция обязывает участвующие в ней государства предоставлять трудящимся-мигрантам обращение не менее

благоприятное, чем то, которое применяется к гражданам государства работы по найму при решении вопросов вознаграждения и других условий труда (сверхурочного времени, рабочего времени, еженедельного отдыха, оплачиваемых отпусков, безопасности, охраны здоровья, прекращения трудовых взаимоотношений и любых иных условий труда, на которые в соответствии с национальными законами и практикой распространяется это понятие), а также условий занятости (вопросы минимального возраста занятости, ограничения надомного труда и любые иные вопросы, которые в соответствии с национальными законами и практикой считаются условиями занятости) <1>.

<1> Конвенция вступила в силу в 2003 г. Россия ее не подписала.

Трудящимся-мигрантам и членам их семей предоставляется, в частности, право создавать профсоюзы и ассоциации в государстве работы по найму с целью обеспечения и защиты своих экономических, социальных, культурных и иных интересов, переводить заработанные средства и сбережения, в том числе суммы, необходимые для содержания семей, из государства работы по найму в государство происхождения или любое другое государство.

Международная организация труда (МОТ), осуществляющая основную деятельность в сфере международного трудового права, приняла, в частности:

- Конвенцию N 97 о правах трудящихся-мигрантов 1949 г.;
- Конвенцию N 118 о равноправии граждан страны и иностранцев и лиц без гражданства в области социального обеспечения;
- Конвенцию N 143 о злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения, а также:
- Рекомендацию N 86 о трудящихся-мигрантах 1949 г.;
- Рекомендацию N 151 о трудящихся-мигрантах 1975 г.

Все эти документы Российской Федерацией не ратифицированы.

Следует назвать и принятую в 2008 г. Декларацию о социальной справедливости в целях справедливой глобализации, уточнившую стратегические цели государств - членов МОТ на ближайшие годы.

В рамках **Совета Европы** приняты Европейская конвенция об обустройстве и предпринимательстве, Европейская конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов, Европейская конвенция о социальном обеспечении, Европейский кодекс социального обеспечения, Европейская социальная хартия 1961 г. (в ред. 1996 г.) <1>.

<1> См.: Сборник международных правовых документов, регулирующих вопросы миграции. М., 1994; Социальные права человека. Документы и материалы Совета Европы. Ч. I и II. М., 1996.

Российская Федерация в сентябре 2000 г. подписала Европейскую социальную хартию (пересмотренную) от 3 мая 1996 г.

Ряд важных актов принят в рамках таких региональных международных организаций, как **СНГ и ЕАЭС**. Так, странами СНГ заключены многосторонние соглашения: о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов 1994 г. <1>, о гарантиях прав граждан в области пенсионного обеспечения 1992 г., двусторонние договоры о социальном обеспечении, о трудовой деятельности и социальной защите граждан, работающих за пределами своих государств, и др.

<1> См.: БМД. 1997. N 2. Соглашение вступило в силу для Российской Федерации 1 сентября 1995 г.

Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов 1994 г. регулирует основные направления сотрудничества Сторон в сфере трудовой деятельности и социальной защиты лиц (работников) и членов их семей, которые постоянно проживают на территории одной из стран-участниц и осуществляют свою трудовую деятельность на предприятиях, в учреждениях, организациях всех форм собственности на территории другой страны-участницы в соответствии с законодательством Стороны трудоустройства. Соглашение не распространяется на беженцев и вынужденных переселенцев, на въехавших в страну на короткий срок лиц свободных профессий и артистов; на лиц, приезжающих с целью получить образование. По Соглашению трудовая деятельность работника оформляется трудовым договором (контрактом), заключаемым с работодателем на государственном языке Стороны трудоустройства и русском языке, в соответствии с трудовым законодательством Стороны трудоустройства; договор (контракт) вручается работнику до его выезда на работу.

В трудовом договоре (контракте) должны содержаться основные реквизиты работодателя и работника, профессиональные требования к работнику, сведения о характере работы, условиях труда и его оплаты, продолжительности рабочего дня и отдыха, условиях проживания, а также о сроке действия трудового договора (контракта), условиях его расторжения, порядке покрытия транспортных расходов. Статья 6 Соглашения определяет: работники пользуются правами и выполняют обязанности, установленные трудовым законодательством Стороны трудоустройства.

В случае расторжения трудового договора (контракта) в связи с ликвидацией или реорганизацией предприятия (учреждения, организации), сокращением численности или штата работников на трудящегося-мигранта распространяются льготы и компенсации согласно законодательству Стороны трудоустройства для высвобожденных по указанным основаниям работников. Возвращение трудящегося-мигранта в Сторону выезда осуществляется в этом случае за счет средств работодателя.

Законодательство Стороны трудоустройства регулирует пользование трудящимися - мигрантами социальным страхованием и социальным обеспечением (кроме пенсионного обеспечения, осуществляемого в соответствии с Соглашением о гарантиях прав граждан в области пенсионного обеспечения 1992 г. и (или) двусторонними соглашениями), а также порядок возмещения работнику вреда, причиненного увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением им трудовых обязанностей (если иное не

предусмотрено отдельными соглашениями).

Главами правительств СНГ 9 сентября 1994 г. подписано **Соглашение о взаимном признании прав на возмещение вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей** <1>. В соответствии со ст. 6 этого Соглашения государства-участники приняли на себя обязательство в первоочередном порядке обеспечивать свободный перевод и выплату денежных средств по возмещению вреда работникам, постоянно или временно пребывающим на их территории, через банки и (или) учреждения почтовой связи.

<1> Вступило в силу для Российской Федерации с 6 октября 1995 г.

Экономический суд СНГ по запросу Всеобщей конфедерации профсоюзов дал следующее толкование ст. 6 Соглашения: под приоритетным порядком перевода и выплаты денежных средств по возмещению вреда следует понимать первоочередное, преимущественное по сравнению с другими неторговыми платежами исполнение правительствами государств - участников Соглашения и субъектами исполнения (в лице предприятий - причинителей вреда, учреждений банка и (или) почтовой связи, других организаций, независимо от форм собственности) обязательств по возмещению вреда работникам ввиду их особой социальной значимости.

При этом участники Соглашения создают необходимые условия функционирования свободного, беспрепятственного и простого по механизму перевода, а также выплаты денежных средств ежемесячными платежами, без ограничения их в сумме, не допуская их приостановки ни по каким причинам.

В 2008 г. в рамках СНГ заключена **Конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей** (вступила в силу в 2010 г.; для России в силу не вступила).

Правила относительно сотрудничества государств в сфере трудовой миграции и трудовой деятельности работников содержит разд. XXVI **Договора о Евразийском экономическом союзе** от 29 мая 2014 г. (в ред. 2015 г.). В п. 4 ст. 97 указанного Договора включена коллизионная норма: "Трудовая деятельность трудящегося государства-члена регулируется законодательством государства трудоустройства с учетом положений настоящего Договора".

Правительством Российской Федерации были заключены **двусторонние соглашения о трудовой деятельности граждан и сотрудничестве в социально-трудовой сфере** с правительствами Китайской Народной Республики <1> (2001 г.), Литовской Республики <2> (1999 г.), Республики Польша <3> (1994 г.) и Украины <4> (1993 г.). В соглашениях отражены принципы направления и приема граждан договаривающихся государств на работу на предприятия, в объединения и организации на территории договаривающихся государств.

<1> БМД. 2001. N 7.

<2> БМД. 2000. N 5.

<3> Дипломатический вестник. 1994. N 7 - 8.

<4> БМД. 1993. N 3.

Соглашением между Правительством РФ и Правительством Украины о трудовой деятельности и социальной защите граждан России и Украины, работающих за пределами своих государств, 1993 г. предусмотрено:

1) работники Стороны выезда, работающие на территории Стороны трудоустройства, пользуются правами и несут обязанности, установленные трудовым законодательством Стороны трудоустройства (включая вопросы трудовых отношений, коллективных договоров, оплаты труда, режима рабочего времени и времени отдыха, охраны и условий труда и др.);

2) трудовой стаж, включая стаж, исчисляемый в льготном порядке, и стаж работы по специальности, приобретенный в связи с трудовой деятельностью на территориях обеих Сторон, взаимно признается Сторонами;

3) исчисление стажа производится по законодательству той Стороны, на территории которой осуществлялась трудовая деятельность;

4) Сторонами признаются дипломы, свидетельства и другие документы государственного образца об уровне образования и квалификации, выданные соответствующими компетентными органами Сторон, без легализации.

Правительством РФ заключены также соглашения:

- с Правительством Республики Беларусь о трудовой деятельности и социальной защите граждан Республики Беларусь, работающих на территории РФ, и граждан Российской Федерации, работающих на территории Республики Беларусь;

- с Правительством Республики Молдова о трудовой деятельности и социальной защите граждан Российской Федерации и Республики Молдова, работающих за пределами своих государств;

- с Правительством Республики Армения о трудовой деятельности и социальной защите граждан Российской Федерации, работающих на территории Республики Армения, и граждан Республики Армения, работающих на территории РФ;

- с Правительством Республики Кыргызстан о трудовой деятельности и социальной защите трудящихся-мигрантов.

В соответствии с Договором между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о равных правах граждан Стороны обеспечивают гражданам России и Беларуси равные права на трудоустройство, оплату труда и предоставление других социально-правовых гарантий на территориях России и Беларуси.

Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Словацкой Республики об организации занятости в рамках выполнения договоров подряда и взаимном

трудоустройстве граждан распространило на трудовые отношения граждан государства одной Стороны, постоянно проживающих на его территории и осуществляющих временную трудовую деятельность на основе трудового договора (контракта) на территории государства другой Стороны, законодательство принимающего государства в области труда и его оплаты, занятости, медицинского страхования и возмещения вреда, причиненного здоровью работника. Заключены также соответствующие соглашения с Таджикистаном (2004 г.), Китаем (2007 г.), Узбекистаном (2007 г.), Францией (2009 г.).

Трудовая деятельность, осуществляемая в рамках договоров подряда, заключенных между работодателем государства постоянного проживания работника и юридическим (физическим) лицом принимающего государства, регулируется законодательством государства, на территории которого находится работодатель.

Контрольные вопросы

1. Каковы особенности применения национального режима в области трудовых отношений с участием иностранных граждан и лиц без гражданства?
2. Каков порядок привлечения и использования в России иностранной рабочей силы?
3. Какие требования предъявляются российским законом к деятельности, связанной с трудоустройством российских граждан за рубежом?
4. Какие основные коллизионные нормы применяются для решения коллизионных вопросов в области трудовых отношений, осложненных иностранным элементом?
5. Каков предмет регулирования в международных многосторонних и двусторонних договорах о трудящихся-мигрантах?

Рекомендуемая литература

1. Аметистов Э.М. Международное право и труд. М., 1982.
2. Андрианова М.А. Соотношение и взаимодействие международного частного и трудового права России в вопросах регулирования трудовых отношений с участием иностранцев. Международное частное трудовое право // Государство и право. 2002. N 9.
3. Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 5-е изд. М., 2008. Гл. 17.
4. Глазырин В.В. Труд иностранцев в России. М., 1997.
5. Довгерт А.С. Правовое регулирование международных трудовых отношений. Киев, 1992.
6. Довгерт А.С. Соотношение международного частного и трудового права // Международное частное право. Современные проблемы: В 2 кн. М., 1993. Кн. 1. Гл. 3.
7. Жильцова Ю.В. Международно-правовой статус трудящихся-мигрантов // Российский юридический журнал. 2008. N 5.

-
8. Канашевский В.А. Международное частное право: Учебник. М., 2016. Гл. XIX.
 9. Киселев И.Я. Международный труд: Практическое пособие. М., 1997.
 10. Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Особенная часть. М., 2002. Гл. XV.
 11. Лунц Л.А. О трудовых отношениях в рамках международных (межгосударственных) организаций и гражданско-правовых отношений этих организаций. Проблемы совершенствования советского законодательства // Труды ВНИИСЗ. 1974. N 1.
 12. Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право: Учебник. М., 1984. Гл. 19.
 13. Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2004. Гл. 17.
 14. Международное частное право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М.: Статут, 2015. Т. 2. Гл. 13.
 15. Овсяк А.М. Международная защита прав трудящихся-мигрантов // Юрист-международник. 2008. N 2.
 16. Сборник международных правовых документов, регулирующих вопросы миграции. М., 1994.
 17. Социальные права человека. Документы и материалы Совета Европы. М., 1996. Ч. I и II.
 18. Толстых В.Л. Коллизионное регулирование трудовых отношений // Трудовое право. 2003. N 4.
 19. Хартия Европейского союза об основных правах: Комментарий / Под ред. С.Ю. Кашкина. М., 2001.

Глава 22. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

§ 1. Общие положения. Источники

1. Особенности судопроизводства по гражданским делам (в широком смысле слова, включая и дела, возникающие в связи с осуществлением экономической деятельности), в котором участвуют иностранные граждане и организации или которое иным образом связано с иностранным государством, регулируются нормами международного гражданского процесса (международного гражданского процессуального права). Термин "международный" в данном случае условен, поскольку речь идет не о международных, наднациональных судах, а о рассмотрении гражданских дел судами того или иного государства, в России - российскими судами.

Связь с иностранным государством обычно выражается в наличии в гражданском правоотношении, являющемся предметом судебного разбирательства, того или иного

иностранного элемента (понятие иностранного элемента в гражданском правоотношении раскрывается в ст. 1186 ГК РФ - см. [гл. 1](#) настоящего учебника). Однако международный характер судопроизводства может проявляться и в том, что оказывается необходимым (в том числе и по делам без участия иностранных лиц) допросить свидетеля, проживающего за границей, или истребовать из-за границы документы, выданные иностранными властями. Российский суд вообще может не вести основное производство по гражданскому делу, а лишь выполнять поручение ведущего такое производство иностранного суда о совершении отдельных процессуальных действий или по просьбе взыскателя осуществлять действия, связанные с признанием и исполнением в Российской Федерации решений иностранных судов.

В современных условиях число гражданских дел, рассмотрение которых имеет международную специфику, увеличивается, что связано с укреплением внешнеэкономических связей, расширением контактов между гражданами разных стран, а также распадом СССР и ростом миграции населения в пределах бывшей его территории.

Место норм международного гражданского процессуального права в системе отраслей права оценивается неоднозначно, поскольку эти процессуальные нормы, определяющие деятельность судов по разрешению гражданских дел с иностранным элементом и носящие поэтому в принципе публично-правовой характер, в ряде случаев (соглашения сторон о подсудности, предписания о доказательствах и др.) затрагивают и частноправовую сферу.

Господствующая в доктрине позиция сводится к тому, что **международный гражданский процесс относится к гражданскому процессуальному праву как отрасли права** (Л.А. Лунц, Г.К. Дмитриева, В.П. Звеков, А.Г. Светланов, Г.Ю. Федосеева и др.). Есть, однако, и другие точки зрения. Так, предлагается относить международный гражданский процесс к международному частному праву, включать процессуальные отношения в качестве составляющей объекта регулирования "такой специфической отрасли права, как международное частное право" <1>.

<1> См.: Ануфриева Л.П. Международное частное право. Общая часть: Учебник. М., 2000. Т. 1. С. 86, 87. Позднее эта позиция была несколько изменена - международное частное право стало рассматриваться как "специфическая подсистема национального права каждого из государств, обладающая иными системными характеристиками, нежели отрасль права" (Ануфриева Л.П. Виды взаимодействия международного публичного и международного частного права. Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. СПб., 2007. С. 376). Но автор, по-видимому, по-прежнему исходит из включения международного гражданского процесса в международное частное право.

Включает международный гражданский процесс в состав международного частного права и Т.Н. Нешатаева. См.: Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004. С. 19.

Н.Ю. Ерпылева утверждает, что "международный гражданский процесс является отраслью МЧП как комплексного образования". См.: Ерпылева Н.Ю. Системная принадлежность международного частного права // Журнал международного частного права. 2009. N 2. С. 15.

Другие предлагают рассматривать международный гражданский процесс в качестве

составной части комплексной отрасли права, именуемой "международное частное право и международный гражданский процесс", включающей в себя правовые образования публичного и частного права <1>.

<1> См.: Сулейменов М.К. Международное частное право в системе права. Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы / Под ред. С.В. Бахина. СПб., 2007. С. 364.

Некоторые авторы считают, что вряд ли стоит относить международный гражданский процесс к той или другой отрасли, он должен акцептироваться как самостоятельная правовая материя <1>.

<1> См.: Шак Х. Международное гражданское процессуальное право: Учебник / Пер. с нем. М., 2001. С. 5.

Что касается **места международного гражданского процессуального права в системе правоведения**, то здесь в отечественной доктрине первостепенную роль играет тяготение данной области права скорее к международному частному праву. С международным частным правом его сближают иностранная характеристика рассматриваемых судами правоотношений, значительная роль международных договоров, влияние общих категорий международного права. Например, тесно связаны между собой проблемы международной подсудности (область международного гражданского процесса) и проблемы подлежащего применению гражданского (семейного) права (область международного частного права).

В международных договорах России соответствующие правила неразрывны. Переплетаются аспекты международного гражданского процессуального права и международного частного права и в других вопросах, например при установлении содержания подлежащего применению иностранного права. Все это дает основания для **изучения и преподавания международного гражданского процесса в рамках международного частного права как отрасли правоведения**.

В России такой подход можно считать традиционным (Л.А. Лунц, М.М. Богуславский, Г.К. Дмитриева, Л.П. Ануфриева, В.П. Звеков, А.Г. Светланов и др.). В то же время следует отметить, что расширение регулирования международного гражданского процесса в основополагающих отраслевых законодательных актах - ГПК и АПК - дало определенный толчок к более углубленному изучению соответствующих норм и в рамках науки гражданского процессуального права.

В международном гражданском процессуальном праве обычно **изучаются следующие вопросы**:

- 1) о международной подсудности;
- 2) о положении иностранных граждан и иностранных юридических лиц в гражданском (арбитражном) процессе;

- 3) о положении в гражданском (арбитражном) процессе иностранного государства и его дипломатических представителей;
- 4) о порядке ведения судопроизводства по гражданским делам с иностранным элементом;
- 5) о применении иностранного права (процессуальный аспект);
- 6) о поручениях судам иностранных государств об исполнении отдельных процессуальных действий и о вручении документов и выполнении соответствующих поручений иностранных судов;
- 7) о признании и исполнении иностранных судебных и арбитражных решений.

Специально исследуются и вопросы признания иностранных арбитражных соглашений и принудительного исполнения решений иностранных арбитражей (третейских судов), как и другие вопросы международного коммерческого арбитража. Иногда затрагиваются и вопросы, связанные с деятельностью нотариата, загсов, органов опеки и попечительства, если речь идет об иностранцах и о необходимости применения иностранного права, получении документов из-за границы и т.п. <1>.

<1> В целях единства изложения основные вопросы правового положения иностранного государства рассматриваются в [гл. 7](#) учебника. Международному коммерческому арбитражу посвящена [гл. 23](#).

Можно выделить свойственные международному гражданскому процессуальному праву **общие начала**, такие, например, как свобода доступа иностранных лиц в суды, уравнивание их в правах в судебном процессе с собственными гражданами, предоставление юрисдикционного иммунитета иностранному государству, принципы установления содержания иностранного права, взаимное оказание судами правовой помощи, общие основания признания и исполнения иностранных судебных решений, определение соотношения действия источников.

Попытка унифицировать основные начала международного гражданского процесса была предпринята Американским институтом права и Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА). Утвержденные Административным советом УНИДРУА в 2004 г. Принципы международного гражданского процесса, направленные на сглаживание различий между соответствующими нормами отдельных правовых систем, были рекомендованы государствам в качестве базы для внутреннего законодательства, регулирующего рассмотрение международно-правовых споров в коммерческой сфере; они, однако, могут использоваться и при разрешении иных гражданско-правовых споров. Возможно, принципы будут рассматриваться судами и в качестве обычаев, общепризнанных стандартов <1>. В числе принципов в рассматриваемом документе указывается, в частности, на независимость, беспристрастность и квалифицированность судей, компетентность суда, процессуальное равенство сторон, право их на помощь представителя, должное извещение сторон, доступ к информации о доказательствах, взаимное оказание судами правовой помощи (всего 31 принцип). Содержание каждого принципа раскрывается в тексте документа <2>.

<1> См.: Канашевский В.А. Международное частное право: Учебник. М., 2016. С. 860.

<2> Подробнее о принципах см.: Толстых В.Л. Принципы международного гражданского процесса Американского института права / УНИДРУА // Арбитражная практика. 2007. N 1. С. 88 - 96.

2. Источники международного гражданского процессуального права, как и источники международного частного права, имеют двойственный характер. Это в основном **внутреннее законодательство и международные договоры**. В последнее время, особенно в Европе, возросла роль норм "наднационального" права.

Внутреннее законодательство государств в данной области различно, что во многом обусловлено различиями в самом гражданском процессе: разными подходами к принципу состязательности, средствами доказывания и т.п. Широкая унификация поэтому затруднительна. Однако имеются международные договоренности по ключевым вопросам международного гражданского процесса. Из международных договоров можно указать, в частности, на разработанную Гаагской конференцией по международному частному праву **Конвенцию по вопросам гражданского процесса**, первая редакция которой была принята еще в XIX в., а впоследствии неоднократно обновлялась вплоть до последней редакции 1954 г. (для ряда стран она, однако, в настоящее время утратила силу в связи с заключением новых заменяющих ее конвенций 1965, 1970 и 1980 гг.), **Европейскую конвенцию об иммунитете государств от 16 мая 1972 г.**, **Конвенцию ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности** 2004 г. По вопросам гражданского процесса действуют международные договоры американских государств (Кодекс Бустаманте 1928 г. и др.). Заключено большое число двусторонних договоров.

Для Европы особое значение имела Брюссельская конвенция о судебной компетенции и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам 1968 г. <1>, упростившая взаимное признание и исполнение судебных решений и тем способствовавшая формированию единого европейского правового пространства. Почти для всех членов ЕС она, однако, утратила значение в связи с принятием Советом ЕС 22 декабря 2000 г. **Регламента N 44/2001 о юрисдикции, признании и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам**, вступившего в силу 1 марта 2002 г. (так называемый Регламент Брюссель-I). Нужно сказать, что регламенты в качестве наднационального права Сообщества обладают прямым действием и не требуют каких-либо трансформационных актов, они имеют приоритет над национальными актами. В этом усматривается их преимущество перед международными договорами, которые оказались "слишком медленным и негибким средством для Сообщества" <2>. По своему содержанию нормы Регламента N 44/2001 были близки к положениям Брюссельской конвенции 1968 г. В настоящее время этот Регламент заменен новым Регламентом ЕС от 20 декабря 2012 г. N 1215/2012.

<1> См.: О признании и исполнении иностранных судебных решений по экономическим спорам (документы и комментарии) // Библиотечка Вестника ВАС РФ. М., 1999. С. 196 - 208.

<2> См.: Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Кн. 1 / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М., 2013. С. 180.

Созданию единого правового пространства в рамках ЕС способствовало и принятие Регламента ЕС N 1347/2000 "О судебной компетенции, признании и исполнении судебных решений по семейным делам и в области ответственности родителей за общих детей" (Регламент Брюссель-II), в свою очередь замененного впоследствии Регламентом ЕС от 27 ноября 2003 г. N 2201/2003 (Регламент Брюссель-III). Приняты и некоторые другие акты наднационального права, в частности относительно банкротства, представления документов по гражданским и торговым делам, вручения судебных документов.

В доктрине отмечается, что в кругу государств - членов ЕС развитие "наднационального" регулирования "все больше вытесняет национальные правила судопроизводства" <1>.

<1> Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Кн. 1. С. 312.

Однако в отношениях европейских стран с третьими государствами роль международных договоров не снижается. Так, заключенная в 1988 г. Луганская конвенция (с тем же названием, что и Брюссельская конвенция 1968 г.), которая во многом повторяла текст Брюссельской конвенции и обычно именовалась "параллельной" (хотя последующие изменения в обеих конвенциях и привели к некоторым различиям), с принятием указанных регламентов не утратила, как Брюссельская конвенция 1968 г., своего значения, поскольку имела более широкий круг участников и допускала присоединение других стран (помимо участников Брюссельской конвенции 1968 г. в ней участвовали Австрия, Исландия, Норвегия, Финляндия, Швейцария и некоторые другие страны). В 2007 г. она была пересмотрена: с 1 января 2010 г. действует новая Луганская конвенция о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам от 30 октября 2007 г. Она распространяет свое действие помимо стран ЕС на Исландию, Норвегию и Швейцарию.

В 2005 г. в рамках деятельности Гаагской конференции по международному частному праву принята Конвенция о соглашениях о выборе суда (Convention on Choice of Court Agreements). Помимо стран ЕС, в ней участвует Мексика (Конвенция вступила в силу в 2015 г.).

Работа над проектом всеохватывающей Конвенции о международной подсудности и признании и принудительном исполнении иностранных судебных решений не получила дальнейшего развития, однако в настоящее время разрабатывается проект Конвенции о признании и исполнении иностранных судебных решений (имеются в виду решения по гражданским и коммерческим делам) <1>.

<1> О состоянии и перспективах развития унификации норм международного гражданского процесса в ЕС см.: Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Кн. 1. С. 287 - 314.

В российском законодательстве нормы международного гражданского процесса включены

в отраслевые кодексы - ГПК РФ и АПК РФ. Таким образом, они подпадают под действие закрепленных в этих Кодексах основных начал российского гражданского (арбитражного) процесса и тесно взаимодействуют со всеми другими нормами этих законодательных актов.

Нужно иметь в виду, что Законом РФ о поправке к Конституции РФ от 5 февраля 2014 г. N 2-ФКЗ "О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации" <1> (действует с 6 февраля 2014 г.) и Федеральным конституционным законом от 5 февраля 2014 г. N 4-ФКЗ "О внесении изменений в Федеральный конституционный закон "О судебной системе Российской Федерации" (действует с 6 августа 2014 г.) полномочия Высшего Арбитражного Суда РФ переданы Верховному Суду РФ.

<1> СЗ РФ. 2014. N 6. Ст. 548.

В ГПК РФ нормы о процессуальном положении иностранных лиц и иностранного государства, международной подсудности, исполнении судебных поручений, признании и исполнении иностранных судебных решений сосредоточены в разд. V. Он значительно полнее, чем был соответствующий раздел ГПК 1964 г. (20 статей вместо семи). Впервые получили прямое решение в ГПК вопросы гражданской процессуальной право- и дееспособности, международной подсудности (статьи о подсудности составляют самостоятельную главу), признания и исполнения иностранных судебных и арбитражных решений (единственную статью в ГПК РСФСР 1964 г. заменила самостоятельная глава, где были использованы в основном положения Указа Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. "О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей" <1>).

<1> Ведомости СССР. 1988. N 26. Ст. 427. Согласно ст. 3 Федерального закона от 24 июля 2002 г. N 96-ФЗ "О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" (СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3613) Указ от 21 июня 1988 г. впредь до приведения федеральных законов в соответствие с АПК РФ применяется в части, не противоречащей АПК РФ.

Арбитражные (хозяйственные) суды применяют правила гл. 31 - 33.1 АПК РФ, где детально регулируются особенности рассмотрения дел с участием иностранных лиц, включая производство по делам с участием иностранного государства, компетенция арбитражных судов (международная подсудность), приведение в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений.

Регулирование международного гражданского процесса в кодексах не исключает действия **специальных норм, содержащихся в иных федеральных законах**, например в Федеральном законе "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации", в Консульском уставе РФ и некоторых других актах.

Для тех и других судов важны также разъяснения, даваемые высшими судебными органами. Можно назвать, например, Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2017 г. N 23 "О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом". Существенны правила Федерального

конституционного закона "О судебной системе Российской Федерации", Федерального закона "Об исполнительном производстве", Федерального закона от 24 июля 2002 г. N 102-ФЗ "О третейских судах в Российской Федерации" <1>. Следует также назвать Федеральный закон от 3 ноября 2015 г. N 297-ФЗ "О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации" <2>, положения которого нашли отражение в новых гл. 33.1 АПК РФ и гл. 45.1 ГПК РФ <3>.

<1> СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3019.

<2> СЗ РФ. 2015. N 45. Ст. 6198.

<3> См.: Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. N 393-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации" // СЗ РФ. 2016. N 1 (ч. I). Ст. 13.

Для судопроизводства по делам с участием иностранных граждан и юридических лиц действуют основополагающие положения **Конституции РФ**, в частности о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры России являются составной частью ее правовой системы (ч. 4 ст. 15). Разъяснения о применении судами общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ даны в Постановлениях Пленумов Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. N 5 <1> и Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июня 1999 г. N 8 <2>.

<1> ВВС РФ. 2003. N 12. С. 3 - 8.

<2> Вестник ВАС РФ. 1999. N 8. С. 5 - 13.

Общее значение имеет и норма ч. 3 ст. 46 Конституции, согласно которой **каждый вправе в соответствии с международными договорами РФ обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод граждан, если исчерпаны все имеющиеся средства правовой защиты** (см. подробнее в § 7 гл. 5). Так, присоединение России к Факультативному протоколу Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. дает гражданам возможность обращаться в Комитет по правам человека в порядке, установленном указанным Протоколом, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты нарушенных прав или когда эта защита неоправданно затягивается.

Обращение к международным процедурам вытекает из Конституции РФ и соответствующих правил международных договоров, в которых участвует Россия. Регулирование процессуальных форм защиты частных прав на международном уровне выходит за пределы национального регулирования международного гражданского процесса, но взаимосвязано с ним. На основании такой взаимосвязи предлагается комплекс норм, регламентирующих взаимодействие национальных и международных органов, которые рассматривают дела с участием физических и юридических лиц из разных стран, выделять в качестве элемента международного гражданского

процесса наряду с комплексом норм, регламентирующих взаимодействие юрисдикционных органов из разных государств <1>.

<1> См.: Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс: В 3 ч. М., 2004. С. 380.

В аспекте **кодификации норм международного гражданского процесса** в доктрине, как отмечалось (см. [гл. 1](#)), обсуждается вопрос о целесообразности принятия специального **закона о международном частном праве и международном гражданском процессе**, где были бы сосредоточены те нормы обеих областей права, которые носят общий характер. Многими авторами поддерживается такая идея. При этом указывается на то, что это позволило бы избежать различий в регулировании, существующих сейчас в ГПК и АПК, восполнить пробелы, устранить дублирование, позволило бы сосредоточить в одном акте тесно взаимосвязанные нормы частного и процессуального права. Как уже отмечалось (см. [гл. 2](#)), в последние годы значительное число иностранных государств идет по пути создания таких специальных законов, объединяющих нормы международного частного права и международного гражданского процесса (законы о международном частном праве Швейцарии (1987 г.), Турции (1982 г.), Италии (1995 г.), Бельгии (2004 г.), Болгарии (2005 г.), Украины (2005 г.), Чехии (2012), Венгрии (2017) и др.). Однако в российской доктрине высказано и отрицательное отношение к объединению норм частного и процессуального права в специальном законе, обосновываемое тем, что "юридически значимых связей коллизионных норм с нормами международного гражданского процесса практически не существует" <1>.

<1> См.: Маковский А.Л. Кодификация гражданского права и развитие отечественного международного частного права. Кодификация российского частного права / Под ред. Д.А. Медведева. М.: Статут, 2008. С. 70.

К источникам международного гражданского процесса относятся и **договоры России с иностранными государствами**, а также действующие в нашей стране как правопреемнице СССР международные договоры СССР. Среди двусторонних договоров в первую очередь следует назвать **договоры о правовой помощи** по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенные, в частности, с Албанией, Алжиром, Аргентиной, Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Грецией, Египтом, Индией, Ираком, Ираном, Испанией, Италией, Йеменом (НДРЙ), Кипром, Китаем, КНДР, Кубой, Монголией, Польшей, Румынией, Тунисом, Финляндией, Чехословакией (ныне - Чехия и Словакия), а также с рядом стран СНГ и Балтии. Есть и другие двусторонние договоры, где затрагиваются отдельные вопросы международного гражданского процесса.

В отношениях стран СНГ особенно велика роль Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанной в Минске 22 января 1993 г. <1> (некоторые изменения в Конвенцию внесены Протоколом от 28 марта 1997 г.). Конвенция обеспечивает, с одной стороны, защиту в судах этих стран граждан стран СНГ и других лиц (т.е. лиц, не являющихся их гражданами), если они проживают в стране-участнице, а также юридических лиц; с другой - четкое и надежное правовое сотрудничество судов и других учреждений юстиции.

<1> Участники Минской конвенции 1993 г.: Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан, Туркмения, Узбекистан, Украина.

Конвенцией охватывается широкий круг вопросов сотрудничества в сфере гражданского процесса:

- правовая защита граждан и юридических лиц;
- порядок сношений при оказании правовой помощи;
- исполнение поручений учреждений юстиции;
- действительность документов;
- предоставление информации о праве;
- разграничение компетенции судов;
- вопросы применения права (коллизии нормы), признания и исполнения иностранных судебных решений.

Конвенция сыграла важную роль в период становления СНГ с точки зрения сохранения имевшихся правовых связей. Ее положения в области международного гражданского процесса не потеряли своего значения и сейчас. Не случайно эти положения практически без серьезных изменений были перенесены в подписанную 7 октября 2002 г. в г. Кишиневе новую Конвенцию стран СНГ, призванную заменить собою Минскую конвенцию. Нужно обратить внимание и на то, что при обновлении своего внутреннего законодательства в области международного гражданского процесса страны СНГ, как видно, учитывали и связывающие их всех положения Минской конвенции.

Для арбитражных (хозяйственных) судов стран СНГ велика роль Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г. <1>. В этом международном договоре:

<1> Участники Киевского соглашения 1992 г.: Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Россия, Таджикистан, Туркмения, Узбекистан, Украина.

- решаются вопросы правовой защиты хозяйствующих субъектов (юридических лиц и граждан-предпринимателей);
- разграничивается компетенция судов (общих и арбитражных), рассматривающих их споры;
- определяется порядок оказания судами правовой помощи;
- предусматривается взаимное признание и исполнение решений, вынесенных судами одной

из стран-участниц, на территории других стран-участниц;

- решаются вопросы подлежащего применению права и предоставления информации о праве.

В отличие от Минской конвенции 1993 г., где имеются в виду любые гражданско-правовые споры, Соглашение от 20 марта 1992 г. охватывает только споры, связанные с осуществлением хозяйственной деятельности.

Вопрос о соотношении действия Минской конвенции 1993 г. и Киевского соглашения 1992 г. решается в соответствии со ст. 82 Конвенции, согласно которой последняя не затрагивает действия других договоров той же тематики, заключенных между странами-участницами.

Нормы Соглашения следует рассматривать в качестве специальных <1>. Поэтому в отношениях стран, участвующих и в Конвенции, и в Соглашении, применительно к хозяйственным спорам (в отношении судебных поручений, подлежащего применению права, признания и исполнения решений и т.п.) следует руководствоваться нормами Соглашения.

<1> См.: решение Экономического суда СНГ от 21 февраля 2007 г. N 01-1/2-06 "О толковании статей 5, 7 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г., статей 15, 17, 51, 54 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г., статей 15, 17, 54, 57 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2001 г."

Нужно подчеркнуть, что упомянутые Соглашение и Конвенция регулируют международное сотрудничество при разрешении споров в государственных судах, а не в международных коммерческих арбитражах (третейских судах) <1>.

<1> См., например, Определение СК по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 22 октября 2015 г. // ВВС РФ. 2016. N 4.

Минская конвенция 1993 г. не исключает действия двусторонних договоров о правовой помощи, заключенных между РФ и странами, участвующими в Конвенции; последняя подлежит применению лишь постольку, поскольку в соответствующем двустороннем договоре отсутствует регулирование.

6 марта 1998 г. Россия подписала Соглашение стран СНГ о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств - участников Содружества, но не ратифицировала его. Действует, однако, **двустороннее Соглашение Российской Федерации с Белоруссией, вступившее в силу с 29 июля 2002 г.** <1>, упрощающее порядок исполнения иностранных решений (об этих двух соглашениях см. § 6).

<1> БМД. 2003. N 3. С. 65 - 67.

С 1967 г. наша страна участвует в упомянутой Гаагской конвенции 1954 г. по вопросам гражданского процесса. 12 февраля 2001 г. приняты федеральные законы о присоединении Российской Федерации к двум другим Гаагским конвенциям: о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 г. и о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам от 18 марта 1970 г. <1>. Они были приняты в развитие упомянутой Конвенции 1954 г. и заменяют многие ее положения. В обеих конвенциях наряду с европейскими и другими странами участвуют Великобритания и США.

<1> СЗ РФ. 2001. N 7. Ст. 615, 616.

С некоторыми из стран - участниц названных конвенций (например, с Белоруссией, Болгарией, Латвией, Польшей, Украиной, Финляндией) Россию связывают и заключенные ранее двусторонние договоры о правовой помощи. При присоединении России к конвенциям 1965 и 1970 гг. вопрос о дальнейшей судьбе соответствующих положений этих договоров не был разрешен заинтересованными Сторонами. В Конвенциях же на этот счет содержится лишь общее правило о том, что они не затрагивают конвенций, участниками которых являются или будут являться Договаривающиеся государства.

Нужно сказать, что аналогичная ситуация была и в 1967 г., когда СССР присоединился к Гаагской конвенции 1954 г. по вопросам гражданского процесса. Тогда была принята Инструкция Верховного Суда СССР от 2 февраля 1968 г., где судам давалось следующее разъяснение: в случаях, когда в двусторонних соглашениях СССР с другими государствами - участниками Конвенции установлены более льготные условия оказания правовой помощи, применяются положения этих соглашений.

Практически все российские (а ранее - советские) суды чаще обращались к более "льготным", чем в Конвенции 1954 г., нормам двусторонних договоров о правовой помощи. Однако правила Конвенций 1965 и 1970 гг., развивающие положения Конвенции 1954 г., в ряде случаев оказываются более простыми и удобными, чем правила двусторонних договоров. В этих условиях при отсутствии конкретной договоренности между заинтересованными Сторонами и указаний в законодательстве можно, надо думать, исходить из тех условий сотрудничества, которые более благоприятны для сторон и облегчают оказание правовой помощи. Таким образом, Конвенции 1965 и 1970 гг. и соответствующие положения двусторонних договоров между странами-участницами могут действовать параллельно.

В таком направлении высказался и Пленум Верховного Суда РФ. Как следует из п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2017 г. N 23 "О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом", арбитражный суд при оказании международной правовой помощи применяет тот из устанавливающих механизм взаимодействия компетентных органов государств международных договоров, который обеспечивает наиболее быстрое и менее формализованное взаимодействие таких органов как направленный на более быстрое восстановление нарушенных (оспоренных) прав.

В некоторых случаях договаривающиеся государства специально оговаривают применение того или иного международного договора. Так, 24 - 29 августа 2009 г. в ходе экспертных консультаций представителей министерств юстиции России и Китая была достигнута договоренность в целях сокращения сроков исполнения запросов о правовой помощи применять в этом вопросе не двусторонний Договор между РФ и Китаем о правовой помощи по гражданским и уголовным делам 1992 г., а Конвенцию о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г. <1>.

<1> См.: письмо Минюста России от 19 октября 2009 г. N 06/13214-А.Ф. // ВВС РФ. 2010. N 2. С. 40.

Россия участвует также в **Венских конвенциях: о дипломатических сношениях** (1961 г., более 130 стран-участниц) и о **консульских сношениях** (1963 г.); в **Гаагской конвенции** (1961 г.), **отменяющей требование легализации иностранных официальных документов**. Действуют и многочисленные двусторонние консульские конвенции.

Заключенные нашей страной международные договоры, содержащие разного рода нормы относительно рассмотрения судами гражданских дел по правоотношениям с иностранным элементом, применяются и арбитражными (хозяйственными) судами, если в договорах речь идет о государственных судах вообще, без выделения судов общей юрисдикции. Это вытекает из ст. ст. 118, 126 и 127 Конституции РФ. Такова и позиция Высшего Арбитражного Суда РФ. Таким образом, применимы в арбитражных судах и положения упомянутых Гаагских конвенций.

Предусматривая возможность расхождения между конкретными нормами внутреннего российского законодательства и нормами международных договоров России, ч. 2 ст. 1 и ч. 4 ст. 11 ГПК РФ, основываясь на положениях ст. 15 Конституции РФ, устанавливают, что при таком расхождении применяются нормы соответствующего международного договора. Аналогичную норму, адресованную арбитражным судам, содержит ст. 13 АПК РФ. Разъяснения о применении судами общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ даны в Постановлениях Пленумов Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. N 5 и Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июня 1999 г. N 8 <1>. Для арбитражных судов существенны рекомендации, данные в информационном письме Президиума ВАС РФ от 9 июля 2013 г. N 158 "Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением арбитражными судами дел с участием иностранных лиц" <2>.

<1> Вестник ВАС РФ. 1999. N 8. С. 5 - 13.

<2> Вестник ВАС РФ. 2013. N 9. С. 121 - 155.

§ 2. Подсудность дел, осложненных иностранным элементом (международная подсудность)

1. Правоотношения с иностранным элементом связаны как с российским, так и с иностранным правопорядком. Поэтому встает вопрос о том, компетентны ли российские суды

рассматривать возникающие по этим правоотношениям споры, т.е. вопрос о международной подсудности. Слово "международная" имеет здесь такое же значение, как и в терминах "международное частное право", "международный гражданский процесс": имеются в виду отношения не межгосударственные, а возникающие в условиях международного гражданского оборота.

Каждое из государств обычно само определяет пределы компетенции (юрисдикции) своих судов и в принципе не обязано принимать во внимание соответствующие правила, действующие в других государствах. На вопрос о том, компетентен ли российский суд разрешать спор по определенному гражданскому делу, ответ, следовательно, нужно искать в российском законодательстве или в соответствующем международном договоре РФ.

Т.М. Яблочков еще в 1909 г. писал: "Суды применяют, поскольку налицо нет государственных договоров, туземные положительные законы о подсудности. Судья не вправе и не обязан принимать в соображение чужеземные нормы о подсудности. Он не должен смущаться тем, что, быть может, его решение не будет признано в иностранном государстве" <1>. Однако такая "независимость" имеет свои отрицательные стороны.

<1> Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процессуального права. Ярославль, 1909. С. 509.

Различия в регулировании международной подсудности в законах отдельных государств (а такие различия связаны с применением разных критериев при определении подсудности) порождают так называемые **конфликты юрисдикции**:

- положительные, когда суды двух или более государств считают дело себе подсудным;
- отрицательные, когда и те, и другие отказываются от рассмотрения дела.

Наилучший выход из такого положения - заключить международные договоры, содержащие нормы о разграничении компетенции судов договаривающихся государств.

Такие договоры стали чаще заключаться в последнее время. В упоминавшихся выше Брюссельской конвенции 1968 г. о судебной компетенции и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам и Луганской (параллельной) конвенции 1988 г., как и в новой Луганской конвенции о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам от 30 октября 2007 г., вопросы компетенции (подсудности) решены, как общее правило, на базе применения территориального признака (места жительства ответчика); разграничивается компетенция и с использованием правил специальной и исключительной подсудности. Несоблюдение при вынесении решения установленных правил компетенции может, согласно Конвенциям, явиться в дальнейшем основанием для отказа в признании и исполнении решения в других странах-участницах.

В Регламенте ЕС N 1215/2012, как и в ранее действовавшем Регламенте N 44/2001, правила о международной подсудности унифицированы на наднациональном уровне. Юрисдикция определяется здесь, как общее правило, тоже на основании территориального критерия: иски

должны предъявляться в судах государства, где ответчик имеет постоянное место жительства, независимо от его гражданства. Допускается предъявление иска и в другом государстве в случаях, определенных в Регламенте, например по договорному обязательству - в судах по месту исполнения обязательства, по делам о предоставлении содержания - в судах по месту жительства или обычного местопребывания, имеющего право на получение содержания, по спорам из деликтов или квазиделиктов - в судах по месту, где произошло или может произойти вредоносное событие, и т.д. Специально определяется юрисдикция по делам, связанным со страховой деятельностью, по потребительским договорам, по индивидуальным трудовым договорам. Установлена исключительная юрисдикция независимо от критерия постоянного места нахождения: в отношении исков, предметом которых являются вещные права на недвижимость, исков о действительности учреждения или прекращения компаний, юридических лиц и др. Допускаются пророгационные соглашения.

В Регламенте N 1215/2012 по сравнению с Регламентом N 44/2001 есть также специальные правила о подсудности взаимосвязанных дел и новые правила применительно к искам, находящимся одновременно на рассмотрении нескольких судов. Предоставлены более благоприятные условия для потребителей и наемных работников. В частности, работник может подать иск не только в суд по месту работы, но и в суд страны своего постоянного места жительства (домиция).

Во внутреннем законодательстве государств **при определении международной подсудности используются разнообразные критерии**, но они могут быть все же сведены к некоторым наиболее часто встречающимся:

- 1) гражданство сторон или стороны в деле;
- 2) место жительства (применительно к юридическим лицам - нахождения) ответчика;
- 3) личное присутствие ответчика при наличии у него имущества на территории данного государства;
- 4) место нахождения спорной вещи;
- 5) какая-либо иная связь дела с территорией данного государства (место жительства истца, место причинения вреда, место исполнения договора и др.).

Именно приведенные критерии, как видно, были использованы в указанных Регламентах.

Критерии для определения подсудности внешне сходны с привязками коллизионных норм. Но это разные правовые категории: в коллизионной норме определяется подлежащее применению материальное право - свое или иностранное, здесь же устанавливаются пределы компетенции собственных судов и не затрагивается компетенция иностранных судов (вопрос процессуальный). Отнесение дела к компетенции собственных судов отнюдь не всегда означает применение собственного материального права.

Признак гражданства в качестве определяющего международную подсудность чаще всего применяется, например, во Франции и в странах, следующих французской правовой системе, признак места жительства (нахождения) ответчика - в Германии и ряде других стран, например

Японии. В странах общего права превалирует признак фактического присутствия ответчика (физическое нахождение в данной стране, обеспечивающее возможность вручить судебную повестку); при этом по искам **in personam** допускается и кратковременное присутствие, а по искам **in rem** достаточно нахождения в данной стране имущества ответчика.

Однако нужно иметь в виду, что при определении международной подсудности обычно наряду с основным критерием (общая подсудность) используются и другие, связываемые не столько с характеристикой сторон (место жительства, гражданство), сколько со спецификой предмета спора (например, по искам из причинения вреда - место его причинения).

В доктрине обычно различают:

1) международную и внутреннюю подсудность (если первая касается подсудности судов данной страны в целом, то вторая определяет территориальную (а также родовую) подсудность внутри страны);

2) прямую и косвенную международную подсудность (прямая имеет в виду определение подсудности при вынесении решений, косвенная - принятие во внимание правил о международной подсудности при решении вопроса о признании и исполнении иностранного судебного решения);

3) альтернативную, когда допускается подсудность спора судам нескольких государств, и исключительную, когда закон относит спор к подсудности только одного государства.

Кроме того, наряду с общим правилом часто устанавливаются специальные правила подсудности.

О современных подходах к регулированию международной подсудности можно судить, например, по правилам нового Закона Бельгии о международном частном праве (2004 г.), нормы которого формировались с учетом европейского опыта, в частности положений Закона Швейцарии о международном частном праве. Здесь четко различаются правила международной и внутренней подсудности; наряду с общими правилами предусматриваются специальные правила подсудности (например, об усыновлении). В общих правилах исходным критерием является либо место жительства, либо обычное проживание ответчика в Бельгии, либо избрание подсудности соглашением сторон.

2. В России применение в качестве общего правила подсудности по месту жительства (нахождения) ответчика традиционно. Это правило действовало и до принятия новых процессуальных кодексов, хотя и было сформулировано в законе не прямо, а путем отсылки к нормам о территориальной подсудности. Сейчас оно прямо выражено в законодательстве: **российским судам подсудны дела по искам, предъявляемым к лицам, имеющим в Российской Федерации место жительства** (применительно к физическим лицам) **или место нахождения** (применительно к организациям), - ч. 2 ст. 402 ГПК РФ.

Понятие места жительства физических лиц определяется в соответствии со ст. 20 ГК РФ, а места нахождения юридического лица - по месту его государственной регистрации, если в соответствии с законом в его учредительных документах не установлено иное (п. 2 ст. 54 ГК РФ). Порядок регистрации юридических лиц, в том числе определение места регистрации, установлен Федеральным законом "О государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных

предпринимателей".

Наряду с общим правилом международной подсудности применяется и **альтернативная подсудность**. В перечисленных в ст. 402 ГПК случаях (перечень исчерпывающий) допускается рассмотрение дел судами РФ и при проживании (нахождении) ответчика за границей.

Существенными обстоятельствами, влияющими на подсудность, признаются:

- нахождение на территории РФ органа управления, филиала или представительства организации, наличие в РФ имущества;
- по определенным видам дел место жительства в РФ истца или российское гражданство одной из сторон, совершение действия или наступление иного обстоятельства в Российской Федерации.

Право выбора в этих случаях суда (иностранного по месту жительства (нахождения) ответчика или российского) принадлежит истцу.

Не исключается и действие специальных правил, определяющих **подсудность по отдельным видам дел**. Таковы, в частности, нормы о подсудности по делам о расторжении брака проживающих за границей российских граждан с проживающими там же лицами (независимо от их гражданства): подобные дела российским судам подсудны (ст. 160 СК РФ).

По некоторым делам законом устанавливается **исключительная подсудность** российским судам. Это прежде всего дела о вещных правах на находящееся на территории РФ недвижимое имущество, в частности земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты, леса, другие объекты, прочно связанные с землей (см. ст. 1305 ГК РФ). Это также дела по спорам, возникающим из договора перевозки, если перевозчики находятся в РФ; о расторжении брака российского гражданина с иностранным лицом, если оба супруга имеют место жительства в РФ; по делам, возникающим из публичных правоотношений.

В ГПК РФ урегулирована **международная подсудность и по делам особого производства**. При этом она тоже рассматривается как исключительная. В соответствии с характером того или иного вида дел определяющими признаются критерии места жительства, гражданства заинтересованного лица, места нахождения вещи и др. Например, дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение, отнесены к подсудности российских судов в одном из двух случаев: если в Российской Федерации имеет место жительства заявитель и если факт имел (имеет) место на территории РФ; по делам о признании лица безвестно отсутствующим или об объявлении умершим решающим признается российское гражданство отсутствующего или место его жительства в Российской Федерации. Подсудность по делам об усыновлении определена с учетом ст. 125 СК РФ, установившей судебный порядок усыновления в особом производстве.

Отнесение к исключительной подсудности судов РФ дел, затрагивающих личный статус граждан РФ, а также иных лиц, если они имеют в РФ место жительства, отражает свойственное и другим государствам стремление оставить такие дела исключительно в компетенции собственных судов, а споров о находящемся в России недвижимом имуществе - стремление обеспечить публичные интересы, контроль государства в отношении объектов, связанных с его территорией.

Внутренняя территориальная и родовая (предметная) подсудность споров, отнесенных к компетенции российских судов, определяется на основании норм гл. 3 ГПК РФ.

В АПК РФ **определяется подсудность (компетенция) по делам, отнесенным к подведомственности арбитражных судов:** об экономических спорах и по другим делам, связанным с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности. Рассредоточение норм о международной подсудности между двумя кодексами не расходится с положениями международных договоров РФ, так как последние обычно определяют подсудность российских судов в целом, не претендуя на распределение дел между отдельными судами РФ, т.е. не решая вопросов подведомственности внутри страны. Эти вопросы решаются российским законодательством.

Применительно к арбитражным судам международная подсудность определяется в АПК РФ исходя из места нахождения ответчика и места жительства гражданина на территории России и из ряда других критериев (ст. 247 АПК РФ). Следует иметь в виду, что п. 10 ч. 1 ст. 247 АПК РФ, в отличие от ГПК РФ, допускает рассмотрение дел арбитражными судами и в иных, кроме перечисленных в данной статье, случаях - **"при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией Российской Федерации"**. Таким образом, установленный ч. 1 ст. 247 АПК РФ перечень оснований компетенции арбитражных судов не является исчерпывающим, а это значительно расширяет сферу международной подсудности арбитражных судов РФ, предоставляя им, как следует из текста закона, право самим определять наличие связи правоотношения с территорией России и не связывая их при этом никакими ограничениями. Принцип наличия тесной связи, как указывается в п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2017 г. N 23, лежит в основе общих правил определения компетенции арбитражных судов РФ, поэтому нормы ч. 1 ст. 247 АПК РФ должны толковаться с учетом этого принципа.

По некоторым делам с иностранным элементом российские арбитражные суды имеют **исключительную компетенцию** (дела, связанные с недвижимостью, находящейся в России, дела по спорам в отношении имущества, находящегося в государственной собственности РФ, дела, возникающие из публичных отношений, и др.). Сфера исключительной компетенции арбитражных судов тоже значительно расширена, что, как отмечается в литературе, не всегда соответствует давно сложившейся практике и современным экономическим реалиям <1>.

<1> См.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. М.С. Шакарян. М., 2003. С. 578.

Таким образом, приходится констатировать наличие определенных различий в подходе ГПК РФ и АПК РФ к определению международной подсудности: в отличие от судов общей юрисдикции арбитражные суды не ограничены в праве принять к своему рассмотрению любое подведомственное ему дело с иностранным элементом (в том числе и в случаях, не перечисленных в п. п. 1 - 9 ст. 247 АПК РФ), если они установят "тесную", с его точки зрения, связь правоотношения с территорией России.

В доктрине столь широкое определение компетенции арбитражных судов оценивается по-разному. Ряд авторов поддерживает позицию АПК РФ, ссылаясь, в частности, на необходимость обеспечения права на судебную защиту и ограниченность условий, при которых

допускается отказ в осуществлении правосудия, и считая принятый в АПК РФ "комбинированный подход" своеобразием российского права <1>. Хотя многие страны сейчас действительно стремятся к расширению компетенции своих судов, все же отнесение к компетенции судов своей страны столь широкого круга споров едва ли можно считать достоинством закона, если учитывать дальнейшее движение судебного процесса (возможность исполнения в последующем решения российского суда за границей), перспективы развития международного сотрудничества и в конечном счете интересы сторон по делу.

<1> См.: Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения. М., 2008. С. 59, 61 (автор гл. II - Н.Г. Елисеев). См. также: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.Ф. Яковлева и М.К. Юкова (автор комментария к ст. 247 - Т.Н. Нешатаева). М., 2003. С. 652.

Различия в регулировании подсудности применительно к судам общей юрисдикции и арбитражным судам (в ГПК РФ - наличие основного правила подсудности и исчерпывающий перечень случаев альтернативной подсудности, в АПК РФ - отсутствие основного правила и практически не ограниченная возможность принять дело к своему рассмотрению) едва ли могут быть объяснены спецификой экономических споров. Очевидно, необходима выработка единого подхода в принципиальных вопросах международной подсудности, имеющих общее значение для российских судов в целом. Принятие общего для арбитражных судов и судов общей юрисдикции процессуального кодекса, проект которого в настоящее время разрабатывается, несомненно, облегчит применение судами норм международного гражданского процесса. В вопросах международной подсудности это позволит еще раз внимательно рассмотреть и оценить действующие нормы обоих кодексов и принять оптимальные решения.

3. Международная подсудность может быть изменена соглашением сторон по делу. В соглашении может быть предусмотрено, что компетентным рассматривать данный спор будет суд определенного государства и что суд другого государства утратит право его рассматривать. Указание в соглашении на компетентность суда определенного государства является позитивным вариантом соглашения и именуется пророгационным соглашением, а исключение спора из компетенции суда определенного государства - негативным его вариантом и именуется дерогационным соглашением.

Право сторон на выбор приемлемого для них обеих места рассмотрения спора - важный правовой принцип. Это право ограничивается обычно лишь в целях защиты слабой стороны или публичных интересов.

Изменение установленной российским законодательством международной подсудности соглашением сторон по делу до принятия нового ГПК РФ допускалось практически лишь тогда, когда речь шла о внешнеэкономических сделках и о сфере торгового мореплавания. Статья 404 ГПК РФ договорную подсудность (по делам с участием иностранных лиц) допускает, причем **безотносительно к характеру спора**, т.е. не только в отношении внешнеэкономических споров; из закона следует, что она может затрагивать любые категории дел, в отношении которых суд общей юрисдикции обладает компетенцией, кроме случаев исключительной подсудности (нельзя, в частности, передавать на рассмотрение иностранного суда дела, перечисленные в ст. 403 ГПК

РФ).

В своем соглашении стороны могут договориться (во изменение установленной в законе международной подсудности):

- во-первых, о рассмотрении своего спора в российских судах;
- во-вторых, о передаче спора, по которому компетентны российские суды, на рассмотрение иностранного суда.

В первом случае возникает вопрос о том, должен ли российский суд учитывать тот факт, что по иностранному законодательству рассмотрение данного спора отнесено к исключительной подсудности судов этого государства.

Статья 249 АПК РФ предписывает учитывать этот факт: соглашение сторон о подсудности, согласно этой статье, допускается, лишь если оно не изменяет исключительную компетенцию иностранного суда.

В ГПК РФ же, где речь идет в общей форме об "изменении подсудности дела" (а это позволяет считать, что здесь имеются в виду и первый, и второй случаи), не требуется учитывать исключительную подсудность иностранного суда (ст. 404). Едва ли поэтому можно применительно к спорам в судах общей юрисдикции отсутствие исключительной подсудности иностранного суда рассматривать как обязательное условие действия соглашения сторон.

Говоря о передаче сторонами своего спора на рассмотрение российских судов, следует обратить внимание на то, что в их соглашениях может быть указан и конкретный российский суд, которому они хотят передать свое дело. Определение того, насколько именно этот суд компетентен рассматривать данный спор (территориальная и родовая, или предметная, подсудность), является уже не вопросом международной подсудности. В этой части соглашение должно соответствовать правилам ст. ст. 26, 27 и 30 ГПК РФ.

В судах общей юрисдикции, как вытекает из закона (ст. 404 ГПК РФ), возможна и ситуация, когда стороны своим соглашением изменили международную подсудность, передав свой спор на рассмотрение иностранного суда (второй рассматриваемый нами случай). Здесь не должны оказаться нарушенными правила российского законодательства об исключительной подсудности (ст. 403 ГПК РФ).

Соглашение о подсудности обязательно для сторон. Поэтому если истец, пренебрегая договоренностью, предъявит иск в суде государства иного, чем было обусловлено в соглашении, ответчик вправе заявить возражения о неподсудности. Наличие соглашения о передаче спора в иностранный суд, если оно соответствует требованиям российского законодательства, в частности, не нарушает норм об исключительной подсудности, является основанием для возвращения искового заявления. Договоренность об изменении подсудности допускается только до принятия судом дела к своему производству.

Соглашения о подсудности (пророгационные соглашения) следует отличать от имеющих иную правовую природу арбитражных соглашений, где речь идет не о передаче дела в государственный суд другого государства, а о передаче его из государственного суда в

арбитражный, т.е. третейский, суд (хотя этот третейский суд может находиться как на территории РФ, так и за ее пределами).

Соглашения о подсудности являются предметом и международных договоров. Представляет особый интерес специально посвященная этим вопросам **Конвенция о соглашениях о выборе суда** от 30 июня 2005 г. Как документ, направленный на обеспечение эффективности соглашений сторон коммерческих сделок о выборе суда, Конвенция призвана содействовать развитию международных экономических связей, сотрудничеству судов стран-участниц. Конвенция содержит регламентацию требований, предъявляемых к упомянутым соглашениям, последствий их заключения для судов, ведущих производство по делу, а также правила, определяющие порядок признания и исполнения решений, вынесенных судом, компетенция которого основывалась на соглашении сторон <1>.

<1> Детальный анализ Гаагской конвенции о соглашениях о выборе суда 2005 г., как и других международных договоров, затрагивающих такие соглашения, см.: Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. Указ. соч. С. 81 - 105. Н.Г. Елисеев в этой работе всесторонне рассматривает и другие вопросы действия соглашений о международной подсудности.

4. В процессе рассмотрения дела обстоятельства, на основании которых решаются вопросы подсудности российских судов, могут измениться. Например, может измениться гражданство сторон. В соответствии со сложившейся практикой считается, что **международная подсудность остается при этом неизменной (принцип perpetuatio jurisdictionis)**. Эта практика закреплена в ст. 405 ГПК, согласно которой дело, принятое судом РФ к производству с соблюдением правил международной подсудности, разрешается им по существу, если даже в связи с изменением гражданства, места жительства или места нахождения сторон либо другими обстоятельствами оно стало подсудно суду другого государства.

5. Дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям может оказаться **одновременно в производстве судов двух государств**. Например, для расторжения брака один из супругов, проживающий в России, обращается в российский суд, а другой, проживающий за границей, - в иностранный суд. Каждое из государств при решении вопросов международной подсудности (компетенции) следует своему законодательству и в принципе не обязано учитывать тот факт, что дело уже рассмотрено или возбуждено в другом государстве. Одновременное возбуждение дела в судах различных государств может иметь место и при наличии международного договора, если этот договор допускает альтернативную подсудность.

Каковы процессуальные последствия рассмотрения дел в иностранном суде? Должен ли суд отказаться от рассмотрения дела на том основании, что иностранным судом:

- 1) уже вынесено решение по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям или
- 2) в его производстве находится аналогичный спор.

Решение об отказе от рассмотрения дела в обоих случаях основывается по существу на

признании за иностранным судебным решением свойств преюдициальности, а также неопровержимости и исключительности (о признании иностранных судебных решений см. § 6 настоящей главы). Но в первом случае (доктрина **res judicata**) речь идет о судебных разбирательствах, проводимых в разных государствах последовательно, а во втором - проводимых одновременно (проблема **lis alibi pendens**).

Российский закон ранее не устанавливал процессуальных последствий рассмотрения дела в иностранном суде. Сейчас в ГПК РФ и АПК РФ впервые этот вопрос решен с тем, чтобы избежать положения, при котором по делу имелось бы два различных, возможно даже противоречащих друг другу судебных решения. А это может случиться, только если иностранное решение получит в РФ такую же юридическую силу, как и решение российского суда, т.е. при признании или исполнении в РФ решений судов данного государства.

Статья 406 ГПК РФ предусматривает, что суд, установивший, что в иностранном суде уже вынесено решение по тому же делу, подлежащее признанию и исполнению в Российской Федерации, должен отказать в принятии искового заявления к производству или прекратить производство по делу. Если же речь идет о еще не законченном производстве в иностранном суде, но решение (если оно будет вынесено) должно будет подлежать признанию и исполнению в России, исковое заявление возвращается или оставляется без рассмотрения. Если по какой-либо причине производство в иностранном суде прекратится, заинтересованное лицо не лишится возможности вновь обратиться в российский суд.

Статья 252 АПК РФ определяет правовые последствия рассмотрения иностранным судом дела по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, исходя из тех же подходов, что и ГПК РФ. Однако для арбитражных судов такие последствия наступают, если данное дело не относится к исключительной компетенции арбитражного суда в России.

Использование в российской правовой системе институтов **res judicata** и **lis alibi pendens** для предотвращения параллельных судебных процессов соответствует мировым тенденциям. Авторитетным свидетельством современных подходов к этим проблемам могут служить утвержденные в 2006 г. на 72-й конференции Ассоциации международного права **Рекомендации в отношении доктрин lis pendens и res judicata и арбитража** <1>. Что касается оценки идентичности рассматриваемых судами разных государств дел, а также исполнимости иностранного судебного решения как условий применения данного института, то эти обстоятельства в литературе предлагается выяснять в рамках специальной стадии процесса, как это принято, например, в Германии <2>.

<1> См.: Асосков А.В. Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин *lis pendens* и *res judicata* в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике // Международный коммерческий арбитраж. 2008. N 2. С. 74 - 98. Текст рекомендаций см.: Там же. С. 100 - 106.

<2> См.: Светланов А.Г. Международный гражданский процесс: современные тенденции. С. 77. Вместе с тем правила ч. 2 ст. 406 ГПК РФ и ч. 1 ст. 252 АПК РФ подвергаются в литературе критике как противоречащие положениям ст. ст. 46 и 47 Конституции РФ, гарантирующим каждому судебную защиту его прав и свобод. См.: Васильчикова Н.А. Производство по делам с

участием иностранных лиц в российских судах: теория и практика: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2003. С. 24. Эта критика, по нашему мнению, не является обоснованной.

6. Нормы о разграничении компетенции судов содержатся в ряде **договоров России с зарубежными странами**, в частности в Минской конвенции 1993 г., в двусторонних договорах о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам.

Минская конвенция 1993 г. (ст. 20) включает общие положения, устанавливающие, что при отсутствии специального регулирования в Конвенции иски предъявляются в стране, где имеет место жительства ответчик, а иски к юридическим лицам - в стране, на территории которой находится орган управления юридического лица, его представительство либо филиал. Иски могут быть также предъявлены в стране, где осуществляется торговая, промышленная или иная хозяйственная деятельность предприятия (филиала) ответчика или исполнено обязательство из договора, а также где имеет постоянное место жительства истец по иску о защите чести, достоинства и деловой репутации. По искам о вещных правах на недвижимое имущество исключительно компетентны суды по месту нахождения имущества. Конвенция допускает применение договорной подсудности (ст. 21).

Наряду с общими положениями Конвенция, как и договоры о правовой помощи, разграничивает подсудность по отдельным категориям дел: о признании лиц недееспособными, безвестно отсутствующими или умершими и об установлении факта смерти, о расторжении брака и признании его недействительным, о личных и имущественных отношениях супругов, правоотношениях между родителями и детьми, об установлении и оспаривании отцовства, усыновлении, наследовании, праве собственности, возмещении вреда. Однако не во всех договорах подсудность определена по всем этим категориям. Некоторые договоры вообще не содержат норм о разграничении подсудности.

При определении подсудности по отдельным категориям дел договоры и Конвенция исходят, как правило, из гражданства, места жительства лица, места нахождения имущества, места причинения вреда и иных признаков.

Так, по делам о признании лиц безвестно отсутствующими или умершими и об установлении факта смерти компетентными (согласно большинству договоров) считаются суды государства, гражданином которого был отсутствующий в момент, когда он, по последним данным, был в живых. Однако допускается рассмотрение дела и судом другого государства, если об этом ходатайствуют проживающие на его территории заинтересованные лица, права и интересы которых основаны на законодательстве данного государства.

По делам о расторжении брака большинство договоров признает компетентными суды того государства, гражданами которого являются супруги в момент подачи заявления, но если оба супруга живут в другом государстве, можно рассматривать дело и в судах последнего. При разном гражданстве супругов и проживании их в разных государствах компетентны, согласно договорам, суды обоих государств.

Устанавливать отцовство могут суды страны, гражданином которой ребенок является, либо, в дополнение к этому, и суды страны, где проживает ребенок (по договорам с Болгарией, Венгрией, Вьетнамом).

По делам о взыскании с родителей алиментов на детей компетентны, как правило, суды гражданства или места жительства ребенка.

Дела о наследовании, как правило, рассматривают: в отношении движимого имущества - суды гражданства наследодателя или его последнего постоянного места жительства, а в отношении недвижимого имущества - суды страны, на территории которой находится имущество.

В некоторых договорах о правовой помощи, например с Чехией и Словакией, Вьетнамом, регулируется подсудность по делам о возмещении вреда: компетентным признается суд страны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда.

По некоторым категориям дел допускается возможность рассмотрения их судами обоих договаривающихся государств, по другим устанавливается исключительная подсудность судам одного из государств. Например, большинство договоров допускают по спорам между супругами разного гражданства альтернативную подсудность. По делам о наследовании недвижимого имущества установлена исключительная подсудность. Если то или иное дело отнесено договором к исключительной подсудности иностранного суда (например, спор касается наследования дома, находящегося в Румынии), российский суд не вправе принимать дело к производству.

Если дело отнесено договором к подсудности российского суда, то вопрос о том, какой именно из судов будет его рассматривать (территориальная и предметная подсудность), должен решаться на основании норм ГПК РФ, регулирующих подсудность гражданских дел (гл. 3 ГПК РФ).

Вопросы международной подсудности получили разрешение и в **Киевском соглашении 1992 г.** о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности.

Подсудность спора суду той или иной страны - участницы Соглашения определяется **по договоренности сторон**. Последние могут выбрать любой суд, их выбор не ограничен какими-либо обстоятельствами, кроме случаев исключительной подсудности, предусмотренных в п. п. 3 и 4 ст. 4 Соглашения.

При заключении сторонами соглашения о подсудности требуется, однако, соблюдение двух условий:

- 1) соглашение может быть достигнуто в любой стадии процесса, но до принятия решения по делу;
- 2) соглашение должно иметь письменную форму.

При отсутствии соглашения сторон о передаче спора на рассмотрение определенного суда вступают в действие установленные п. 1 ст. 4 Соглашения правила о компетенции. Компетентными считаются, в частности, суды той страны-участницы, где:

- 1) в момент предъявления иска имеет постоянное место жительства или место нахождения ответчик;

- 2) осуществляется торговая, промышленная или иная хозяйственная деятельность предприятия (филиала) ответчика;
- 3) исполнено обязательство;
- 4) совершено действие или возникло обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда;
- 5) имеет место жительства (нахождения) истец по искам о защите деловой репутации;
- 6) по спорам, возникающим при заключении, изменении или расторжении договоров, находится поставщик (подрядчик, исполнитель работы).

Сформулированы в Соглашении и нормы, устанавливающие исключительную подсудность: по искам о праве собственности на недвижимое имущество исключительно компетентны суды страны-участницы, на территории которой находится такое имущество. Исключительно компетентен по заявлениям о признании недействительными не имеющих нормативного характера актов государственных и иных органов суд по месту нахождения органа, акт которого оспаривается.

При наличии регулирования в международном договоре РФ правила российского законодательства о международной подсудности не применяются. Например, в соответствии со ст. 32 **Минской конвенции 1993 г.** (в ред. Протокола от 28 марта 1997 г.) по делам о правоотношениях между родителями и детьми компетентен суд договаривающегося государства, законодательство которого подлежит применению. Если, в частности, отсутствует постоянное совместное место жительства родителей и детей, их взаимные права и обязанности определяются по законодательству страны гражданства ребенка. Поэтому компетентным будет в этом случае признан суд гражданства ребенка, а не суд по месту жительства ответчика (если речь идет о разных государствах).

В то же время некоторые международные договоры сами отсылают к правилам внутреннего законодательства о международной подсудности. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 7 **Международной конвенции 1952 г.** об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов (Россия в ней участвует с 1999 г.), суды страны, в которой был в связи с морским требованием наложен арест на судно, компетентны рассматривать дело по существу, если закон страны, в которой арест был наложен, предоставляет судам такую компетенцию или если требование возникло в стране, в которой был наложен арест.

Проанализировав действующие в России нормы ст. 402 ГПК РФ о международной подсудности, Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 20 ноября 2003 г. N 18 <1> пришел к выводу: суды РФ вправе разрешать по существу дела по спорам, вытекающим из морских требований (о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина на суше либо на воде в прямой связи с эксплуатацией судна, о выплате заработной платы и др.), по месту нахождения на территории РФ судна, зарегистрированного в реестре судов иностранного государства и плавающего под Государственным флагом Российской Федерации; судна, зарегистрированного в Государственном судовом реестре или судовой книге и временно переведенного под государственный флаг иностранного государства с правом пользования и владения иностранным фрахтователем; судна, имеющего национальность иностранного

государства и плавающего под государственным флагом данного государства. Под местом нахождения судна в указанном случае, разъяснил Пленум, следует понимать его нахождение в морском торговом, рыбном и специализированном портах, расположенных в Российской Федерации.

<1> БВС РФ. 2004. N 1. С. 2.

§ 3. Правовое положение иностранных лиц и иностранного государства в гражданском процессе

1. В современной доктрине провозглашается **приравнение иностранцев к собственным гражданам в отношении свободного доступа к судам и предоставления процессуальных прав при рассмотрении судебных дел**, независимо от наличия с соответствующим государством международного договора и взаимности. В некоторых странах принцип приравнивания получил закрепление в законодательстве (Венгрия, Вьетнам, Португалия и др.). К собственным гражданам приравниваются обычно и лица без гражданства, т.е. лица, не являющиеся гражданами страны пребывания и не имеющие доказательств наличия гражданства иностранного гражданства.

Вместе с тем в отдельных вопросах для иностранных граждан могут устанавливаться специальные правила. Так, в некоторых странах специально регулируется их процессуальная дееспособность, а также порядок обеспечения судебных расходов. Институт обеспечения иностранцами судебных расходов (**cautio judicatum solvi**) заключается в том, что от иностранца требуется при подаче им иска внесение залога в обеспечение судебных расходов, которые может понести ответчик в случае, если истцу будет отказано в иске. Договоренность об освобождении истцов-иностранцев от внесения залога в обеспечение судебных расходов была достигнута странами - участниками Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 г.

Позднее вопросы процессуального положения лиц, обращающихся в суды другого государства по гражданским делам, получили разрешение в **Гаагской конвенции об облегчении международного доступа к правосудию** от 25 октября 1980 г., которая в отношениях между странами, участвующими в ней и в Гаагской конвенции 1954 г., заменила собой соответствующие положения последней. Участники Конвенции 1980 г. - Германия, Греция, Италия, Испания, Нидерланды, Турция, Финляндия, Франция, Чехия, Швеция, Швейцария и другие (в основном европейские) страны (Россия в ней не участвует).

Созданная на базе норм Конвенции от 1 марта 1954 г., данная Конвенция включает в себя нормы, значительно облегчающие процессуальное положение граждан одних стран-участниц (и некоторых других лиц), выступающих в судах других. Так, она решает вопросы юридической (правовой) помощи, оказываемой гражданам стран-участниц, а также лицам, обычно проживающим на их территориях, по гражданским и торговым делам. Помощь предоставляется на тех же условиях, что и собственным гражданам, а также лицам, имеющим обычное местопребывание в данном государстве.

Конвенция 1980 г. предусматривает освобождение от внесения каких-либо обеспечений и залогов только на основании иностранного гражданства и постоянного места жительства лица за

границей и принудительное исполнение в странах-участницах решений об оплате судебных расходов, вынесенных в одной из таких стран в отношении лица, освобожденного от обязанности вносить обеспечение или залог. Она облегчает порядок получения документов в другой стране, а также предусматривает там предоставление гарантий неприкосновенности.

2. В России приравнивание иностранных граждан и лиц без гражданства к собственным гражданам (предоставление так называемого национального режима) - основной правовой режим, определяющий положение иностранцев и лиц без гражданства. В общей форме он выражен в ч. 3 ст. 62 Конституции РФ: "Иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации". Норму, аналогичную приведенному правилу Конституции РФ, содержит и ст. 4 Федерального закона "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации".

Право иностранцев **на доступ в российские суды** закреплено в ст. 398 ГПК. Согласно этой статье они имеют **право обращаться в российские суды** для защиты своих нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов, пользуются процессуальными правами и выполняют процессуальные обязанности наравне с российскими гражданами. При этом наш закон не упоминает о взаимности и не требует от обращающегося в суд иностранца внесения, как в ряде зарубежных стран, залога в обеспечение уплаты судебных расходов, к которым он может быть присужден в случае отказа ему в иске.

Что касается арбитражных (хозяйственных) судов, то к ним вправе обращаться иностранные, международные организации и осуществляющие предпринимательскую деятельность иностранные граждане, а также лица без гражданства (при этом важно подтверждение того, что организация действительно является иностранной и обладает правосубъектностью по своему национальному закону, а для гражданина - подтверждение того, что он осуществляет предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеет статус предпринимателя, приобретенный в установленном порядке). Данным иностранным лицам процессуальные права предоставляются наравне с организациями и гражданами Российской Федерации (ст. 254 АПК РФ).

Из приведенной выше нормы Конституции РФ и других законодательных актов вытекает, что **право иностранцев на равный с российскими гражданами доступ в российские суды может быть ограничено только международным договором или федеральным законом, прямо и недвусмысленно указывающим на соответствующее изъятие из общего правила.**

При этом "как сама возможность ограничений федеральным законом определенного права, так и их характер определяются законодателем не произвольно, а в соответствии с Конституцией РФ, согласно ст. 55 (ч. 3) которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства" <1>.

<1> Постановление Конституционного Суда РФ от 20 июля 1999 г. N 12-П "По делу о

проверке конституционности Федерального закона от 15 апреля 1998 года "О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации" // Вестник Конституционного Суда РФ. 1999. N 5. С. 65, 66.

Следует различать установление федеральным законом изъятий из национального режима и предусмотренную в ч. 4 ст. 398 ГПК РФ возможность принятия ответных ограничений (реторсий) в отношении иностранных лиц тех государств, в судах которых допускаются такие же ограничения процессуальных прав российских граждан и организаций <1>. Ответные ограничения, являясь исключительной мерой, вводятся не федеральным законом, а Правительством РФ, и только в отношении граждан и организаций конкретного государства.

<1> Иногда в доктрине таких различий не делается. См.: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. 2-е изд. М., 2008. С. 607.

Правила российского законодательства относительно доступа иностранцев в суды соответствуют положениям ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. и ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. При этом, как следует из Федерального закона от 30 марта 1998 г. о ратификации Россией указанной Конвенции, Российская Федерация в соответствии со ст. 46 Конвенции признает **ipso facto** и без специального соглашения юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации.

Европейский суд может принимать дело к рассмотрению только после того, как исчерпаны все внутренние средства правовой защиты согласно общепризнанным нормам международного права, в течение шести месяцев с даты вынесения национальными органами окончательного решения по делу. Постановления Европейского суда по правам человека в отношении России, принятые окончательно, обязательны для всех органов государственной власти Российской Федерации, в том числе для судов.

При рассмотрении дел с участием иностранных лиц, как и по делам без их участия, должно учитываться толкование Европейским судом понятий, в частности **понятия "право доступа к суду"**. В числе недопустимых ограничений доступа к правосудию Европейский суд называет, в частности, отказ применять отсрочку уплаты госпошлины, запрет представлять свои интересы в гражданском процессе лично, без адвоката, невыполнение позитивной обязанности государства по созданию условий доступа к правосудию.

Нормы о свободном доступе иностранцев в суды есть и в **международных договорах РФ**. Так, согласно ч. 2 ст. 1 Минской конвенции 1993 г. граждане каждой из Договаривающихся Сторон, а также другие лица, проживающие на ее территории, имеют право свободно и беспрепятственно обращаться в суды, прокуратуру и иные учреждения других Договаривающихся Сторон, к компетенции которых относятся гражданские, семейные и уголовные дела, могут выступать в них, подавать ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия на тех же условиях, что и граждане данной Договаривающейся Стороны (такое же правило есть в Кишиневской конвенции 2002 г.).

Аналогичную норму содержат все заключенные Россией двусторонние договоры о правовой помощи. Киевское соглашение 1992 г. исходит из того, что хозяйствующие субъекты в других странах-участниках пользуются судебной защитой своих имущественных прав и законных интересов наравне с хозяйствующими субъектами собственного государства, а также закрепляет их право беспрепятственно обращаться в суды (ст. 3).

Вопросы предоставления в области процесса национального режима разрешены также в **Договоре между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о равных правах граждан от 25 декабря 1998 г.**, затронуты в **Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека** от 26 мая 1995 г., которая вступила в силу для России 11 августа 1998 г., и в ряде других международных договоров.

Упомянутая Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 г. обеспечивает российским гражданам, выступающим в судах стран-участниц, освобождение от внесения залога (*cautio judicatum solvi*), оказание бесплатной правовой помощи наравне с гражданами страны суда, освобождение в установленных случаях от судебных расходов и др.

3. Иностранцам предоставляются одинаковые с российскими гражданами и организациями гражданские процессуальные права (ст. 398 ГПК РФ, ст. 254 АПК РФ). Они могут на общих основаниях выступать в процессе в качестве стороны или третьего лица, им предоставляются и другие процессуальные права, предусмотренные ГПК РФ (ст. 35 и др.). Как и российские граждане, они могут быть освобождены от уплаты судебных расходов.

Иностранцы вправе вести дело в суде лично или через **представителей**. Поскольку в российском праве не предусмотрено обязательного судебного представительства, представлять иностранных граждан в судах могут любые российские или иностранные граждане, надлежащим образом уполномоченные. Федеральный закон от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" (в ред. 2015 г.) допускает участие в качестве представителей и иностранных адвокатов (необходимо, однако, соблюдение при этом определенных условий, в частности регистрация адвоката в специальном реестре).

Иностранные граждане могут быть представлены в судах и консулами соответствующих государств. Согласно консульским конвенциям консул может представлять граждан своего государства без специальных полномочий (без доверенности). Процессуальные обязанности иностранных лиц выполняют наравне с российскими гражданами.

4. Вопрос о процессуальной право- и дееспособности иностранных граждан и лиц без гражданства ранее практически решался, как и другие процессуальные вопросы, по российскому праву. Однако тесная связь этих институтов с соответствующими институтами материального права (гражданского, семейного, трудового и т.п.) потребовала специального их урегулирования, изъятия их из сферы действия общего принципа ведения производства по делам с участием иностранных лиц в соответствии с нормами российского процессуального права. Теперь определяющим является **личный закон** иностранца (ст. 399 ГПК РФ). Тем самым регулирование приближено к тому, которое принято в ГК РФ применительно к гражданской право- и дееспособности (ст. ст. 1196, 1197 ГК РФ) и в СК РФ применительно к брачной дееспособности (ст. 156 СК РФ).

Из правил ГПК РФ о личном законе следует, что к гражданской процессуальной право- и

дееспособности иностранного гражданина должно применяться **право страны, гражданство которой лицо имеет**. Закон исходит из того, что этот признак определен и отражает устойчивую связь лица с государством. Если лицо имеет несколько гражданств, одно из которых российское, подлежит применению российское законодательство, а при наличии гражданств нескольких иностранных государств - законодательство того из этих государств, где лицо имеет место жительства.

Для лиц без гражданства решающим признается **законодательство страны места их жительства**. Специально регулируется гражданская процессуальная право- и дееспособность иностранного гражданина, имеющего место жительства в России. Она определяется не по закону страны гражданства, **а по российскому законодательству**.

Нормы ст. 399 ГПК РФ о личном законе формально совпадают с аналогичными правилами ст. 1195 ГК РФ, хотя в последней используются свойственные международному частному праву коллизионные привязки к иностранному материальному праву, а в ГПК РФ речь идет о подлежащем применению процессуальном праве - одном из немногих случаев, когда в изъятие из основного принципа применения в процессуальных вопросах закона страны суда допускается применение иностранных процессуальных норм. Постановка в вопросах процесса коллизионной проблемы российской доктриной, как правило, отвергается (см. [§ 4 настоящей главы](#)).

Статья 399 ГПК РФ содержит еще одно правило: лицо, не являющееся на основе личного закона процессуально дееспособным, может быть на территории Российской Федерации признано все же имеющим процессуальную дееспособность, если оно в соответствии с российским правом обладает таковой. Эта норма может иметь значение, например, в случае различия в возрасте, с которым связывается наступление совершеннолетия: если, например, по личному закону 18-летнего иностранца возраст совершеннолетия превышает 18 лет (например, в Аргентине, Бразилии, Индонезии, Кипре, Сенегале и некоторых других странах совершеннолетие наступает в 21 год), он все же может быть признан в России процессуально дееспособным.

Процессуальная правоспособность иностранных организаций (т.е. учрежденных за пределами РФ юридических лиц, а также организаций, не являющихся юридическими лицами по иностранному праву) определяется, согласно ст. 400 ГПК РФ, по праву страны, **где организация учреждена** (это право именуется личным законом соответствующей организации).

Процессуальная правоспособность международной организации определяется на основе международного договора, в соответствии с которым она создана, ее учредительных документов или соглашения с компетентным органом Российской Федерации. Международным договором Российской Федерации или федеральным законом определяется и судебный иммунитет международных организаций. Отказ от судебного иммунитета производится в порядке, предусмотренном правилами международной организации. В этом случае суд рассматривает дело в порядке, установленном соответствующим кодексом (ст. 401 ГПК РФ, ст. 251 АПК РФ).

5. Субъектом гражданско-правовых отношений может быть и государство (ст. 124 ГК РФ). Участие в таких отношениях **иностранного государства** имеет свою специфику.

Из международно-правового принципа суверенного равенства государств (**par in parem non habet imperium**) вытекает неподчинение государства юрисдикции другого государства. Различается **три вида юрисдикционного иммунитета государства**:

- 1) судебный иммунитет, означающий, что иски к иностранному государству не могут рассматриваться без его согласия в судах другого государства;
- 2) иммунитет от предварительных мер, предполагающий, что в порядке обеспечения иска имущество иностранного государства не может быть подвергнуто обеспечительным мерам со стороны другого государства;
- 3) иммунитет от исполнительных действий, означающий, что недопустимо обращение мер принудительного исполнения на имущество иностранного государства.

До недавнего времени российское законодательство (ст. 401 ГПК РФ) закрепляло предоставление иностранному государству всех трех видов иммунитета, предусматривая, что предъявление иска к иностранному государству, обеспечение иска и обращение взыскания на его имущество, находящееся в России, могут быть допущены **лишь с согласия компетентных органов иностранного государства**, если иное не предусмотрено международным договором РФ или федеральным законом. Таким образом, ГПК РФ, как и ранее действовавшее советское законодательство, исходил из концепции так называемого **абсолютного иммунитета**, допуская, правда, иное регулирование в законе или договоре. В то же время в ранее действовавшей ст. 251 АПК было установлено, что судебным иммунитетом в отношении предъявленного иска, привлечения к участию в деле в качестве третьего лица, наложения ареста на имущество государства, находящегося в РФ, и принятия мер по обеспечению иска пользуется иностранное государство, выступающее **в качестве носителя власти**. Отсюда можно было сделать вывод, что иностранное государство, выступающее в ином качестве (торговца, коммерсанта), такими иммунитетами не будет пользоваться (применительно к иммунитету от принудительного исполнения судебного акта такой оговорки в ст. 251 АПК РФ не делалось).

Таким образом АПК РФ, в отличие от ГПК РФ, отражал в определенной степени концепцию **ограниченного (функционального) иммунитета иностранного государства**. Согласно этой концепции иностранное государство пользуется иммунитетом только тогда, когда оно совершает действия в качестве суверена. Если же оно совершает действия коммерческого характера (заключает внешнеторговые сделки, эксплуатирует торговый флот и т.п.), т.е. ставит себя в положение торговца, частного лица, оно не пользуется иммунитетом: к нему могут предъявляться иски, а на его собственность распространяются принудительные меры. Неоправданные различия в подходах к данному вопросу российских процессуальных кодексов были устранены с принятием Федерального закона от 3 ноября 2015 г. N 297-ФЗ "О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации". Этот Федеральный закон, базирующийся на концепции функционального иммунитета иностранного государства, был принят с учетом и на основе положений Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности от 2 декабря 2004 г., явившейся результатом многолетней работы в рамках Комиссии международного права ООН (подробнее о теориях юрисдикционного иммунитета иностранного государства и о положениях Конвенции относительно иммунитета государства см. [гл. 7](#)).

Положения Федерального закона "О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации" нашли отражение в обоих действующих ныне процессуальных кодексах: вопросы иммунитета иностранного государства, как и другие особенности судебного производства по делам с участием иностранного государства составляют теперь содержание новых глав - гл. 45.1 ГПК РФ и гл. 33.1 АПК РФ. Из

законодательства следует, что суд обязан воздерживаться от привлечения иностранного государства, которое в силу своего суверенитета является носителем властных полномочий, к участию в судебном процессе, от принятия в отношении него мер по обеспечению иска, от обращения взыскания на его имущество и принятия иных мер в целях принудительного исполнения решения суда. Государство, однако, может согласиться на юрисдикцию российского суда по конкретному делу, т.е. может отказаться от своего иммунитета. Согласие может быть выражено в:

- 1) международном договоре;
- 2) письменном соглашении, не являющемся международным договором;
- 3) заявлении в российском суде в рамках судебного процесса.

Если государство действует за рамками своих властных полномочий (не в целях реализации суверенной власти), оно иммунитетом **не пользуется**. Закон указывает на такие случаи. Прежде всего это касается споров, связанных с его участием в гражданско-правовых сделках с физическими лицами или юридическими лицами, если такие споры в соответствии с подлежащими применению нормами права подлежат юрисдикции российского суда (при условии, что такие сделки не связаны с осуществлением иностранным государством суверенных властных полномочий). Государство не пользуется иммунитетом и в отношении споров, связанных с осуществлением им предпринимательской и иной экономической деятельности на территории России, споров, возникших на основании трудового договора между этим государством и работником относительно работы, выполняемой в России, и в некоторых иных случаях.

В ст. 417.9 ГПК РФ и ст. 256.9 АПК РФ выражен **принцип взаимности**. Он применяется, если в ходе судебного разбирательства будет установлено, что объем юрисдикционных иммунитетов, предоставляемых Российской Федерации в иностранном государстве, не соответствует объему юрисдикционных иммунитетов, предоставляемых в соответствии с российским законодательством этому иностранному государству при разрешении спора. Соотношение объемов таких иммунитетов определяется судом на основании доказательств, представленных сторонами, и заключений государственных органов (имеется в виду Министерство иностранных дел РФ). Правило о взаимности позволяет при рассмотрении в России судебных дел применять в случаях, когда имущество Российского государства подверглось в иностранном государстве аресту, соответствующие меры к имуществу этого государства в России.

Законодательство регулирует и положение **представителей иностранных государств**. Дипломатические представители иностранных государств и другие лица, указанные в соответствующих законах и международных договорах, подлежат юрисдикции российского суда по гражданским делам в пределах, определенных общепризнанными принципами и нормами международного права или международными договорами Российской Федерации (ст. 401 ГПК РФ).

Круг лиц, пользующихся в России дипломатическим иммунитетом, содержание дипломатического иммунитета в гражданском судопроизводстве определяются российским законодательством и международными договорами. Так, из действующего в России Положения о дипломатических и консульских представительствах иностранных государств на территории СССР от 23 мая 1966 г. следует, что глава дипломатического представительства и члены

дипломатического персонала (а также члены их семей, если они проживают вместе с указанными лицами и не являются российскими гражданами) пользуются иммунитетом от гражданской юрисдикции Российской Федерации. Они не обязаны давать показания в качестве свидетелей, а в случае согласия давать такие показания не обязаны являться в суд.

Иммунитет от гражданской юрисдикции не распространяется, однако, на случаи, когда дипломатические представители вступают в гражданско-правовые отношения как частные лица в связи с исками о принадлежащих им строениях на территории России, наследовании или деятельности, осуществляемой за пределами официальных функций. Иммунитетом от гражданской юрисдикции в том, что касается служебной деятельности, пользуются и консулы.

Из международных договоров России в этой области наибольшее значение имеют упомянутые Венские конвенции о дипломатических и о консульских сношениях. Вопросы иммунитета затрагиваются в двусторонних консульских конвенциях и других международных договорах специального характера.

Примером применения этих правил на практике может служить Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 1 августа 2007 г. N 13-ПВ06. В г. Санкт-Петербурге был заявлен иск о взыскании денежных сумм (возврат государственной пошлины, так как документы, представляемые на легализацию, не были оформлены) с Генерального консульства Украины в этом городе. Решением мирового судьи иск был удовлетворен.

При рассмотрении дела в порядке надзора в Верховном Суде РФ это решение было отменено и дело прекращено со ссылкой на Венскую конвенцию о консульских сношениях, двустороннюю консульскую конвенцию Российской Федерации и Украины от 15 января 1993 г. и ст. 401 ГПК РФ. В данном случае привлечение консульского учреждения в качестве ответчика по спору, рассматриваемому в государстве его пребывания, было неправомерно, так как представляемое им государство (Украина) не отказывалось от дипломатических привилегий и иммунитетов <1>.

<1> БВС РФ. 2008. N 1. С. 13.

§ 4. Вопросы судопроизводства по делам с участием иностранцев

1. Рассматривая дела с иностранным элементом, **суд в гражданских процессуальных вопросах применяет как общее правило право своей страны**. Это общепризнанное положение находит отражение в законодательстве ряда стран (ст. 12 Закона Италии о реформе итальянской системы международного частного права 1995 г., ст. 3132 Гражданского кодекса Квебека, ст. 8 Гражданского кодекса Испании и т.д.). Однако при **обосновании** применения в вопросах судопроизводства законов страны суда, рассматривающего дело, позиции доктрины расходятся.

Чаще всего ссылаются на природу процессуального права как публичного права, регулирующего деятельность государственных органов и устанавливающего нормы поведения для суда и участников процесса. Другие видят основания для действия собственных процессуальных норм в применении коллизионной отсылки к закону страны суда.

Такую позицию занимал в свое время венгерский правовед И. Саси. Ссылаясь на тесную связь материального и процессуального права, он утверждал, что в международном гражданском процессуальном праве основным принципом является - по крайней мере теоретически - не принцип применения закона суда, а принцип применения норм того процессуального законодательства, которое находится в наиболее тесной связи с данным процессом, с отдельными процессуальными правоотношениями. Позиция И. Саси в доктрине в общем виде была поддержана. Однако некоторые современные исследователи тоже приходят к выводу о том, что **lex fori** в качестве исходного пункта "является ошибочным", а в качестве такового надо, как и в международном частном праве, искать "центр тяжести правоотношения" таким образом, чтобы процессуальные нормы предшествовали **lex fori** так же, как международное частное право - материальному праву. Общее правило международного гражданского процессуального права не может быть сформулировано, так как о правильной привязке можно говорить лишь в рамках отдельных конкретных вопросов особенной части <1>. В то же время Х. Шак признает, что практически большей частью подлежит применению именно **lex fori**.

<1> См.: Шак Х. Указ. соч. С. 19, 20. 730

В российской доктрине позиция И. Саси отвергалась, исходя из того, что в процессуальных вопросах, где речь идет о деятельности органов юстиции данного государства, неуместно ставить вопрос о коллизионной привязке <1>. Эта точка зрения превалирует в доктрине и сейчас, она нашла отражение в ГПК РФ: согласно ч. 3 ст. 398 "производство по делам с участием иностранных лиц осуществляется в соответствии с настоящим Кодексом и иными федеральными законами".

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 2. С. 770.

Аналогично решает вопрос и АПК РФ (ч. 1 ст. 253).

Рассмотрение дел с участием иностранных лиц по общим правилам российского процессуального законодательства не исключает особенностей судопроизводства по таким делам, предусмотренных теми же кодексами (гл. 33 АПК РФ, разд. V ГПК РФ). Есть специфика в сроках рассмотрения дел, направлении судебных извещений, представлении судебных доказательств, установлении содержания иностранного права и др. Следует отметить, что особенности судопроизводства по делам с участием иностранного государства сосредоточены теперь в отдельных главах ГПК РФ (гл. 45.1) и АПК РФ (гл. 33.1), где, в частности, предусмотрено, что такие дела рассматриваются и разрешаются судом до истечения девяти месяцев со дня поступления в суд искового заявления (ст. 417.1 ГПК РФ); специально определяются их подведомственность и подсудность (иски к иностранному государству предъявляются в суд по месту жительства или месту нахождения истца), особенности применения мер по обеспечению иска, порядок направления и вручения иностранному государству извещений и иных процессуальных документов, порядок участия в деле государственных органов, привилегии и иммунитеты иностранного государства в ходе судебного разбирательства <1>.

<1> Подробнее см.: Щукин А.И. Новеллы в правовом регулировании производства по делам с участием иностранного государства в судах общей юрисдикции и арбитражных судах // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. N 9.

Установление в качестве подлежащего применению процессуального права страны суда не исключает применения в отдельных специально установленных законом случаях **иностраных процессуальных норм**. Случаев таких, закрепленных в законодательстве или международных договорах, немного:

1) в принудительном исполнении решения иностранного суда можно отказать, если решение не вступило в законную силу или не подлежит исполнению по праву страны, на территории которой оно принято (ч. 1 ст. 412 ГПК РФ);

2) гражданская процессуальная правоспособность и дееспособность иностранных граждан, лиц без гражданства определяются их личным законом (ст. 399 ГПК РФ), которым может оказаться право иностранного государства, если, например, лицо имеет иностранное гражданство или, не имея никакого гражданства, постоянно проживает в иностранном государстве;

3) поручения иностранных судов, исполняемые обычно с соблюдением российских процессуальных норм (ст. 407 ГПК РФ), могут, если это предусмотрено в международном договоре России, исполняться с применением иностранных процессуальных норм, если об этом просит запрашивающий помощь суд и если данная процедура не противоречит российскому законодательству.

Вопрос о подлежащем применению праве может возникнуть в судопроизводстве по делам с участием иностранцев и применительно к **проблеме судебных доказательств**. Всегда ли порядок доказывания фактов по таким делам подчиняется закону суда? Может ли суд применить правила иностранного закона относительно доказательств на том основании, что существо отношения или форма сделки определяется по иностранному праву?

Дело в том, что нормы, регулирующие процесс доказывания, имеют многообразные связи с материальным правом. Например, правила относительно формы сделки связаны с допустимостью определенных средств доказывания, доказательственные презумпции и распределение обязанности доказывания между сторонами (бремя доказывания) - с предметом доказывания, т.е. кругом обстоятельств, имеющих значение для разрешения дела. Задача отделения процессуального права от материального иногда оказывается сложной.

Позиции доктрины и законодательства отдельных стран здесь далеко не единообразны. Например, в германском международном гражданском процессе с позиций материального права квалифицируются, в частности, исковая давность, зачет взаимных требований, бремя доказывания, право требовать предоставления информации (сведений) и предоставления отчетов <1>.

<1> См.: Шак Х. Указ. соч. С. 21.

В отечественной доктрине вопросы доказательств рассматривались исходя из того, что в процессуальных вопросах суд применяет собственное право и что проблема, следовательно,

сводится к вопросу о том, когда оценка доказательств является процессуальной, а когда - материальной юридической категорией. Таким образом, речь идет о квалификации, которая может быть различной для разных правовых систем: некоторые институты доказательственного права могут относиться к области процессуального, а другие - к области материального права <1>. Так, по-разному могут трактоваться нормы о распределении бремени доказывания, о допустимости доказательств и т.п.

<1> См.: Полумордвинов Д.И. Исследование и оценка доказательств в международном гражданском процессе // Советский ежегодник международного права. 1963. М., 1965. С. 462; Яблочков Т.М. Указ. соч. С. 142 - 143.

Современное российское законодательство, как и действовавшее ранее, не рассматривает специально вопросы доказывания в аспекте международного гражданского процесса. Следует поэтому, исходя из общего правила, закрепленного ч. 3 ст. 398 ГПК РФ, признать, что нормы гл. 6 ГПК РФ, посвященные доказательствам и доказыванию и носящие процессуальный характер, в принципе подлежат применению и при наличии в рассматриваемом отношении иностранного элемента. Это относится к понятию доказательства, принципу, согласно которому сторона обязана доказывать обстоятельства, на которые она ссылается, к праву суда определять, какие обстоятельства имеют значение для дела, к порядку представления и истребования доказательств, их оценке и т.п.

Возможны, однако, исключения из общего правила применения закона страны суда, когда соответствующее правило по связи с определенным материальным правом приобретает материально-правовой характер <1>. Так, согласно российскому гражданскому законодательству (относящемуся к материальному праву), если истец докажет, что ответчик распространил о нем порочащие сведения, то предполагается, что эти сведения недостоверны и потому подлежат опровержению, если только лицо, распространившее сведения, не докажет их соответствие действительности (ст. 152 ГК РФ).

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного права. С. 876.

Гражданский кодекс устанавливает также презумпцию вины должника, нарушившего обязательство (ч. 2 ст. 401), вины причинителя внедоговорного вреда (ч. 2 ст. 1064), предусматривает и некоторые другие случаи распределения обязанностей доказывания между сторонами.

В ГК РФ есть нормы и о допустимости доказательств - так, по ст. 162 несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания.

В СК РФ можно указать на норму ч. 2 ст. 35, согласно которой при совершении одним из супругов сделки по распоряжению общим супружеским имуществом предполагается, что он действует с согласия другого супруга.

Подобные правила могут содержаться и в материальном праве иностранного государства, к которому отсылает коллизийная норма. Надо думать, именно по этому праву следует решать, в частности, вопрос о допущении свидетельских показаний. Но, конечно, такие процессуальные вопросы, как способность быть свидетелем, обязанность давать свидетельские показания и т.п., остаются в сфере действия российского процессуального права, если только иное не установлено в международном договоре. Так, в ст. 9 Договора РФ с Финляндией о правовой защите и правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам 1978 г. закреплено право лица отказаться от дачи свидетельских показаний, "если право или обязанность отказаться предусмотрены законодательством запрашивающей или запрашиваемой Договаривающейся Стороны". Этот договор, следовательно, допускает применение в данном случае не только ст. 69 ГПК РФ, но и иностранного процессуального права.

Попытка решить в законодательстве сложные вопросы доказывания по делам с иностранным элементом предпринята в Гражданском процессуальном кодексе Молдавии 2003 г., ст. 458 которого закрепила возможность применения в отношении средств доказывания и ряда других отношений иностранного закона.

2. При рассмотрении дел с участием иностранцев в суды часто представляются **документы, полученные в иностранном государстве**. Если такие документы составлены на иностранном языке, они представляются в суд с надлежащим образом заверенным переводом их на русский язык.

Документ, полученный в иностранном государстве, признается письменным доказательством в суде, если не опровергается его подлинность и он легализован в установленном порядке. Иностранные официальные документы признаются в суде письменными доказательствами без их легализации в случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации.

Легализация по существу служит подтверждением подлинности документа. В России требуется **консульская легализация**, заключающаяся в установлении и засвидетельствовании консулом подлинности подписей на документах и актах и соответствии их законам государства пребывания. Нужно сказать, что в иностранных государствах для действия документов, полученных за их пределами, тоже требуется совершение определенных действий должностных лиц, подтверждающих достоверность подписи на документе и качество, в котором действовало лицо, подписавшее документ, а в случае необходимости - и подлинность печати на документе.

Порядок консульской легализации предусмотрен Административным регламентом Министерства иностранных дел Российской Федерации по предоставлению государственной услуги по консульской легализации документов (в ред. Приказа МИД России от 22 июля 2015 г. N 13679 <1>). Документы, которые противоречат российскому законодательству или могут по своему содержанию нанести вред интересам России, или содержат сведения, порочащие честь и достоинство граждан, не подлежат легализации. В легализации может быть отказано и в случае, если документ не предназначен для вывоза за границу в соответствии с Законом СССР от 24 июня 1991 г. "О порядке вывоза, пересылки и истребования личных документов советских и иностранных граждан и лиц без гражданства из СССР за границу". К таким документам относятся трудовые книжки, военные билеты, удостоверения личности. Предусмотрены и некоторые другие случаи возможного отказа в легализации документов (п. 23 названного Административного регламента).

<1> СПС "КонсультантПлюс".

С целью упрощения достаточно сложной и занимающей много времени процедуры удостоверения документов, предназначенных для действия за границей, заключаются многочисленные двусторонние и многосторонние международные договоры. Наиболее популярна **Гагская конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов**, от 5 октября 1961 г. Участниками этого универсального международного договора являются Австралия, Австрия, Великобритания, Венесуэла, Германия, Италия, Китай, Мексика, Нидерланды, США, Франция, Япония и многие другие - всего 115 государств. Россия участвует в Конвенции с 1991 г.

Конвенция 1961 г. заменяет требование консульской легализации иностранных официальных документов, представляемых на территории договаривающихся государств, проставлением специального штампа - **апостиля**. Апостиль удостоверяет подлинность подписи, качество, в котором выступало лицо, подписавшее документ, и в надлежащем случае подлинность печати или штампа, которыми скреплен этот документ.

Каждое государство-участник назначает у себя органы, компетентные проставлять апостиль. В России это Федеральная регистрационная служба России, органы ФРС в субъектах РФ, органы загса администраций субъектов РФ, отдел документально-справочной работы Комитета по делам архивов РФ; архивные органы субъектов РФ; управление делами Генеральной прокуратуры РФ, Министерство образования и науки РФ (каждый орган - в пределах своей компетенции). Применительно к Министерству юстиции РФ в отношении российских официальных документов действует Административный регламент предоставления государственной услуги по проставлению апостиля на официальных документах, подлежащих вывозу за границу (в ред. Приказов Минюста России от 2 апреля 2014 г. N 58 и от 30 июня 2016 г. N 153). Апостиль проставляется Минюстом России и его территориальными органами. При этом Минюст России проставляет апостиль на официальных документах, исходящих от федеральных органов государственной власти, на копиях официальных документов, исходящих от конституционных (уставных) судов субъектов РФ, федеральных судов РФ и мировых судей, федеральных органов государственной власти, их территориальных органов, на копиях иных российских официальных документов, верность которых засвидетельствована нотариусами РФ или другими уполномоченными лицами и в ряде других случаев (п. п. 18, 19 упомянутого Приказа Минюста России от 2 апреля 2014 г. N 58) <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Полностью освобождаются в России от легализации документы, которые изготовлены или засвидетельствованы учреждением либо специально на то уполномоченным лицом в пределах их компетенции и по установленной форме и скреплены гербовой печатью на территории государств - участников Минской конвенции 1993 г. Соответственно, и выданные в России документы принимаются в этих государствах без легализации. При этом документы, которые на территории одного из договаривающихся государств рассматриваются как официальные, пользуются и в других государствах доказательной силой официальных документов. При

толковании в целях Конвенции понятия "официальный документ" (Конвенция не уточняет это понятие) следует исходить из соответствующих правил российского законодательства (ч. 1 ст. 71 ГПК РФ).

Освобождение документов от легализации предусматривают и заключенные Россией двусторонние договоры о правовой помощи.

3. Если коллизионная норма "отсылает" к иностранному материальному праву, перед судом встают процессуальные вопросы, связанные с **порядком установления существования и содержания подлежащего применению иностранного права**. В ГПК РФ эти вопросы не решаются, в отличие от АПК РФ, где соответствующее правило имеется (ст. 14).

При отсутствии в ГПК РФ такой нормы суды общей юрисдикции, применяющие иностранное право, обращаются к правилам соответственно ст. 1191 ГК РФ и ст. 166 СК РФ, включающим в себя и процессуальные аспекты установления существования и содержания иностранного права. Правила эти уже рассмотрены в § 6 гл. 4.

Здесь следует еще раз отметить, что в России применение иностранного права в принципе осуществляется судом *ex officio*: суд обязан принять все необходимые меры к тому, чтобы установить существование и содержание иностранных правовых норм независимо от того, ссылаются ли на них стороны в обоснование своих требований и возражений.

В том случае, когда получение необходимых сведений затруднительно, суд обращается с запросом в Министерство юстиции РФ или иные компетентные органы (имеются в виду, в частности, Министерство иностранных дел РФ, российские консульства за границей). Запросы суда об иностранном законодательстве могут направляться в порядке подготовки дела к судебному разбирательству. Если надобность в получении информации об иностранном законодательстве выявится в ходе судебного разбирательства, дело должно быть отложено до получения соответствующих сведений. В случае необходимости запрос может быть послан кассационной и надзорной инстанциями.

Для установления содержания иностранного права суд может привлечь экспертов (ст. 14 АПК РФ, ст. 1191 ГК РФ). Возможность привлечения в этих целях экспертов предусмотрена также в ст. 166 СК РФ. И в иностранном законодательстве привлечение экспертов является одним из способов установления содержания иностранного права (Австрия, Великобритания, Италия, США, Украина, Эстония и др.).

Возможность привлечения экспертов для установления содержания иностранного права неоднозначно оценивается в отечественной доктрине, поскольку иностранный закон рассматривается в России как правовая категория, а по правовым вопросам экспертиза не назначается. Предлагается <1> рассматривать лиц, привлекаемых с целью установления содержания иностранных правовых норм, в качестве специалистов (такая процессуальная фигура предусмотрена, в частности, в ст. 188 ГПК РФ). Но едва ли при наличии указания в законе (ГК РФ, СК РФ) на экспертов можно принять эту позицию, особенно если учесть, что специалист, по смыслу ст. 188 ГПК РФ, не проводит специальных исследований, не анализирует материалы.

<1> См.: Сахнова Т. Доказательственное значение специальных познаний // ЭЖ-Юрист. 2004. N 21.

Привлечение при необходимости экспертов для установления содержания иностранного права может осуществляться судом по правилам ГПК РФ (ст. ст. 79 - 87). Заключение дается в письменной форме. Допустимо проведение экспертизы конкретным экспертом или несколькими экспертами.

Для установления содержания иностранного права возможно обращение **к лицам, связанным с адвокатской деятельностью**: Федеральным законом "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" допускается оказание адвокатами иностранного государства юридической помощи на территории Российской Федерации по вопросам права данного иностранного государства.

Сведения об иностранном праве суд может получать и **от сторон по делу**. Заинтересованным лицам Закон дает право представлять (как по просьбе суда, так и по собственной инициативе) документы, подтверждающие содержание норм иностранного права, на которые они ссылаются в обоснование своих требований или возражений, и иным образом содействовать суду в установлении содержания норм иностранного права. Представляемые сторонами документы должны сопровождаться переводом на русский язык и быть надлежаще удостоверенными.

Право "иным образом" содействовать суду, подчеркивающее состязательность процесса, может реализоваться и в представлении стороной заключения компетентного лица о содержании норм иностранного права. Но нужно иметь в виду, что если по требованиям, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности, суд может возложить обязанность по предоставлению сведений о содержании норм иностранного права на стороны (ст. 1191 ГК РФ), то по всем другим, кроме предпринимательских, гражданско-правовым требованиям, как и по семейным делам, суду такого права не предоставлено.

Если содержание норм иностранного права, несмотря на предпринятые меры, в разумные сроки не установлено, применяется российское право.

Каковы **последствия нарушения или неправильного применения судом иностранного закона**? Поскольку урегулировать данное отношение призван иностранный закон вместе с отсылающей к нему коллизионной нормой, следует признать, что нарушение или неправильное применение надлежащего иностранного закона, как и нарушение или неправильное применение коллизионной нормы, является основанием для отмены или изменения решения в кассационном, апелляционном порядке, а также в определенных случаях в порядке надзора.

На возможность затруднений при применении и толковании судами **общепризнанных принципов и норм международного права, международных договоров РФ** обращается внимание в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" <1>. Судам рекомендовано использовать акты и решения международных организаций, в том числе органов ООН и ее специализированных учреждений, а также обращаться в Правовой департамент Министерства иностранных дел РФ, в Министерство юстиции РФ (например, для уяснения вопросов, связанных с продолжительностью действия международного договора, составом государств, участвующих в

договоре, международной практикой его применения) (п. 16).

<1> БВС РФ. 2003. N 12. С. 8.

В этом Постановлении разъяснено, что основанием к отмене или изменению судебного акта может являться и неправильное применение судом общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ. Неправильное применение нормы международного права может иметь место в случаях, когда судом не была применена норма международного права, подлежащая применению, или, напротив, суд применил норму международного права, которая не подлежала применению, либо когда судом было дано неправильное толкование нормы международного права (п. 9).

Предоставление информации предусмотрено в ряде международных договоров с участием России:

- в договорах о правовой помощи;

- в Минской конвенции 1993 г.;

- в Европейской конвенции об информации относительно иностранного законодательства от 7 июня 1968 г. с Дополнительным протоколом к ней от 15 марта 1978 г. (вступила в силу для России 13 мая 1991 г.; другими ее участниками являются Австрия, Бельгия, Болгария, Великобритания, Дания, Испания, Италия, Норвегия и ряд других стран). Указанная Европейская конвенция предусматривает предоставление сведений о законодательстве в сфере гражданского и коммерческого права и процесса по запросу суда; запрос направляется, только если судебное разбирательство действительно начато;

- в заключенном в рамках СНГ Соглашении об обмене правовой информацией от 21 октября 1994 г. В нем помимо России участвуют Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан и Украина. Соглашение предусматривает обмен информацией через национальные электронные базы - создаваемые странами-участницами Национальные центры правовой информации.

§ 5. Судебные поручения

1. По делам с иностранным элементом часто возникает необходимость совершить отдельные процессуальные действия за пределами Российской Федерации (вручение проживающим за границей лицам извещений и других документов, получение от таких лиц свидетельских показаний, проведение судебной экспертизы). Такие действия не могут быть выполнены российским судом, так как его власть ограничена пределами территории РФ. Поэтому он вынужден обращаться с поручениями об оказании правовой помощи к иностранным судам.

В западной доктрине вручение документов (включая внесудебные документы) часто рассматривается как отдельный вид правовой помощи, близкий к выполнению отдельных процессуальных действий, но все же самостоятельный. Из такого разделения исходят обычно и международные договоры. В российской доктрине и законодательстве эти виды правовой помощи

обычно объединяются. Согласно ч. 1 ст. 407 ГПК РФ российские суды исполняют переданные им в установленном порядке поручения иностранных судов "о совершении отдельных процессуальных действий (вручение извещений и других документов, получение объяснений сторон, показаний свидетелей, заключений экспертов, осмотр на месте и другие)".

В свою очередь, и российские суды могут обращаться к иностранным судам с поручениями о совершении отдельных процессуальных действий (ст. 407 ГПК РФ, ст. 256 АПК РФ).

Закон не обуславливает исполнение поручений наличием у России международного договора на этот счет с соответствующим государством. Из практики общения между государствами, предполагающей соблюдение международной вежливости, вытекает, что **российские суды могут исполнять поручения независимо от того, заключен ли с соответствующим государством международный договор об исполнении таких поручений**. Такой подход соответствует мировой практике, принципу взаимодействия и сотрудничества государств.

2. Поручения иностранных судов исполняются российскими судами, если они переданы им в порядке, установленном международным договором или федеральным законом. Сношения осуществляются, как правило, дипломатическим путем. Поручения иностранных судов исполняются судами **при получении их через МИД России, если международным договором РФ не установлено иное**.

В изъятие из обычного дипломатического порядка сношения российских судов с судами стран - участниц Минской конвенции 1993 г. и ряда зарубежных стран, с которыми заключены договоры об оказании правовой помощи, осуществляются непосредственно через центральные учреждения юстиции договорившихся государств, что значительно упрощает переписку. Протоколом к Минской конвенции 1993 г. от 28 марта 1997 г. (ст. 5) допускается возможность сношений не только через центральные, но и через территориальные и другие органы.

Центральным учреждением юстиции, осуществляющим сношения по гражданским делам, в России является Министерство юстиции РФ (на это министерство возложена организация работы по исполнению обязательств России в сфере правовой помощи, оно осуществляет контроль за исполнением судебных поручений и иных запросов, дает разъяснения, издает методические рекомендации). Однако в том случае, когда надобность в сношениях с иностранными учреждениями возникает в связи с судебной деятельностью Верховного Суда РФ (в частности, при рассмотрении им дел по первой инстанции), последний может осуществлять сношения и непосредственно.

Документы об актах гражданского состояния могут истребоваться и пересылаться через МИД России. Следует подчеркнуть, что указание на непосредственные сношения Министерства юстиции РФ и Верховного Суда России относится лишь к тем странам, договоры с которыми предусматривают непосредственные сношения центральных учреждений юстиции. В отношениях с другими странами действует, как правило, дипломатический порядок сношений.

Суды краев и областей, граничащих с Монголией, могут, согласно протоколу к Договору о правовой помощи с этой страной, сноситься с судами приграничных территориальных единиц МНР в упрощенном порядке, не посылая поручения в Министерство юстиции РФ.

В Кишиневской конвенции 2002 г. правила Минской конвенции 1993 г. в отношении

исполнения поручений по гражданским делам в целом сохранены.

Киевское соглашение 1992 г. в ст. 5 предусматривает непосредственный порядок сношений запрашивающего и запрашиваемого органов, т.е. пересылку документов, минуя центральные учреждения юстиции. Этот порядок продолжает многолетнюю практику исполнения поручений судов бывших союзных республик и, несомненно, способствует более быстрому разрешению дел.

3. Отказать в исполнении поручения можно лишь в установленных в законе случаях. Поручение иностранного суда не подлежит согласно ч. 2 ст. 407 ГПК РФ исполнению в одном из следующих случаев: если его исполнение может нанести ущерб суверенитету России или угрожает ее безопасности и если исполнение поручения не входит в компетенцию суда.

АПК РФ также формулирует основания отказа в исполнении поручений арбитражными судами, упоминая, в частности, о противоречии исполнению поручения "публичному порядку" (ст. 256).

Отказ в исполнении поручения по мотивам противоречия исполнению суверенитету России или угрозы ее безопасности, как это указано в ГПК РФ, по существу тоже является одним из проявлений оговорки о публичном порядке. Практически такой отказ крайне редок. Он возможен, например, если поручение направлено иностранным судом в связи с находящимся в его производстве делом с привлечением в качестве ответчика Российского государства в нарушение его судебного иммунитета.

Некомпетентным исполнять поручение российский суд может быть признан, если дело ему неподведомственно. Например, если просьба, обращенная к суду общей юрисдикции, касается ведущегося за границей производства по экономическому спору, поручение передается для исполнения в соответствующий арбитражный суд. Если же полученная судом общей юрисдикции просьба не может быть выполнена в связи, например, с переездом свидетеля в другой город, поручение передается в компетентный суд общей юрисдикции (по новому месту жительства свидетеля).

Нужно обратить внимание на положение п. 2 ст. 8 Минской конвенции 1993 г., по которому, если запрашиваемое учреждение не компетентно исполнить поручение, оно пересылает его компетентному учреждению с уведомлением об этом запрашивающего учреждения. Аналогичные положения есть и в ряде двусторонних договоров России о правовой помощи.

4. Поручения иностранных судов о выполнении отдельных процессуальных действий исполняются на основе законодательства РФ, т.е. соответствующих норм ГПК РФ (а поручения, исполняемые арбитражными судами, - норм АПК РФ), если иное не предусмотрено международным договором РФ. По общему правилу поручения исполняются судом, в районе деятельности которого должны быть совершены процессуальные действия. Например, поручение о допросе свидетеля выполняется районным судом по месту жительства свидетеля, поручение об осмотре на месте - судом по месту нахождения объекта осмотра.

Документы по поручениям вручаются в порядке, предусмотренном российским законодательством, если они изложены на русском языке или снабжены заверенным переводом на русский язык. Подлежащие вручению документы, изложенные на иностранном языке, передаются получателю, если он соглашается добровольно их принять.

Поручения судов государств, с которыми Россия имеет соответствующие международные договоры, исполняются в порядке, установленном этими договорами.

5. Поручения российских судов иностранным судам о совершении отдельных процессуальных действий направляются при подготовке судьей дела к судебному разбирательству (п. 11 ч. 1 ст. 150 ГПК РФ) с соблюдением требований, предусмотренных ст. 62 ГПК РФ. Если поручение сводится к просьбе вручить документ, к поручению прилагается документ, подлежащий вручению. Направление иностранным судам поручений арбитражных судов осуществляется в соответствии с правилами АПК РФ.

Арбитражные суды могут обращаться с поручениями о вручении извещений о судебном разбирательстве или о выполнении отдельных процессуальных действий к иностранным судам **или иным компетентным органам** иностранного государства (ч. 3 ст. 253, ч. 4 ст. 256 АПК РФ). В последнем случае закон, надо думать, имеет в виду государственные органы, которые считаются в соответствующем государстве компетентными исполнять поручения. Отнесение к компетентным органам самих адресатов, очевидно, не вытекает из приведенных норм АПК. Однако при наличии международного договора, предусматривающего возможность направления судебных документов адресату по почте (так, например, в ст. 10 упомянутой Гаагской конвенции 1965 г.), такой способ направления документов находящемуся в иностранном государстве лицу допускается.

Поручения судам государств, с которыми заключены соответствующие международные договоры, должны иметь предусмотренные договорами реквизиты. Вместе с документами, подлежащими вручению, поручения пересылаются за границу. С учетом того, что пересылка занимает значительное время, поручения направляются за несколько месяцев до дня судебного разбирательства.

Сношения осуществляются, как правило, дипломатическим путем. Поручения российских судов судам иностранных государств направляются через Министерство иностранных дел РФ, которое пересылает их за границу. Вместе с тем ряд международных договоров РФ предусматривает упрощенный порядок сношений.

6. Международные договоры в области оказания правовой помощи способствуют развитию сотрудничества учреждений юстиции договаривающихся государств и более быстрому рассмотрению судебных дел. Россия является в настоящее время участницей договоров о правовой помощи, охватывающих очень широкий круг стран.

Важным этапом было присоединение в 1967 г. к **Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса** от 1 марта 1954 г., а в 2001 г. - к двум указанным **Гаагским конвенциям** 1965 и 1970 гг. Последние, развивающие тематику Конвенции от 1 марта 1954 г. и заменяющие ее положения относительно правовой помощи, рассматриваются как уже "четвертое поколение", если учесть предыдущие редакции Конвенции 1954 г. В них участвуют США и Великобритания. Для отношений со странами на постсоветском пространстве трудно переоценить роль Минской конвенции 1993 г.

Правила об исполнении судебных поручений содержат и все связывающие Россию **двусторонние договоры о правовой помощи** по гражданским, семейным и уголовным делам, первые из которых были заключены еще в 1957 - 1962 гг. С Австрией - в 1970 г., с ФРГ - в 1956 г.,

с США - в 1935 - 1936 г., с Францией - в 1936 г. были заключены (как правило, путем обмена нотами) соглашения, предусматривающие исполнение судебных поручений. Сейчас эти страны, как и Россия, участвуют в названных Гаагских конвенциях 1965 и 1970 гг.

6.1. В Гаагской конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 г. участвует 73 государства, в числе которых европейские страны, США, Китай, Япония, Республика Корея, Пакистан, Израиль, Венесуэла, ряд стран Африки, Австралия и др. В отношениях между государствами, ратифицировавшими Конвенцию, последняя заменяет собой ст. ст. 1 - 7 Конвенции от 1 марта 1954 г., поскольку эти государства являются одновременно участниками обеих Конвенций. Следовательно, и для России ст. ст. 1 - 7 Конвенции от 1 марта 1954 г. в отношениях со странами - участницами обеих конвенций перестали действовать.

Положения Конвенции направлены на упрощение и ускорение процедуры исполнения поручений. Имелось в виду выработать правила, которые устраивали бы не только страны континентальной Европы, но и страны общего права, в частности США, внутреннее законодательство которых в отношении вручения документов существенно отличается от европейской практики (в Конвенции от 1 марта 1954 г. ни США, ни Великобритания не участвуют).

Главным новшеством в отношении порядка вручения документов (по сравнению с порядком, предусмотренным Конвенцией 1954 г.) является **назначение каждой страной-участницей (в соответствии со своим правом) центрального органа**, призванного принимать просьбы о вручении, поступающие из других стран-участниц, и распоряжаться об их исполнении. Подлежащие вручению судебные документы направляются этому органу компетентным (в соответствии с правом места составления документов) органом; они не нуждаются в легализации.

В России Указом Президента РФ от 24 августа 2004 г. N 1101 центральным органом, принимающим и рассматривающим запросы иностранных судов, назначено Министерство юстиции РФ, в течение длительного времени организующее и контролирующее исполнение в России поручений иностранных судов.

Центральный орган запрашиваемого государства вручает или доставляет документ самостоятельно либо иным образом обеспечивает его вручение. Вручение обычно осуществляется в порядке, предусмотренном законодательством этого государства. В России Минюст передает поручение компетентному суду для вручения документа адресату в соответствии с положениями ГПК РФ и АПК РФ.

Возможно вручение по ходатайству заявителя и в особом порядке, если такой порядок не является несовместимым с законодательством запрашиваемого государства. Кроме того, документ (за исключением случая применения особого порядка вручения) может быть непосредственно доставлен адресату, который согласен добровольно его принять.

Конвенция допускает вручение документов находящимся за границей лицам и **непосредственно через свои дипломатические представительства или консульские учреждения** (без применения мер принуждения). Но каждое государство может (в соответствии со ст. 21 Конвенции) заявить, что оно возражает против такого вручения на своей территории, кроме случаев, когда документ вручается гражданину того государства, откуда поступил документ (ст.

8). Такое заявление сделала при присоединении к Конвенции и Россия. Нужно сказать, что и другие договоры России допускают вручение судебных документов через дипломатические представительства и консульские учреждения только применительно к собственным гражданам соответствующих иностранных государств (ст. 12 Минской конвенции 1993 г., соответствующие статьи всех двусторонних договоров России о правовой помощи). Если того требуют исключительные обстоятельства, может быть использован и дипломатический путь.

Вручение документов не может согласно Конвенции служить поводом для взимания или возмещения сборов или издержек в связи с услугами, предоставленными запрашиваемым государством. Россия сделала заявление о том, что взыскание любым государством - участником Конвенции подобных сборов (за исключением оговоренных в ст. 12 Конвенции случаев, в частности при применении особого порядка вручения) будет рассматриваться в нашей стране как отказ от применения Конвенции в отношении Российской Федерации и, соответственно, Россия не будет применять Конвенцию в отношении такого государства-участника.

К сожалению, имеется основание для практического применения данного подхода: в США был введен платный порядок исполнения поручений в рамках Конвенции, что, очевидно, не соответствует положениям ст. 12 Конвенции, если только речь не идет о случаях особого порядка вручения, которые в России согласно ее заявлению не применяются. Поскольку **бесплатность исполнения поручений** является важным преимуществом Конвенции, облегчающим оказание правовой помощи и служащим интересам граждан, наше государство рассматривает введение в США платы за вручение документов, так же как и передачу функций своего центрального органа частной компании **Process Forwarding International**, как нарушение положений Конвенции. В связи с этим оказание правовой помощи между Россией и США в данной области фактически приостановлено.

Отказать во вручении документа согласно ст. 13 Конвенции можно лишь в том случае, если запрашиваемое государство считает, что исполнение запроса может нанести ущерб его суверенитету или безопасности. Нельзя отказать во вручении только на том основании, что запрашиваемое государство обладает согласно его законодательству исключительной компетенцией по рассмотрению данного дела. Если, например, российский суд по просьбе суда одной из стран - участниц Конвенции, рассматривающего дело о расторжении брака, должен вручить извещение о дне слушания дела проживающему в России ответчику, он не может отказать во вручении только потому, что данное дело, например, в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 403 ГПК РФ относится к исключительной подсудности российского суда. Если документы предназначены для вручения на территории Российской Федерации, они принимаются, только если составлены на русском языке или сопровождаются переводом на русский язык.

При необходимости вручения за границей документов по делу, находящемуся в производстве российского суда, поручения могут направляться минуя Министерство юстиции РФ. В качестве органов, компетентных обращаться в рамках своих полномочий с запросом о правовой помощи в центральные органы стран - участниц Конвенции, в **Заявлении Российской Федерации по Конвенции** <1> указываются федеральные суды (Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, верховные суды республик, краевые и областные суды, суды городов федерального значения, автономной области и автономных округов, районные суды, военные и специализированные суды, составляющие систему федеральных судов общей юрисдикции), конституционные (уставные) суды и мировые судьи субъектов Российской Федерации. Кроме того, согласно Заявлению

допускается обращение на основании Конвенции с запросом о вручении документов и других органов, в частности загсов, нотариусов и других должностных лиц, уполномоченных на осуществление нотариальных действий, органов опеки и попечительства, а также адвокатов. Указание в поручении адреса получателя обязательно.

<1> СЗ РФ. 2004. N 50. Ст. 4951.

6.2. Участниками Конвенции о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам от 18 марта 1970 г. (далее - Конвенция 1970 г.) является 61 государство - Австралия, Аргентина, Болгария, Венесуэла, Израиль, Кипр, Китай, Мексика, Польша, США, ЮАР и др. В отношениях между государствами-участниками Конвенция заменяет собой ст. ст. 8 - 16 Конвенции от 1 марта 1954 г., поскольку эти государства являются участниками обеих Конвенций.

Конвенция 1970 г. охватывает вопросы исполнения судебных поручений о получении за границей доказательств, которые могут исходить **только от судов** (имеются в виду государственные суды). Речь идет о допросе свидетелей, производстве судебного осмотра, получении заключений экспертов и т.п. Могут выполняться и другие процессуальные действия, например такие, как получение копии свидетельства о рождении, о браке, получение выписки из публичного реестра.

Конвенцией не охватывается принятие временных или защитных мер (арест имущества, принудительная продажа и т.п.). Базируясь на соответствующих положениях Конвенции от 1 марта 1954 г., данная Конвенция предусматривает ряд новых норм, многие из которых связаны с поиском решений, удовлетворяющих и страны общего права.

Как и в рассмотренной выше Конвенции 1965 г., в данной Конвенции предусмотрен **упрощенный порядок пересылки** - через центральные органы стран-участниц (ст. 2). В России таким органом практически является Министерство юстиции РФ. Наряду с оказанием правовой помощи в связи с уже возникшим судебным делом Конвенция предусматривает возможность оказания ее **и в связи с намечаемым судебным процессом**. Цель таких действий - сохранение, например, показаний свидетелей на будущее, если есть основания опасаться, что получение доказательств сделается впоследствии невозможным или затруднительным (тяжелая болезнь, пожилой возраст, отъезд и т.п.). Нужно иметь в виду, что в странах англо-американского права широко используется получение "аффидевитов" (особого вида письменных доказательств).

Документы, посылаемые в связи с поручением, освобождаются от легализации. Способы и процедура исполнения поручения определяются законодательством запрашиваемого государства. Возможно применение по просьбе и особой формы исполнения (например, может поступить просьба о проведении практикуемого в странах англо-американского права перекрестного допроса).

Основания для **отказа в исполнении** поручения, предусмотренные в Конвенции, близки к тем, которые содержатся в ст. 11 Конвенции 1954 г. (исполнение поручения не входит в компетенцию судебной власти; запрашиваемое государство находит, что оно может нанести ущерб его суверенитету и безопасности).

Новым по сравнению с Конвенцией 1954 г. является правило (ст. 11 Конвенции) о том, что при исполнении поручения лицо, которого оно касается, **может отказаться от дачи показаний** в той мере, в какой оно имеет привилегии или служебный долг отказаться от дачи показаний согласно законодательству запрашиваемого или - если это оговорено в поручении - запрашивающего государства.

Исполнение судебного поручения, как правило, осуществляется **бесплатно**, без возмещения каких бы то ни было сборов или расходов. Однако может быть потребовано от запрашивающего государства возмещение вознаграждения, выплаченного экспертам и переводчикам, и расходов, возникших в связи с применением по просьбе запрашивающего государства особой процедуры исполнения.

Совершение предусмотренных в Конвенции отдельных процессуальных действий "в помощь судебному разбирательству" (в частности, проведение допросов) **уполномоченными** (ими могут быть любые лица, надлежащим образом уполномоченные иностранным судом, ведущим дело) соответствует принятой в США практике назначения американскими судами иностранных судей в качестве уполномоченных с предоставлением им права без принуждения допрашивать свидетелей на своем языке и в соответствии с принятой в данном государстве процедурой. Указанный порядок отличается от действующего в России порядка исполнения иностранных судебных поручений. Не предусмотрено исполнение иностранных судебных поручений в таком порядке и другими действующими международными договорами России. Однако нужно иметь в виду, что Конвенция связывает такие действия уполномоченных (как и в отношении действий дипломатов и консулов) с обязательным получением разрешения компетентного органа (в России им, очевидно, будет соответствующий центральный орган), даваемого по конкретному делу либо имеющего общий характер, а также с соблюдением указанных в разрешении условий.

6.3. **Минская конвенция 1993 г.** с изменениями, внесенными Протоколом 1997 г., устанавливает, что правовая помощь, под которой понимаются, в частности, составление и пересылка документов, проведение экспертизы, пересылка и выдача вещественных доказательств, допрос сторон и свидетелей, вручение документов, оказывается **учреждениями юстиции** (судами и иными учреждениями, к компетенции которых относятся гражданские и семейные дела).

Сношения осуществляются через центральные, территориальные и другие органы, если только самой Конвенцией не установлен иной порядок сношений. Устанавливаются реквизиты поручения. **Если просьба заключается во вручении документа, необходимо указание точного адреса получателя.** Если точный адрес неизвестен, запрашиваемое учреждение принимает в соответствии со своим законодательством меры для установления адреса.

Конвенция содержит и специальное правило об оказании Сторонами друг другу помощи в установлении адресов лиц, проживающих на их территориях, если это требуется для осуществления прав их граждан. Помощь оказывается и в отношении установления места работы и доходов проживающих на территории запрашиваемого государства лиц, к которым в другом государстве предъявлены имущественные требования.

Порядок исполнения поручения определяется законодательством запрашиваемого государства. Но по просьбе могут быть применены и **процессуальные нормы запрашивающего государства, если только они не противоречат законодательству запрашивающего государства.**

Правило о возможном применении при исполнении поручения иностранных процессуальных норм является одним из немногочисленных случаев отступления от основного принципа применения в вопросах процесса закона страны суда. Целесообразность данного правила основывается на том, что запрашивающий правовую помощь иностранный суд получает возможность оценить и наилучшим образом использовать результаты совершенных другим судом действий с позиций своего законодательства. Противоречие процессуальных правил, о применении которых просит иностранный суд, российскому законодательству можно было бы усмотреть, например, в случае, когда российское законодательство содержит безусловные требования предоставления каких-либо гарантий для стороны или свидетеля, которые при применении иностранных норм могут оказаться нарушенными.

Отказ в правовой помощи (полный или частичный) согласно ст. 19 возможен, если оказание помощи может нанести ущерб суверенитету или безопасности либо противоречит законодательству запрашиваемого государства.

Для свидетелей, потерпевших, гражданских истцов, гражданских ответчиков, их представителей и экспертов, которые по врученному им вызову являются в учреждение запрашивающей стороны, предусмотрены определенные **гарантии от привлечения к ответственности**, в частности, в связи с их показаниями в суде.

При оказании помощи используются государственные языки стран-участниц или русский язык. Специальное правило о языке действует применительно к вручению документов: вручение осуществляется в соответствии с порядком, действующим в запрашиваемом государстве, если вручаемый документ написан на языке этого государства или на русском языке либо снабжен переводом на эти языки. В противном случае документ передается получателю, если он согласен добровольно его принять. Правовая помощь оказывается бесплатно.

Подписанная 7 октября 2002 г. странами - участницами Минской конвенции 1993 г. в г. Кишиневе новая Конвенция с тем же названием (Россия ее не ратифицировала) регулирование правовой помощи путем исполнения судебных поручений по гражданским делам сохранила в общем в том же объеме и на тех же условиях, что и Минская конвенция 1993 г. Внесенные изменения являются, как правило, лишь уточнением прежнего текста.

6.4. Двусторонние договоры о правовой помощи. Все двусторонние договоры России о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам содержат правила об оказании учреждениями юстиции правовой помощи путем вручения документов и выполнения поручений о совершении отдельных процессуальных действий; правила эти близки друг другу по своему содержанию. Но сношения осуществляются в одних договорах (например, с Грецией, Италией, Финляндией) в дипломатическом порядке, в других (со странами Восточной Европы и Балтии, Китаем, Вьетнамом, Монголией, Кубой, Индией, Ираном, Испанией, Египтом, Аргентиной и др.) - через центральные органы, в качестве которых обычно выступают министерства юстиции. Договор с Монголией, как отмечалось, допускает и непосредственные сношения учреждений юстиции на приграничных территориях.

Обычно в договор включаются нормы:

- об объеме оказываемой правовой помощи;

- о порядке сношений;
- о реквизитах поручения (как правило, используются специальные формуляры);
- о порядке его исполнения (общее правило - применение законов запрашиваемого государства);
- специальные правила относительно вручения документов;
- правила о расходах (обычно помощь оказывается бесплатно) и применяемых языках.

Большинство договоров содержит статью, допускающую отказ в оказании правовой помощи по мотивам публичного порядка (формулировки различны), а также правила о неприкосновенности свидетелей и экспертов, явившихся по вызову в суд другого государства.

§ 6. Признание и исполнение иностранных судебных решений

1. Как правило, судебные решения имеют правовые последствия за пределами того государства, где они вынесены, лишь если это допускается государством, на территории которого решение должно быть признано и исполнено.

Признание решений судов иностранного государства означает придание этим решениям такой же юридической силы, какую имеют вступившие в законную силу решения собственных судов: они приобретают свойства неопровержимости, исключительности, а решения о присуждении - также исполнимости; они обязательны для должностных лиц и органов государственной власти данного государства. Признание решения - необходимое условие его принудительного исполнения, которое особенно важно в условиях интернационализации хозяйственных связей и роста числа разнообразных гражданских и семейных дел с иностранным элементом.

В мировом сообществе государств признание и исполнение иностранных судебных решений не рассматривается как общепринятое и юридически обязательное. Доктрина исходит, как правило, из того, что **обязанности признавать иностранные решения в силу общих норм международного права не существует. Допуская признание и исполнение решений, государство идет на определенное "самоограничение"**, исходя из необходимости развития своих международных связей и обеспечения в этих целях иностранцам льготных правовых условий. На решение вопросов признания и исполнения иностранных судебных решений все большее влияние оказывает растущая интернационализация частноправовых отношений, необходимость обеспечения прав личности, соблюдения общепризнанных стандартов прав человека.

Законодательство иностранных государств по-разному относится к признанию и исполнению иностранных судебных решений. В некоторых государствах (Швеции, Норвегии, Финляндии, Нидерландах) решения признаются только в случае, если это установлено в международном договоре. В других странах для признания и исполнения решения наличие международного договора не обязательно, но требуется обеспечение взаимности (например, согласно ст. 38 Закона Турции о международном частном праве для исполнения требуется наличие между Турцией и государством, где вынесено решение, договора, основанного на принципе взаимности, или

наличие в иностранном государстве правовых положений или фактической практики, обеспечивающих исполнение в нем решений, принятых турецкими судами).

Во многих государствах признание и исполнение иностранных судебных решений связывается лишь с соблюдением обязательных условий признания. Так, в Швейцарии, как и в некоторых других странах, требуется соблюдение условий признания, которые предусмотрены в Законе о международном частном праве 1987 г. (ст. 25). Закон Бельгии 2004 г. тоже закрепил (в ст. 25) действие в этой стране иностранных решений (в том числе по делам личного статуса, ранее сохранявшим особое положение) при соблюдении указанных в этой статье условий. В Англии в силу общего права признание осуществляется путем разрешения исполнения иностранного судебного решения на основании заявленного иска. В США признание иностранных решений зависит от права конкретного штата.

В отношениях между иностранными государствами действуют многочисленные двусторонние договоры и ряд многосторонних конвенций, предусматривающих признание и исполнение иностранных судебных решений. Среди многосторонних договоров можно назвать, например, уже упоминавшуюся Гаагскую конвенцию по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 г. и заменившую ряд ее положений Конвенцию о международном доступе к правосудию от 25 октября 1980 г. (в обеих Конвенциях предусмотрено исполнение иностранных судебных решений, но только тех, которые касаются взыскания судебных расходов). Исполнение иностранных судебных решений предусмотрено в Кодексе Бустаманте 1928 г., в Межамериканской конвенции об экстерриториальном действии иностранных судебных и арбитражных решений (Монтевидео, 1979 г.), Луганской конвенции о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам от 30 октября 2007 г. и др.

В рамках Европейского союза в настоящее время сложилось правовое и судебное пространство, обеспечивающее взаимное признание и исполнение судебных решений. Правомочность решения, вынесенного судом одного из государств ЕС, предполагается, проверка его в другом государстве сводится к минимуму.

В **Регламенте Совета ЕС N 44/2001 о юрисдикции, признании и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам**, имеющем приоритет над национальным правом, были созданы единые правила упрощенной процедуры признания и исполнения решений. Эти правила в основном действуют и в новом, заменившем этот документ Регламенте ЕС от 12 декабря 2012 г. N 1215/2012 (Брюссель I bis). Главное новшество этого Регламента - отмена процедуры экзекватуры среди европейских стран: любое решение, вынесенное в одном государстве - члене ЕС, приравнивается к решению, вынесенному в том государстве - члене ЕС, в котором запрашивается исполнение; стороне достаточно представить компетентному органу копию решения и сертификат, подтверждающий, что решение подлежит исполнению, выданный судом, вынесшим решение. В исполнении решения может быть при определенных условиях отказано, но только по ходатайству заинтересованной стороны <1>.

<1> Подробнее о Регламенте N 1215/2012 см.: Жоффруа К. Новый регламент ЕС о подсудности, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам - шаг к окончательной отмене экзекватуры в Европе // Закон. 2013. N 11. С. 130 - 134.

Имеются и другие регламенты, затрагивающие признание и исполнение решений по отдельным категориям дел (например, семейным). Система взаимного признания и исполнения решений стран ЕС включает принятый 21 апреля 2004 г. **Регламент Совета ЕС N 805/2004 о европейском исполнительном листе по бесспорным требованиям.**

"Внеевропейские" судебные решения, следовательно, и решения российских судов под созданный в Европе либеральный режим признания и исполнения не подпадают.

2. В России решения иностранных судов по гражданским делам признаются и исполняются, если это предусмотрено международным договором РФ с государством, суд которого вынес решение. Это прямо вытекает из Федерального конституционного закона "О судебной системе Российской Федерации" (согласно ч. 3 ст. 6 обязательность на территории РФ постановлений судов иностранных государств, международных судов и арбитражей определяется международными договорами Российской Федерации), ст. 409 ГПК РФ и ст. 241 АПК РФ. И ранее, до принятия нового ГПК РФ иностранные судебные решения исполнялись только при наличии соответствующего международного договора. Имеются в виду международные договоры, прямо указывающие на взаимное признание и исполнение судебных решений - указание в договоре на обеспечение свободного доступа граждан и организаций договаривающихся государств в суды другого государства, вполне понятно, нельзя рассматривать как договоренность о взаимном признании и исполнении решений.

Поскольку закон требует наличия международного договора о признании и исполнении решений, суды не вправе приводить в исполнение решения судов государств, с которыми Россия соответствующего договора не имеет. Такова многолетняя судебная практика <1>.

<1> См., например: БВС РФ. 1999. N 7. С. 4, 5.

Решения иностранных судов **по экономическим спорам** и другим делам, связанным с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, должны признаваться и исполняться в России не судами общей юрисдикции, а **арбитражными судами**; при определении круга подлежащих исполнению иностранных решений по таким делам должны, следовательно, приниматься во внимание правила АПК РФ. Статья 241 этого Кодекса указывает на исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений, если исполнение таких решений предусмотрено международным договором и федеральным законом.

Федеральных законов, допускающих исполнение иностранных судебных решений по экономическим спорам при отсутствии соответствующего международного договора, практически не имеется. Едва ли они могут быть приняты при наличии нормы ч. 3 ст. 6 Федерального конституционного закона "О судебной системе Российской Федерации", предусматривающей, что обязательность на территории России постановлений судов иностранных государств определяется международными договорами РФ. Ссылка АПК РФ на федеральный закон может, однако, иметь значение для иностранных арбитражных решений, исполнение которых предусмотрено в Федеральном законе о международном коммерческом арбитраже (см. гл. 23).

При разработке ГПК РФ и АПК РФ обсуждался вопрос о закреплении в законодательстве более широкого подхода - допущения исполнения решений иностранных судов и при отсутствии

международного договора, если соблюдена взаимность, т.е. если в стране, суд которой вынес решение, акты российских судов исполняются. Такое расширение возможностей исполнения способствовало бы развитию международного сотрудничества. Однако законодатель отверг эту позицию, не сочтя в современных условиях возможным менять традиционный подход <1>.

<1> Не вытекает поэтому из закона позиция А.И. Муранова, утверждающего, что отсутствие законодательного закрепления взаимности "не должно влиять на право федеральных судов использовать его на практике" и при отсутствии международного договора. См.: Муранов А.И. Международный договор и взаимность как основания приведения в исполнение в России иностранных судебных решений. М., 2003. С. 87.

Вопрос о целесообразности расширения круга признаваемых и исполняемых решений иностранных судов мог бы быть поставлен **de lege ferenda**, в частности, при разработке проекта единого процессуального кодекса. В литературе по этому вопросу высказываются разные предложения: от допущения признания и исполнения лишь при наличии указания на взаимность в законе (процессуальном кодексе) <1> до закрепления в законе возможности признания и исполнения решений судов любых иностранных государств в соответствии с нормами российского федерального права с единственным условием - отсутствием иного регулирования в международном договоре Российской Федерации <2>.

<1> См., например: Габов А.В., Ганичева Е.С., Глазкова М.Е. и др. Концепция единого Гражданского процессуального кодекса: предложения Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ // Журнал российского права. 2015. N 5. С. 24, 25.

<2> См.: Елисеев Н.Г. Перспективы взаимного признания и исполнения судебных решений в отношениях между Россией и Германией // Закон. 2016. N 12. С. 190.

Среди **международных договоров России, предусматривающих взаимное признание и исполнение судебных решений**, прежде всего должна быть названа Минская конвенция 1993 г., а также большая часть двусторонних договоров о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам <1>. Исполнение иностранных судебных решений по некоторым категориям гражданских дел вытекает и из других многосторонних конвенций с участием России: Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 г., Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1992 г. <2>, Римской конвенции об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности, 1952 г. и др. Взаимное признание и исполнение определенного круга судебных решений предусмотрено и Киевским соглашением 1992 г.

<1> В некоторых из этих двусторонних договоров предусмотрено признание и более широкого круга решений. Так, в Договоре между Россией и Аргентиной от 20 ноября 2000 г. "О сотрудничестве и правовой помощи по гражданским, торговым, трудовым и административным

делам" (СЗ РФ. 2003. N 30. Ст. 3040) предусмотрено взаимное признание и исполнение судебных и арбитражных решений по гражданским, торговым, трудовым и административным делам (ст. 18).

<2> СЗ РФ. 1992. N 15. Ст. 1345.

Согласно ст. 51 Минской конвенции 1993 г. и ряду договоров о правовой помощи признаются и исполняются в принципе все судебные решения по гражданским и семейным делам, т.е. решения по любым категориям таких дел (имеются в виду решения, принятые по существу дела или о взыскании судебных расходов) и судебные решения по уголовным делам о возмещении ущерба потерпевшему, а также мировые сделки, заключенные в судах. Так же решен вопрос и в ст. 54 Кишиневской конвенции 2002 г. (здесь, однако, также предусмотрено признание и исполнение решений судов о наложении ареста на имущество, включая денежные средства на банковских счетах, в целях обеспечения иска).

Решения судов стран - участниц Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. исполняются в России только в том случае, если они касаются уплаты судебных расходов и вынесены против истцов или третьих лиц, являющихся гражданами одной из стран-участниц. Достаточно узок по сравнению с Минской конвенцией 1993 г. и договорами о правовой помощи и круг решений, подлежащих исполнению на основании других многосторонних конвенций: обычно это решения лишь по отдельным категориям гражданских дел.

В Киевском соглашении 1992 г. речь идет о подлежащих исполнению решениях судов общей юрисдикции, арбитражных (хозяйственных) судов, третейских судов и других органов, к ведению которых относятся дела, возникающие из договорных и иных гражданско-правовых отношений между хозяйствующими субъектами, из их отношений с государственными и иными органами.

3. Некоторые судебные решения по своему характеру **не требуют исполнения**. Это, например, решения по делам о признании лица недееспособным, об установлении фактов, расторжении брака и т.п. Они признаются в России, если **это предусмотрено международным договором или если на признание указывает российское законодательство** (федеральный закон).

Так, на признание иностранных судебных решений указывает ст. 415 ГПК РФ, называя следующие решения:

- по делам относительно статуса иностранных граждан (о право- и дееспособности, праве на имя, опеке и попечительстве, признании безвестно отсутствующим и объявлении умершим, об усыновлении);
- о расторжении брака и признании его недействительным (если хотя бы один из супругов, имеющих разное гражданство, одно из которых - российское, проживал вне пределов РФ и если оба супруга - российские граждане в момент рассмотрения дела проживали вне пределов РФ);
- по другим делам, если это предусмотрено в иных, кроме ГПК РФ, федеральных законах.

Признание в России иностранных судебных решений о расторжении брака предусмотрено, в частности, в ст. 160 СК РФ: расторжение браков между российскими и иностранными гражданами, совершенное вне пределов России с соблюдением законодательства

соответствующего иностранного государства о компетенции органов, принимавших решение о разводе, и о подлежащем применению семейном праве (т.е. с соблюдением коллизионных норм), признается действительным в России даже при отсутствии с соответствующим государством договора о взаимном признании решений; признаются также иностранные решения о расторжении браков между супругами - российскими гражданами и между супругами - иностранными гражданами. Из ст. 165 СК РФ вытекает возможность признания в России и вынесенных иностранными судами решений об усыновлении. Согласно ст. 245.1 АПК РФ, введенной в этот Кодекс Федеральным законом от 29 декабря 2015 г. N 409-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона "О саморегулируемых организациях" в связи с принятием Федерального закона "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации", решения иностранных судов и иностранные арбитражные решения, не требующие принудительного исполнения, признаются в России, если их признание предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом.

Следует также упомянуть Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)", согласно которому решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории России в соответствии с международными договорами РФ, а при отсутствии таких договоров - на началах взаимности, если иное не предусмотрено федеральным законом. Вопросы признания в России подобных решений возникают, в частности, когда имущество должника или его часть находится в России, тогда как процесс объявления лица несостоятельным начался за пределами нашей страны <1>.

<1> Подробнее о трансграничной несостоятельности (банкротстве) см.: Ануфриева Л.П. Международное частное право. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. М., 2001. См. также: Витрянский В.В. Постатейный комментарий Федерального закона о несостоятельности (банкротстве) // Вестник ВАС РФ. 2003. N 7. С. 76, 77.

Нужно вместе с тем иметь в виду, что даже при отсутствии указания в законе или международном договоре на признание актов иностранных судов такие акты, легализованные в установленном порядке (если международным договором Российской Федерации не предусмотрено освобождение от легализации), могут приниматься нашими судами в качестве доказательств, оцениваемых в соответствии с российскими процессуальными нормами.

4. Для признания и исполнения иностранного судебного решения, которое входит в круг решений, подлежащих признанию и исполнению в России, **требуется соблюдение определенных условий**, которые обычно предусматриваются в соответствующем международном договоре. Так, Минская конвенция 1993 г. и договоры о правовой помощи требуют соблюдения следующих условий:

1) решение должно вступить в законную силу (факт вступления в законную силу официально подтверждается вынесшим решение иностранным судом на основании законодательства своего государства);

2) при рассмотрении дела должны быть соблюдены процессуальные права сторон. Если

будет установлено, что лицо, возбудившее ходатайство об исполнении, или ответчик по делу не участвовали в процессе вследствие того, что им или их представителям не был своевременно и в надлежащем порядке вручен вызов в суд, в признании и исполнении решения, вынесенного по делу, может быть отказано;

3) решение не должно противоречить предшествующему решению российского суда, вступившему в законную силу и вынесенному по делу между теми же сторонами, о том же требовании и по тому же основанию. В противном случае решение иностранного суда не подлежит признанию и исполнению.

В некоторые договоры о правовой помощи включены и другие условия. Так, в ряде договоров требуется соблюдение судом, вынесшим решение, правил о разграничении компетенции (международной подсудности), содержащихся в договоре, и правил внутреннего законодательства страны места исполнения об исключительной подсудности.

Ряд договоров о правовой помощи, как отмечалось, не содержит норм о разграничении подсудности. Но в некоторых из таких договоров требования относительно подсудности сформулированы **применительно к признанию и исполнению решений (косвенное разграничение подсудности)**. Так, согласно ст. ст. 24 и 25 Конвенции между СССР и Итальянской Республикой о правовой помощи по гражданским делам 1979 г. <1> суд, вынесший решение, считается компетентным по искам к лицам, независимо от их гражданства, проживающим на территории данного государства (как видим, здесь применен тот же основной принцип определения международной подсудности, который принят и в российском законодательстве: место жительства ответчика). Кроме того, суд, вынесший решение, компетентен и в некоторых других случаях, независимо от места жительства ответчика. Несоблюдение итальянским судом, вынесшим решение, предусмотренных в Конвенции условий дает российскому суду возможность отказать в исполнении решения на территории РФ.

<1> ВВС СССР. 1986. N 35. Ст. 729.

В ряде договоров предусмотрена возможность отказа в исполнении иностранного судебного решения по мотивам противоречия публичному порядку. Например, согласно ст. 20 Договора РФ с Аргентиной о сотрудничестве и правовой помощи по гражданским, торговым, трудовым и административным делам 2000 г. <1> одним из условий признания и исполнения решений является непротиворечие его основам законодательства договаривающейся страны, в которой запрашивается такое признание и исполнение. Некоторые договоры, не предусматривая прямо такого условия исполнения, допускают все же возможность неисполнения на основании общей нормы о возможности отказа в правовой помощи, если это затрагивает суверенитет, безопасность, основные принципы законодательства запрашиваемого государства (договоры с Грецией, Италией, Эстонией, Минская конвенция 1993 г.).

<1> СЗ РФ. 2003. N 30. Ст. 3040.

Киевское соглашение 1992 г. тоже формулирует основания для отказа в исполнении

иностранных решений (ст. 9). Они близки к основаниям, предусмотренным договорами о правовой помощи:

- наличие вступившего в законную силу решения суда запрашиваемого государства по тождественному иску или признанного решения по такому иску, вынесенного судом третьего государства;
- некомпетентность суда, т.е. вынесение решения вопреки правилам Соглашения о разграничении компетенции судов;
- отсутствие данных об извещении другой стороны о процессе;
- истечение трехгодичного срока давности предъявления решения к принудительному исполнению.

Нужно иметь в виду, что в соответствии с Соглашением решение об отказе в исполнении принимается по просьбе проигравшей стороны, т.е. по ее инициативе и только при условии, что она представит суду по месту исполнения решения доказательства того, что хотя бы одно из перечисленных оснований отказа налицо. В этой части Соглашение отличается от российского законодательства относительно исполнения иностранных судебных решений, которое допускает возможность принятия судом отрицательного решения и по своей инициативе.

При рассмотрении ходатайств об исполнении иностранных судебных решений суды руководствуются указанными правилами договоров о правовой помощи или правилами многосторонних конвенций и соглашений относительно условий признания и исполнения (правила ряда многосторонних конвенций не столь детальны, а иногда вообще отсутствуют). При отсутствии в договоре или конвенции указаний на условия признания суды применяют российское законодательство.

В российском законодательстве случаи, когда в исполнении решения иностранного суда можно отказать, установлены в ст. 412 ГПК РФ, а применительно к арбитражным судам - в ст. 244 АПК РФ. Прежде всего нужно иметь в виду, что **по существу иностранное решение не проверяется**, суд лишь устанавливает, все ли предусмотренные в этой статье (или в международном договоре) условия признания и исполнения соблюдены и нет ли формальных оснований для отказа в исполнении.

Перечень возможных случаев отказа, содержащийся в ч. 1 ст. 412 ГПК РФ, носит исчерпывающий характер. Отказ в исполнении допускается, если решение не вступило в законную силу или не подлежит исполнению, причем факты эти подтверждаются иностранным судом, вынесшим решение, в соответствии с законодательством своей страны; правила российского законодательства о вступлении решения в законную силу (ст. 209) в этом случае не применяются.

Вопрос может иметь практическое значение ввиду возможного несовпадения регулирования: например, в отличие от ГПК РФ, где 10-дневный срок подачи кассационной жалобы или представления исчисляется со дня принятия решения судом в окончательной форме (ст. 338), а решение вступает в силу, если оно не обжаловано, по истечении этого срока, в законодательстве ряда иностранных государств срок на подачу кассационной жалобы, имеющий такое же, как и в

России, значение для определения времени вступления решения в законную силу, исчисляется начиная с момента вручения отсутствующей стороне копии решения.

Основаниями отказа в принудительном исполнении служат также: установление судом того, что сторона, против которой принято решение, была лишена возможности защиты, что рассмотрение дела относится к исключительной подсудности российских судов, что имеется решение по тому же делу, вынесенное российским судом, что истек срок предъявления решения к принудительному исполнению (три года).

Что касается еще одного упомянутого в ст. 412 ГПК РФ (как и в ст. 244 АПК РФ) основания отказа - **противоречия исполнению иностранного решения публичному порядку Российской Федерации**, то здесь нужно иметь в виду следующее.

Понятие публичного порядка - общая категория международного частного права, используемая во всем мире для ограничения действия иностранного права. Она несет в себе функцию защиты национальной правовой системы. В России она применяется в **исключительных случаях**, только тогда, когда **последствия применения иностранной нормы явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации** (см. § 5 гл. 4 учебника).

Эти общие принципы применения оговорки о публичном порядке в международном частном праве, закрепленные, в частности, в ГК РФ (ст. 1193), применимы и в других сферах ее действия. В международном гражданском процессе, где пределы применения иностранного права гораздо уже, чем в международном частном праве, и где как основной принцип действует принцип применения в судопроизводстве (и по делам с иностранным элементом) закона суда, т.е. в РФ - российского процессуального закона, оговорка о публичном порядке имеет более узкую сферу применения <1>. Так, применительно к судебным поручениям в законе указывается, как уже было отмечено, лишь на возможность нанесения ущерба суверенитету Российской Федерации или угрозы ее безопасности. В доктрине эта формулировка издавна оценивается как конкретизация оговорки о публичном порядке путем указания на наиболее важные ее случаи.

<1> По свидетельству Х. Шака, нарушения процессуально-правового *ordre public* встречаются крайне редко. См.: Шак Х. Указ. соч. С. 419.

Ссылка на публичный порядок Российской Федерации как на основание отказа в исполнении иностранных судебных (как и арбитражных) решений допустима, если исполнение решения приведет к созданию ситуации, несовместимой с публичным порядком, т.е. с основополагающими началами, фундаментальными основами правопорядка Российской Федерации.

Верховный Суд РФ (Определение СК по гражданским делам от 25 сентября 1998 г.) указал, что под "публичным порядком Российской Федерации понимаются основы общественного строя Российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания" <1>. В Постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 2 июня 1999 г. (по другому делу) было указано, что под публичным порядком следует

понимать "основные принципы, закрепленные в Конституции Российской Федерации и законах Российской Федерации" <2>.

<1> БВС РФ. 1999. N 3. С. 13.

<2> БВС РФ. 1999. N 11. С. 7, 8.

В российской доктрине в понятие "основы российского правопорядка" предлагается включать четыре взаимосвязанных основных элемента:

- 1) основополагающие, фундаментальные принципы российского права, прежде всего конституционные, частноправовые и гражданско-процессуальные;
- 2) общепринятые принципы морали, на которые опирается российский правопорядок;
- 3) законные интересы российских граждан и юридических лиц, российского общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны;
- 4) общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью российской правовой системы, включая международно-правовые стандарты прав человека <1>.

<1> См.: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2000. С. 164.

Вместе с тем нельзя не согласиться с тем, что "дать исчерпывающий перечень принципов, составляющих основы публичного порядка, невозможно. Равным образом невозможно и доктринально синтезировать список всех принципов и норм, относящихся к публичному порядку" <1>. Безуспешность таких попыток кроется в неопределенности границ категории публичного порядка.

<1> См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова (автор комментария к ст. 1193 - А.Н. Жильцов). М., 2002. С. 360.

Суды общей юрисдикции и особенно арбитражные суды в последнее время нередко прибегают к ссылке на противоречие публичному порядку как на основание отказа в исполнении иностранного судебного решения, однако далеко не всегда такие ссылки бывают обоснованными - понятие публичного порядка толкуется подчас слишком широко. Следует признать, что существует немного решений по коммерческим делам, в которых оговорка о публичном порядке была бы применена успешно.

С целью обобщения судебной практики и устранения ошибок судов Президиумом ВАС РФ

26 февраля 2013 г. утвержден Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений <1>, где обращается внимание на один из важных элементов оговорки о публичном порядке - наличие неблагоприятных последствий применения иностранного права или признания и исполнения иностранного судебного решения в отношении суверенитета и безопасности государства, интересов больших социальных групп, конституционных прав и свобод частных лиц. Само по себе несоответствие норм права, примененных иностранным судом, вынесшим решение, нормам российского права, различное правовое регулирование сходных отношений или неверное толкование норм российского права, примененного иностранным судом, не должно рассматриваться российским судом, решающим вопрос о признании и исполнении иностранного судебного решения, как свидетельство нарушения отечественного публичного порядка. Такой подход соответствует и позиции европейских судов. Так, Европейский суд справедливости применительно к признанию и исполнению иностранных решений неоднократно отмечал, что оговорка о публичном порядке - это концепт, который должен иметь узкую, ограниченную интерпретацию и применяться в исключительных случаях <2>. Проверка последствий исполнения иностранного судебного решения на соответствие его публичному порядку является, как указано в упомянутом Обзоре, полномочием самого суда.

<1> Вестник ВАС. 2013. N 5.

<2> См.: Павлова Н.В. Оговорка о публичном порядке как судебный эксклюзив и предел вежливости конкретной нации // Вестник ВАС РФ. 2013. N 7. С. 167.

Основания отказа в исполнении, предусмотренные в российском законе, могут не совпадать с установленными соответствующим договором. В этом случае действует общее правило о приоритете нормы международного договора.

Что касается **условий признания решений, не требующих по своему характеру исполнения**, то, в принципе, при отсутствии в договоре специальных правил условия их признания те же, что и для признания других решений. Практически, однако, договоры нередко устанавливают для решений, например о расторжении брака, облегченные условия признания. Согласно российскому законодательству (ст. 414 ГПК РФ) основания для отказа в признании решений, не требующих исполнения, те же, что и для исполнения, кроме, разумеется, ссылки на истечение срока давности принудительного исполнения.

5. Важен вопрос о **порядке признания и исполнения иностранных судебных решений**, т.е. о способе введения их в действие на территории России. В основном он урегулирован в договорах, посвященных правовой помощи, но в ряде вопросов эти договоры отсылают к внутреннему законодательству страны места исполнения. Так, в Минской конвенции 1993 г. предусмотрено рассмотрение ходатайств судами государства, на территории которого должно быть осуществлено принудительное исполнение. Эти суды должны ограничиваться установлением того, что условия, предусмотренные Конвенцией, соблюдены. В случае если эти условия соблюдены, суд выносит решение о принудительном исполнении. Однако саму процедуру выдачи разрешения на исполнение Конвенция не определяет.

Другие многосторонние конвенции, затрагивающие исполнение решений, предусматривают обычно лишь общее регулирование, а некоторые из них вообще не касаются порядка исполнения, отсылая полностью к законодательству страны места исполнения. Киевское соглашение 1992 г. (ст. 7) устанавливает, что решения в части обращения взыскания на имущество должника подлежат исполнению на территории другого государства "органами, назначенными судом либо определенными законодательством этого государства". Более конкретных указаний на порядок исполнения Соглашение не содержит. Поэтому приведенное правило ст. 7 следует понимать как отсылку к внутреннему законодательству стран-участниц.

Внутреннее законодательство государств по-разному решает вопрос о введении в действие решений иностранных судов.

Различают несколько систем признания и исполнения иностранных судебных решений:

- система экзекватуры, по которой иностранное решение признается и исполняется после придания ему судом страны, где испрашивается исполнение, принудительной силы путем вынесения соответствующего постановления (экзекватуры); после ее получения решение обычно исполняется в том же порядке, что и решение собственного суда (Франция, ФРГ и большинство других стран Европы);

- система англо-американского общего права, по которой иностранное судебное решение как таковое не исполняется, а служит лишь основой для нового судебного разбирательства.

Существуют и другие варианты. Так, в Великобритании возможна регистрация иностранного решения в особом реестре (в суде по гражданским делам Высокого суда), если речь идет о стране, обеспечивающей взаимность в этой области. В странах, где необходимо получение экзекватуры, различаются условия и порядок ее выдачи, степень контроля.

В России порядок исполнения иностранных судебных решений определяется исходя из принципа выдачи экзекватуры. Согласно ст. 410 ГПК РФ для принудительного исполнения иностранного судебного решения необходима **подача взыскателем ходатайства** о его исполнении и рассмотрение ходатайства компетентным российским судом. Это - суды субъектов Федерации "второго звена": верховный суд республики, краевой, областной суд, суд города федерального значения, суд автономной области или суд автономного округа по месту жительства или нахождения должника в Российской Федерации, а если должник не имеет места жительства (нахождения) в Российской Федерации либо если место его нахождения неизвестно, - по месту нахождения его имущества.

Процедура разрешения вопроса по ходатайству такова: рассмотрение ходатайства в открытом судебном заседании с извещением должника, оценка представленных данных, вынесение судебного определения о разрешении принудительного исполнения решения иностранного суда или об отказе в исполнении (ст. 411 ГПК РФ).

Определение суда может быть обжаловано в вышестоящий суд в общем порядке. На основании вступившего в законную силу решения иностранного суда и определения суда о разрешении исполнения выдается исполнительный лист. Действия по принудительному исполнению решения совершаются на основании российского законодательства, т.е. в соответствии с действующим в Российской Федерации общим порядком исполнения судебных

решений.

С принятием новых ГПК РФ и АПК РФ внесена определенная ясность в спорный вопрос о порядке исполнения иностранных судебных решений по экономическим спорам и другим делам, связанным с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, активно обсуждавшийся в доктрине и вызывавший затруднения на практике <1>. Вопрос был решен **исходя из разграничения подведомственности между судами общей юрисдикции и арбитражными судами**. Критерий, использованный для разграничения подведомственности судов общей юрисдикции и арбитражных судов по рассмотрению и разрешению ими дел, применен и к случаям признания и исполнения иностранных судебных решений.

<1> Обзор позиций доктрины по данному вопросу см., например: Муранов А.И. Исполнение иностранных судебных и арбитражных решений. Компетенция российских судов. М., 2002.

Таким образом, **порядок исполнения решений по экономическим спорам определяется в соответствии с правилами гл. 31 АПК РФ (ст. 241 и сл.)**. При этом закон не придает значения тому, какой суд вынес за границей решение - хозяйственный или суд общей юрисдикции. Важен лишь **характер спора**.

Предусмотренная в АПК процедура рассмотрения арбитражным судом заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда (ст. ст. 242 - 246) основывается, как и в отношении судов общей юрисдикции, **на принципе выдачи экзекватуры**.

Рассмотренный порядок (выдача судом разрешения на исполнение) действует, если иное не предусмотрено в международном договоре, участницей которого является Россия. В связи с этим нужно указать на подписанное 6 марта 1998 г. странами СНГ **Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств - участников Содружества**, согласно которому (ст. 3) решения должны исполняться "в бесспорном порядке". Россией, однако, это Соглашение не ратифицировано и, следовательно, на ее территории не действует.

Однако 29 июля 2002 г. вступило в силу **Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о порядке взаимного исполнения судебных актов арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь** (заключено 17 января 2001 г.) <1>. По этому Соглашению "судебные акты компетентных судов Сторон не нуждаются в специальной процедуре признания и исполняются в таком же порядке, что и судебные акты судов своего государства на основании исполнительных документов судов, принявших решения" (ст. 1). Как видно, Соглашение предусматривает признание и исполнение иностранных судебных решений **без какой-либо процедуры и какой-либо даже минимальной проверки их судом**, т.е. без получения экзекватуры. Правда, речь в нем идет не о всех решениях судов договаривающихся государств, а лишь о тех, которые вынесены арбитражными судами Российской Федерации и хозяйственными судами Республики Беларусь, компетентными в соответствии с правилами ст. 4 Киевского соглашения 1992 г. рассматривать споры хозяйствующих субъектов России и Белоруссии (в ст. 4 Киевского соглашения разграничивается подсудность судов стран-участниц).

<1> БМД. 2003. N 3.

В литературе отмечается, что упрощенный порядок исполнения иностранных судебных решений (как это предусмотрено в данном Соглашении России с Белоруссией и в упомянутом Соглашении стран СНГ 1998 г.), - наиболее подходящий механизм в вопросах разрешения хозяйственных споров в рамках региона со стабильными экономическими и правовыми связями <1>. Вместе с тем указывается на определенные издержки введения упрощенного порядка, и подвергаются серьезной критике оба эти Соглашения <2>. Вопрос о допущении в России упрощенного порядка исполнения иностранных судебных решений нуждается в дальнейшей проработке <3>.

<1> См.: Нешатаева Т.Н. Международный гражданский процесс. М., 2001. С. 151.

<2> См.: Муранов А.И. Новый порядок взаимного исполнения актов арбитражных судов России и хозяйственных судов Белоруссии. Соглашение от 17 января 2001 г.: значение и проблемы // Московский журнал международного права. 2002. N 4.

<3> См.: Лапин Б.Н. Новое концептуальное измерение проблем унификации законодательства о гражданском судопроизводстве в рамках СНГ // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001. N 1. С. 161; Вестник ВАС РФ. Специальное приложение. 2002. N 10. Октябрь. С. 6.

Решения иностранных судов, которые по своему характеру не требуют принудительного исполнения (о признании брака недействительным, об установлении отцовства и т.п.), признаются без какого-либо специального ("дальнейшего") производства, если со стороны заинтересованного лица не поступит возражений против этого. При наличии возражений вопрос рассматривается в установленном порядке теми же судами, которые компетентны выдавать разрешение на исполнение решений (ст. 413 ГПК РФ). Этот порядок применим ко всем решениям иностранных судов, не требующим принудительного исполнения <1>. В том же смысле высказался и Верховный Суд РФ применительно к решениям о расторжении брака, вынесенным в странах СНГ. В случае заявления возражений заинтересованных лиц, указал Суд, признание производится в судебном порядке <2>.

<1> Представляется необоснованным выделение нескольких категорий таких решений, одна из которых предполагает признание без возможности его оспаривания заинтересованной стороной. См.: Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. М.А. Викут. М., 2003. С. 755; Богуславский М.М. Международное частное право. 5-е изд. М., 2004. С. 532; Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации. 2-е изд. / под общ. ред. В.И. Нечаева. М., 2008. С. 899, 900.

<2> БВС РФ. 2005. N 4. С. 29.

В АПК РФ порядок признания решений иностранных судов, не требующих исполнения, установлен в новой ст. 245.1, введенной Федеральным законом от 29 декабря 2015 г. N 409-ФЗ.

Как и в судах общей юрисдикции, решения признаются без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступят возражения относительно этого. Предусмотрен порядок подачи заявления, его содержание, порядок и сроки рассмотрения, основания для отказа, возможность обжалования определения.

Признанные в России решения иностранных судов имеют те же правовые последствия, что и решения российских судов. Например, наличие признанного решения иностранного суда является основанием отказа в принятии искового заявления к производству (ст. 134 ГПК РФ) либо прекращения находящегося в производстве российского суда дела по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям (ст. ст. 220, 221 ГПК РФ).

6. Ходатайства взыскателей **о признании и разрешении исполнения за границей решений российских судов** подаются обычно в суд, вынесший решение. Суд прилагает к ним копию судебного решения и другие документы, после чего высылает в установленном порядке за границу. Договоры о правовой помощи, как правило, предусматривают пересылку ходатайств в Министерство юстиции РФ, однако некоторые договоры не исключают возможности подачи взыскателем ходатайства непосредственно в иностранный суд.

Минская конвенция 1993 г. (ст. 53) допускает подачу ходатайства как в суд страны, где решение подлежит исполнению, так и в суд, который вынес решение по делу в первой инстанции. Исполнение решений российских судов за границей определяется условиями договора России с соответствующим государством и внутренним законодательством этого государства относительно исполнения иностранных судебных решений.

Контрольные вопросы

1. Какое место занимает международный гражданский процесс в системе права и в правоповедении? Каковы источники международного гражданского процесса?
2. Каковы основные принципы регулирования международной подсудности?
3. Каково положение иностранных граждан, юридических лиц и иностранного государства в гражданском процессе? В чем заключается специфика определения процессуальной правоспособности?
4. Возможно ли применение судом иностранных процессуальных норм?
5. В каких случаях и в каком порядке исполняются поручения иностранных судов?
6. Каковы условия и порядок признания и исполнения в России иностранных судебных решений?

Рекомендуемая литература

1. Ануфриева Л.П. Международное частное право. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. М., 2001.
2. Батлер У.Э., Ерпылева Н.Ю., Максимов Д.М. Производство по делам с участием

иностранцев в международном процессуальном праве России, Казахстана и Узбекистана // Законодательство и экономика 2016. N 11. С. 67 - 93.

3. Елисеев Н.Г. Перспективы взаимного признания и исполнения судебных решений в отношениях между Россией и Германией // Закон. 2016. N 2.

4. Зайцев Р.В. Признание и приведение в исполнение в России иностранных судебных актов. М.: Волтерс Клувер, 2007.

5. Курочкин С.А. Нарушение публичного порядка Российской Федерации как основание для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений // Закон. 2013. N 2.

6. Литвинский Д.В. Признание иностранных судебных решений по гражданским делам (сравнительно-правовой анализ французского законодательства, судебной практики и юридической доктрины). СПб., 2005.

7. Мамаев А.А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам: Монография. М., 2008.

8. Марышева Н.И. Вопросы кодификации норм международного гражданского процесса в России // Журнал российского права. 2004. N 6.

9. Марышева Н.И. Международная правовая помощь и ее виды // Проблемы международного частного права: Сборник статей. М., 2000.

10. Рекомендации международной научно-практической конференции "Исполнение решений иностранных судов" // Журнал российского права. 2006. N 8.

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

12. Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учебный курс: В 3 ч. М., 2004.

13. Практическое руководство по применению Гаагской конвенции от 15 ноября 1965 г. о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам / Отв. ред. А.Н. Жильцов. М.: Волтерс Клувер, 2007.

14. Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашение. М., 2008. С. 54 - 213.

15. Светланов А.Г. Международный гражданский процесс: современные тенденции. М., 2002.

16. Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Кн. первая / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М., 2013. С. 284 - 324.

17. Толстых В.Л. Принципы международного гражданского процесса Американского

института права (УНИДРУА) // Арбитражная практика. 2007. N 1. С. 88 - 96.

18. Хоцанов Д.А. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. Москва-Берлин: Инфотропик Медиа, 2012.

19. Шак Х. Международное гражданское процессуальное право: Учебник / Пер. с нем. М., 2001.

20. Щукин А.И. Вопросы подсудности в международных договорах с участием России: Монография. М., 2015.

21. Щукин А.И. Новации законодательства Российской Федерации о юрисдикционных иммунитетах иностранного государства // Право и государство: теория и практика. 2016. N 2. С. 63 - 73.

22. Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процессуального права. Ярославль, 1909.

23. Ярков В.В. Судебные извещения в международном гражданском процессе (на примере извещения российских граждан судами Великобритании) // Закон. 2012. N 8.

Глава 23. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

§ 1. Понятие международного коммерческого арбитража, его виды, правовая природа

1. Наибольшей популярностью для разрешения внешнеэкономических споров пользуется международный коммерческий арбитраж (третейский суд), обладающий рядом достоинств: относительная быстрота разбирательства, добровольность подчинения спора арбитражу, высокая компетентность арбитров, конфиденциальность рассмотрения споров, относительная по сравнению с судебным разбирательством дешевизна арбитражного разбирательства.

Международный коммерческий арбитраж - это негосударственный орган, который формируется из лиц, избираемых сторонами или назначаемых в соответствии с порядком, согласованным ими, либо в порядке, установленном законом.

Международный коммерческий арбитраж разрешает споры, **возникающие из гражданско-правовых отношений, связанных с осуществлением международного экономического и научно-технического сотрудничества.** Субъекты такого рода споров - **физические и юридические лица различных стран.** Арбитры разрешают споры на основе применимых норм международного права, руководствуясь условиями контрактов, учитывая международные торговые обычаи. В некоторых случаях стороной спора, который разрешается органами международного коммерческого арбитража, может быть государство. Это связано, в частности, с тем, что заключенные Советским Союзом и Российской Федерацией с рядом зарубежных стран, например Великобританией, Францией и др., двусторонние соглашения о защите иностранных инвестиций расширили компетенцию органов международного коммерческого арбитража, отнеся к их ведению споры, связанные с капиталовложениями. Сторонами таких споров являются иностранный инвестор государства-участника и государство,

которое подписало соглашение о защите иностранных капиталовложений, в частности Российская Федерация.

Международный коммерческий арбитраж следует отличать от межгосударственного арбитража, который является одним из средств мирного разрешения межгосударственных споров согласно ст. 33 Устава ООН. Органы межгосударственного арбитража разрешают споры, возникающие из международных публично-правовых отношений междувластного характера. Субъектами такого рода отношений, как правило, являются государства. Избранные сторонами арбитры разрешают такого рода споры, применяя:

- 1) международные договоры, которые устанавливают нормы, определенно признанные спорящими сторонами;
- 2) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве нормы международного права;
- 3) общие принципы международного права;
- 4) судебные решения и доктрину в качестве вспомогательного средства для толкования правовых норм.

От международного коммерческого арбитража следует отличать арбитражные суды, которые действуют в соответствии с АПК РФ и входят в судебную систему Российской Федерации согласно Федеральному конституционному закону "О судебной системе Российской Федерации". Хотя данные органы также разрешают экономические споры, главное различие состоит в том, что это суды - государственные. Для них характерны некоторые особенности. В силу АПК РФ стороны обязаны разрешать свои споры в арбитражных судах. Отказ от права на обращение в суд недействителен (ст. 4 АПК РФ). Стороны не участвуют в формировании состава арбитража, так как все дела разрешают судьи арбитражных судов. Рассмотрение дел гласное (ст. 11 АПК РФ).

Для того чтобы разрешить спор в органах международного коммерческого арбитража, стороны должны заключить арбитражное соглашение. Особенность органов международного коммерческого арбитража состоит в том, что стороны обращаются к ним добровольно в силу заключенного арбитражного соглашения. Оно является основанием для возникновения компетенции международного коммерческого арбитража. Но арбитражное соглашение имеет и другое правовое последствие. Заключение арбитражного соглашения ведет к исключению юрисдикции арбитражных судов.

2. Существует два вида международного коммерческого арбитража: **создаваемый специально для рассмотрения отдельного дела** (арбитраж **ad hoc**, или изолированный арбитраж) и **постоянно действующий**, или институциональный, арбитраж.

Арбитраж ad hoc создается каждый раз при возникновении спора. После вынесения решения он прекращает свое существование.

Постоянно действующий, или институциональный, арбитраж создается при различных торговых палатах, биржах. Такие органы действуют на основании своих уставов, регламентов, имеют секретариаты, в них ведется список арбитров. Арбитражные органы (все чаще они

называются судами) делятся на два типа: обладающие общей компетенцией и специализированные. К арбитражам, обладающим общей компетенцией, относятся те, которые принимают к своему рассмотрению любые споры, связанные с международным экономическим и научно-техническим сотрудничеством. Таков действующий в России Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ (МКАС). К арбитражным органам со специальной компетенцией относятся суды, которые специализируются на разрешении споров, возникающих из определенных отношений. Такова, например, Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате РФ (МАК), к компетенции которой относятся споры, которые вытекают из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих из торгового мореплавания (об арбитраже для разрешения инвестиционных споров см. § 3 гл. 8).

В России постоянно действующие арбитражные учреждения создаются при некоммерческих организациях. Согласно Федеральному закону от 29 декабря 2015 г. N 382-ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" <1> они вправе осуществлять свою деятельность при условии получения некоммерческой организацией, при которой оно создано, права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения, который предоставляется актом Правительства РФ. Исключением являются упомянутые Международный коммерческий арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, которые осуществляют функции постоянно действующего арбитражного учреждения без необходимости предоставления Правительством РФ права на осуществление таких функций.

<1> СЗ РФ. 2016. N 1 (ч. I). Ст. 2.

Разбирательство дела третейским судом, организуемое в установленном порядке подразделением некоммерческой организации общей компетенции, именуется в Федеральном законе "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" арбитражем, администрируемым постоянно действующим арбитражным учреждением.

Органы международного коммерческого арбитража общей компетенции действуют во многих странах. Широко известны Лондонский арбитражный суд, Арбитражный суд Ллойда, которые находятся в Великобритании. Популярны арбитраж Американской арбитражной ассоциации, Арбитражный институт при Торговой палате г. Стокгольма.

У каждого из этих видов международного коммерческого арбитража имеются свои преимущества. Основное преимущество институционального арбитража состоит в том, что он является организационно оформленным органом, который оказывает арбитрам помощь в проведении арбитражного разбирательства. Главная особенность такого арбитража состоит в том, что он выполняет функции так называемого компетентного органа. В том случае, когда одна из сторон уклоняется от избрания арбитра или избранные сторонами арбитры не могут согласовать кандидатуру арбитра-председателя, возникает проблема, какой орган должен избрать арбитров. В институциональном арбитраже такое назначение производит председатель или президент институционального суда. В арбитраже **ad hoc**, если стороны при заключении соглашения не избрали компетентный орган, вопрос не может быть решен, поскольку такого органа нет.

3. Следует отметить, что длительное время вопрос о правовой природе международного коммерческого арбитража оставался спорным. Выдвинутые в XIX в. так называемая договорная и процессуальная теории не смогли полностью объяснить ее. Согласно договорной теории (Ф. Мерлен) арбитраж является договорным институтом. Промежуточная цель арбитражного соглашения состоит в организации арбитража, конечная цель - в разрешении спора. Отсюда следует, что арбитражное соглашение и арбитражное решение суть две стадии одной и той же операции. Поэтому арбитражное решение и арбитражное соглашение имеют договорный характер. Сторонники процессуальной теории (А. Пилле) считали, что арбитражное соглашение необходимо только для того, чтобы арбитры могли быть наделены полномочиями, получив которые они приобретают полную свободу. По мнению процессуалистов, арбитражное соглашение имеет процессуальный характер, так как ведет к исключению юрисдикции государственных судов.

Отечественная доктрина придерживалась мнения о том, что международный коммерческий арбитраж представляет собой институт *sui generis*, т.е. обладает смешанной правовой природой <1>. Арбитражное разбирательство не является статическим явлением, оно развивается во времени. Поэтому на каждой стадии арбитражного разбирательства существуют и договорные, и процессуальные элементы, которые находятся в тесном взаимодействии. Признание арбитража институтом *sui generis* является решением проблемы правовой сущности международного коммерческого арбитража.

<1> См.: Кейлин А.Д. Судостроительство и гражданский процесс капиталистических государств. Ч. 3. М., 1961. С. 63; Лебедев С.Н. Международный торговый арбитраж. М., 1965. С. 33; Хлестова И.О. Арбитраж во внешнеэкономических отношениях стран - членов СЭВ. М., 1980. С. 35; Ануров В.Н. Юридическая природа международного коммерческого арбитража. Вопросы теории и практики. М.: Проспект, 2000; Андреева А.В. Теории правовой сущности третейского соглашения // Закон. 2008. N 1. С. 51 - 57.

§ 2. Международно-правовое регулирование международного коммерческого арбитража

1. Развитие глобализации ведет к расширению и углублению процессов экономической интеграции, интенсификации внешнеэкономической деятельности. Это обуславливает все более широкое использование международного коммерческого арбитража как средства разрешения внешнеэкономических споров. Одним из основных направлений международно-правового регулирования международного коммерческого арбитража является унификация норм, обеспечивающих единообразие в разрешении международных коммерческих споров, а также создающих правовую базу для признания и исполнения решений международного коммерческого арбитража, вынесенных за рубежом.

Унификация правил арбитражного разбирательства осуществляется как путем заключения международных договоров, так и путем принятия типовых законов и арбитражных регламентов.

К числу **международных договоров** относится разработанная под эгидой Экономической комиссии ООН для Европы **Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г.** (Европейская конвенция), которая вступила в силу 7 января 1964 г. <1>.

<1> ВВС СССР. 1964. N 44. Ст. 485.

Европейская конвенция регламентирует порядок формирования арбитража, рассмотрения дела, вынесения арбитражных решений, основания и последствия признания арбитражного решения недействительным. Она закрепила равное отношение к арбитражу **ad hoc** и институциональному арбитражу (п. 2 "b" ст. I), право иностранцев быть арбитрами (ст. III), возможность для юридических лиц, которые в соответствии с национальным законодательством относятся к "публично-правовым юридическим лицам", обращаться к международному коммерческому арбитражу (ст. II).

Европейская конвенция (ст. V) устанавливает порядок заявления возражений об отсутствии компетенции у международного коммерческого арбитража рассматривать спор (по ее терминологии - "порядок отвода по неподсудности"). Такой отвод должен быть заявлен не позднее представления соответствующей стороной своего искового заявления или своих возражений по существу дела, а если он основывается на том, что поставленный вопрос превышает полномочия арбитра, - как только в ходе арбитражного разбирательства возникнет вопрос, который, по мнению выдвигающей возражение стороны, выходит за пределы компетенции арбитра. Такие возражения, заявленные позже, не могут быть выдвинуты на более поздней стадии арбитражного разбирательства, а также в государственном суде при обращении к нему с просьбой о рассмотрении дела по существу или об исполнении арбитражного решения. Европейская конвенция (ст. VI) регулирует порядок заявления возражения об отсутствии у государственного суда права рассматривать спор при наличии арбитражного соглашения, заключенного сторонами. Такой отвод государственного суда сторона должна заявить до или в момент представления в суде возражений по существу иска. Государственный суд, в котором возбуждено дело, может не признать арбитражное соглашение, если по закону его страны спор не может быть предметом арбитражного разбирательства.

Рассматриваемая Конвенция закрепляет принцип автономии воли сторон при выборе применимого права. При отсутствии соглашения о применимом праве арбитры применяют закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой, а также руководствуются положениями контракта и торговыми обычаями (ст. VII). Арбитры могут выносить решение в качестве "дружеских посредников", если стороны договорились об этом и применимый закон это разрешает (п. 2 ст. VII).

Вводится презумпция о необходимости вынесения мотивированных арбитражных решений, а также определяются основания и последствия отмены арбитражных решений (ст. ст. VIII, IX).

Европейская конвенция не получила широкого распространения. В ней участвуют 26 государств. Кроме европейских стран, в ней принимают участие Куба и Турция. Россия является участницей этой Конвенции <1>.

<1> ВВС СССР. 1964. N 44.

2. В области международного коммерческого арбитража действует ряд региональных

международных договоров. К их числу относится **Московская конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества, от 26 мая 1972 г. <1>, заключенная Болгарией, Венгрией, ГДР, Кубой, Монголией, Польшей, Румынией, СССР, Чехословакией.**

<1> ВВС СССР. 1973. N 18. Ст. 227.

Эта Конвенция ввела обязательную подсудность по спорам между хозяйственными организациями, вытекающим из договорных и иных правоотношений, возникающих в ходе осуществления экономического и научно-технического сотрудничества. Обязательная подсудность означает, что стороны не должны заключать арбитражного соглашения. Компетенция арбитражных судов при торговых палатах стран-участниц возникает в силу самой Конвенции. Споры согласно Московской конвенции подлежат рассмотрению в арбитражных судах при торговых палатах страны ответчика. Этот принцип стороны не вправе изменять <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Хлестова И.О. Арбитраж во внешнеэкономических отношениях стран - членов СЭВ. М.: Наука, 1980.

Московская конвенция продолжает действовать и не утратила силу в отношениях с рядом стран (см. подробнее § 4).

К региональным международным договорам относится **Киевское соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г. <1>,** заключенное странами СНГ. Киевское соглашение (ст. 3) предоставляет хозяйствующим субъектам государств-участников право беспрепятственно обращаться в суды, арбитражные (хозяйственные) суды, третейские суды и другие органы на территории других государств-участников, к компетенции которых относится разрешение дел, вытекающих из договорных и иных гражданско-правовых отношений. Оно содержит ряд положений, определяющих компетентный суд. Однако стороны могут избрать компетентный суд на основе письменного соглашения (ст. 4). Предусмотрено оказание компетентными судами взаимной правовой помощи, а также применение широкого круга коллизионных привязок. Согласно Киевскому соглашению (ст. 7) государства-участники взаимно признают и исполняют вступившие в законную силу решения компетентных судов; установлены основания для отказа в признании и приведении в исполнение решения. В отличие от п. 2 ст. 35 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" и п. 4 ст. 242 АПК РФ, ст. 8 Киевского соглашения устанавливает необходимость представления в качестве приложения к ходатайству стороны о приведении в исполнение решения официального документа о том, что решение вступило в законную силу. В литературе отмечалось, что особенность Киевского соглашения состоит в том, что оно исходит из возможности арбитражного разбирательства без договоренности между сторонами спора о передаче его в арбитраж и без выбора ими конкретного арбитража <2>. Участниками Киевского соглашения являются Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Таджикистан, Туркмения, Россия, Украина, Узбекистан.

<1> Вестник ВАС РФ. 1992. N 1.

<2> Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2003. С. 638.

К региональным международным договорам в области международного коммерческого арбитража относятся Межамериканская конвенция о международном коммерческом арбитраже от 30 января 1975 г. <1> и Арабская конвенция о международном коммерческом арбитраже от 14 апреля 1987 г. <2>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

<2> <http://yurclub.ru/docs/international>.

3. Международно-правовое регулирование международного коммерческого арбитража не только обеспечивает единство регулирования процедуры разрешения споров, но и создает базу для признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного на территории государства иного, чем страна, где испрашивается его признание и приведение в исполнение. Таким основополагающим универсальным международным договором является **Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г.** <1>. Эта Конвенция является поистине универсальной. В ней участвуют 158 государств. Приведем лишь некоторые из них: Австрия, Австралия, Великобритания, Венгрия, Германия, Индия, Италия, Израиль, Канада, Китай, Кипр, Куба, Латвия, Литва, Польша, Словацкая Республика, Словения, США, Франция, Хорватия, Швеция, Чешская Республика, Эстония, Югославия, Япония, а также Российская Федерация, Азербайджан, Армения, Беларусь, Грузия, Молдова, Кыргызстан, Узбекистан, Украина.

<1> ВВС СССР. 1960. N 46. Ст. 421.

Нью-Йоркская конвенция закрепляет обязанность государств - ее участников приводить в исполнение иностранные арбитражные решения. Она не создала единообразного порядка признания и исполнения иностранных арбитражных решений: признание и исполнение осуществляются в соответствии с процессуальными нормами того государства, где испрашивается признание и исполнение. Нью-Йоркская конвенция также устанавливает основания для отказа в признании и приведении иностранного арбитражного решения (см. подробнее § 4 настоящей главы).

4. Международно-правовое регулирование международного коммерческого арбитража идет по пути принятия **рекомендаций**, направленных на унификацию соответствующих норм. Резолюцией 40/72 от 11 декабря 1985 г. Генеральная Ассамблея ООН одобрила **Типовой закон о международном торговом арбитраже** (Типовой закон), подготовленный Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Типовой закон содержит унифицированные правила, регулирующие проведение международного коммерческого арбитража, основания для оспаривания его решений и приведения их в исполнение.

Законодательство, основанное на Типовом законе, принято более чем в 50 странах, в частности в Австралии, Австрии, Беларуси, Болгарии, Венгрии, Германии, Греции, Дании, Индии, Ирландии, Испании, Канаде, на Кипре, в Китае, Литве, Норвегии, Польше, Великобритании, США (в штатах Иллинойс, Калифорния, Коннектикут, Луизиана, Орегон и Техас), Турции, Украине, на Филиппинах, в Хорватии, Чили, Эстонии и Японии. 7 июля 1993 г. в России был принят Закон РФ "О международном коммерческом арбитраже", который также базируется на положениях Типового закона.

4 декабря 2006 г. Генеральная Ассамблея Резолюцией 61/33 внесла в Типовой закон ряд изменений относительно арбитражных соглашений и обеспечительных мер, принимаемых международным коммерческим арбитражем.

5. В международной коммерческой практике стороны достаточно часто обращаются к **арбитражным регламентам**, разработанным в рамках ООН: Арбитражному регламенту Экономической комиссии для Европы 1966 г. <1>, Правилам международного коммерческого арбитража Экономической комиссии ООН для Азии и Дальнего Востока 1966 г. <2>.

<1> См.: Лебедев С.Н. Международное сотрудничество в области международного коммерческого арбитража. М., 1979. С. 147 - 158.

<2> Там же. С. 161 - 187.

Однако наиболее широкое распространение получил разработанный в рамках ЮНСИТРАЛ Арбитражный регламент, который был одобрен Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН N 31/98 от 15 декабря 1976 г. <1>. Резолюцией N 65/22 от 6 декабря 2010 г. Генеральная Ассамблея ООН утвердила пересмотренный ЮНСИТРАЛ текст Арбитражного регламента, а 16 декабря 2013 г. в Арбитражный регламент были включены Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Этому вопросу посвящена и заключенная 10 декабря 2014 г. Конвенция ООН о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (Конвенция вступила в силу 18 октября 2017 г.; в ней участвуют Канада, Камерун, Маврикий, Швейцария).

<1> Официальные протоколы Генеральной Ассамблеи, 31 сессия. Дополнение 17 (A/31/17). Гл. V. Разд. С.

По своей правовой природе **Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ** представляет собой рекомендацию международной организации. Достаточно высокая степень унификации правил, регламентирующих арбитражное разбирательство, достигается благодаря тому, что партнеры по внешнеэкономическим операциям применяют данный регламент на практике путем ссылок на него в заключаемых контрактах. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ пользуется широкой известностью. Согласно этому Регламенту в том случае, когда одна из сторон уклоняется от избрания арбитра или избранные сторонами арбитры не могут избрать арбитра-председателя, другая сторона вправе обратиться к Генеральному секретарю Постоянного третейского суда в

Гааге. Генеральный секретарь по просьбе стороны назначает такой компетентный орган. Иными словами, Генеральный секретарь Постоянного третейского суда в Гааге не выполняет функции компетентного органа, а назначает такой орган.

В 1982 г. ЮНСИТРАЛ подготовила Рекомендации для оказания арбитражным судам и другим заинтересованным органам помощи в связи с арбитражным разбирательством, проводимым в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ. Эти рекомендации, как и последующие, утвержденные в 2012 г., предназначены для оказания помощи арбитражным учреждениям, другим организациям в применении Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ <1>.

<1> URL: <http://www.uncitral.org>.

6. ЮНСИТРАЛ уделяет внимание и иным альтернативным средствам разрешения внешнеэкономических споров. Так, Резолюцией 57/18 от 19 ноября 2002 г. Генеральная Ассамблея ООН одобрила разработанный ЮНСИТРАЛ **Типовой закон о международной согласительной процедуре**, который направлен на совершенствование законодательства, регулирующего использование современных согласительных и иных посреднических процедур.

ЮНСИТРАЛ приняла Согласительный регламент, который был рекомендован Генеральной Ассамблеей ООН 4 декабря 1980 г. Целью согласительной процедуры является поиск компромиссного решения, которое удовлетворяло бы обе стороны. Если согласительная процедура не увенчалась успехом, стороны вправе обратиться к арбитражу.

Как и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, перечисленные акты по своей правовой природе представляют собой рекомендации международной организации, которые не имеют обязательного характера.

7. Следует также иметь в виду создание специализированных международных арбитражных центров для разрешения определенных видов международных коммерческих споров. Правовые основы деятельности таких центров, в частности центров по разрешению инвестиционных споров, рассмотрены в [гл. 6](#).

§ 3. Арбитражное соглашение

1. Для того чтобы третейский суд (орган международного коммерческого арбитража) стал компетентным рассматривать спор, спорящие стороны согласно законодательству должны заключить **арбитражное соглашение**.

Арбитражное соглашение - это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением или его частью независимо от того, носило такое правоотношение договорный характер или нет.

Существует два вида арбитражных соглашений: арбитражная оговорка и компромисс <1>.

<1> Г.К. Дмитриева выделяет третий вид арбитражных соглашений: отдельное арбитражное соглашение, не включенное в текст контракта о передаче эвентуальных споров в международный коммерческий арбитраж. См.: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2003. С. 641.

Арбитражная оговорка - это содержащееся в тексте внешнеэкономического договора условие о передаче споров, которые могут возникнуть из него в будущем, на разрешение какого-либо определенного органа международного коммерческого арбитража.

Компромисс (арбитражное соглашение), заключенное сторонами внешнеэкономического договора о передаче в определенный орган международного коммерческого арбитража спора, который уже возник из этого договора.

Арбитражное соглашение заключается **в письменной форме** - стороны не вправе отступать от этого условия. Считается, что арбитражное соглашение заключено в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, которые обеспечивают фиксацию такого соглашения. Арбитражное соглашение может быть заключено также путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает наличие арбитражного решения, а другая против этого не возражает.

Арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме в виде электронного сообщения, если содержащаяся в нем информация является доступной для последующего использования и если арбитражное соглашение заключено в соответствии с требованиями закона, предусмотренными для договора, заключаемого путем обмена документами посредством электронной связи.

Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, представляет собой арбитражное соглашение, заключенное в письменной форме, при условии, что указанная ссылка позволяет считать такую оговорку частью договора.

Согласно п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (см. подробнее о Конвенции § 4) письменное соглашение включает в себя арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами и телеграммами. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (п. 2 "а" ст. I) содержит более широкое определение письменной формы арбитражного соглашения: арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно подписано сторонами, а также содержится в обмене письмами, телеграммами или в сообщениях по телетайпу.

Генеральная Ассамблея ООН Резолюцией 61/33 от 18 декабря 2006 г. дала рекомендации относительно толкования п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции. В ней предлагается применять названный пункт исходя из того, что содержащееся в нем описание обстоятельств не носит исчерпывающего характера <1>.

<1> См.: A/RES/61/33 Приложение II.

В отличие от Нью-Йоркской конвенции Европейская конвенция допускает возможность заключения арбитражного соглашения в устной форме сторонами только тех стран, законодательство которых предусматривает такую возможность. Российские юридические лица и индивидуальные предприниматели должны заключать арбитражные соглашения в письменной форме, так как российское законодательство не допускает устной формы арбитражных соглашений.

Арбитражная оговорка должна содержать несколько компонентов. Во-первых, она должна определить круг споров, которые подлежат разрешению в органах международного коммерческого арбитража; во-вторых, в ней должно содержаться точное указание на то, какой именно орган коммерческого арбитража компетентен рассматривать спор.

2. В Законе РФ "О международном коммерческом арбитраже" (п. 1 ст. 16) в виде императивной нормы впервые была закреплена доктрина относительной самостоятельности арбитражной оговорки. Достаточно вероятна ситуация, когда весь контракт, заключенный сторонами, будет признан недействительным. Возникает вопрос, действительна ли в этом случае арбитражная оговорка, включенная в такой контракт. Закон предусматривает, что решение третейского суда о том, что договор ничтожен, не влечет за собой недействительность арбитражной оговорки.

3. При заключении арбитражного соглашения возникает вопрос об **арбитрабельности спора**.

В доктрине под арбитрабельностью спора понимается, во-первых, способность лица заключать арбитражные соглашения (**субъективная арбитрабельность**). Субъективная арбитрабельность базируется на общей правосубъектности лица, которая определяется для юридических лиц по закону инкорпорации (ст. 1202 ГК РФ). Если речь идет о физическом лице, то необходимо, чтобы оно было зарегистрировано в качестве предпринимателя.

Кроме того, выделяется **объективная арбитрабельность**, под которой понимается возможность разрешения спора органами международного коммерческого арбитража ^{<1>}.

^{<1>} См.: Скворцов О.Ю. К вопросу об арбитрабельности международных коммерческих споров // Журнал международного частного права. 2008. N 3. С. 5.

Арбитрабельность спора определяется согласно закону суда, рассматривающего спор (**lex fori**). Согласно российскому законодательству споры, связанные с защитой нарушенных или оспоренных интеллектуальных прав, рассматриваются и разрешаются судом. Некоторые категории споров не могут передаваться на разрешение в органы международного коммерческого арбитража. В частности, защита интеллектуальных прав в отношениях, связанных с подачей и рассмотрением заявок на выдачу патентов на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров, с государственной регистрацией этих результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, с выдачей соответствующих правоустанавливающих документов, с оспариванием предоставления этим результатам и средствам правовой охраны или с ее прекращением, в случаях, предусмотренных ГК РФ, осуществляется в административном

порядке соответственно федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности и федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям, а в случаях, предусмотренных ст. ст. 1401 - 1405 ГК РФ, - федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным Правительством РФ. Решения этих органов вступают в силу со дня принятия. Они могут быть оспорены в суде в установленном Законом порядке (ст. 1248 ГК РФ).

В соответствии с Федеральным законом "О несостоятельности (банкротстве)" (п. 3 ст. 33) дела о банкротстве не могут передаваться на рассмотрение в третейский суд.

Законодательство других стран по-разному подходит к определению арбитрабельности споров. Так, § 577 ГПК Австрии предусматривает, что предметом арбитражного разбирательства могут быть любые споры, в отношении которых стороны могут заключать мировые соглашения.

Однако впоследствии арбитрабельность спора может определяться по закону страны, где оспаривается арбитражное решение или где оно приводится в исполнение <1> (см. об арбитрабельности § 4 настоящей главы).

<1> См.: Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК 2002 г. М.: Статут, 2008. С. 127.

4. В деятельности арбитража возникает так называемая проблема "компетенция компетенции". В процессе исполнения контракта, содержащего арбитражную оговорку, могут возникать споры. В этих случаях иногда одна из сторон заявляет, что международный коммерческий арбитраж некомпетентен рассматривать спор, а компетентным является другой арбитражный орган. Возникает вопрос: **вправе ли арбитры самостоятельно, не обращаясь к государственному суду, вынести решение о своей компетенции?**

Закон РФ "О международном коммерческом арбитраже" (п. 1 ст. 16) предусматривает, что третейский суд может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения.

Арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражного решения о том, что договор недействителен, само по себе не влечет за собой недействительность арбитражного соглашения.

Заявление об отсутствии у третейского суда компетенции может быть сделано соответствующей стороной арбитража не позднее представления ею первого заявления по существу спора. Избрание (назначение) стороной арбитра или ее участие в избрании (назначении) арбитра не лишает сторону права сделать такое заявление. Заявление о том, что третейский суд превышает пределы своей компетенции, должно быть сделано, как только вопрос, который, по мнению стороны, выходит за эти пределы, будет поставлен в ходе арбитража. Третейский суд может в любом из этих случаев принять заявление, сделанное позднее, если он сочтет задержку оправданной.

Международный коммерческий арбитраж может вынести постановление о своей

компетенции либо как по вопросу предварительного характера, либо в решении по существу спора. Если международный коммерческий арбитраж вынесет постановление о своей компетенции как по вопросу предварительного характера, любая сторона может в течение 30 дней после получения уведомления об этом постановлении просить компетентный суд вынести решение об отсутствии у третейского суда компетенции.

Стороны, арбитражное соглашение которых предусматривает администрирование арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением, могут своим прямым соглашением исключить данную возможность. Предъявление в суд заявления о принятии решения об отсутствии у третейского суда компетенции само по себе не препятствует третейскому суду продолжать арбитраж и вынести арбитражное решение.

Пока заявление стороны ожидает своего разрешения, международный коммерческий арбитраж может продолжить разбирательство и вынести арбитражное решение.

АПК РФ отнес рассмотрение постановлений международного коммерческого арбитража по вопросу о своей компетенции к компетенции государственных арбитражных судов. Согласно ст. 235 АПК РФ заинтересованная сторона может обратиться в арбитражный суд с заявлением об отмене постановления третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции. Такое заявление сторона должна подать в течение месяца со дня получения ею уведомления о постановлении третейского суда о компетенции. Указанное заявление следует подавать в государственный арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту вынесения постановления международным коммерческим арбитражем. Рассмотрев заявление, арбитражный суд выносит определение об отмене постановления органа международного коммерческого арбитража о наличии у него компетенции или об отказе в удовлетворении требования заявителя. Это определение не может быть обжаловано.

Статья 90 АПК РФ предусматривает, что государственный арбитражный суд по заявлению стороны третейского разбирательства по месту нахождения третейского суда либо по месту нахождения или месту жительства должника может принять обеспечительные меры.

5. Закон РФ "О международном коммерческом арбитраже" (п. 1 ст. 8) решает вопрос о **последствиях арбитражного соглашения**. Государственный арбитражный суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен прекратить производство, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления первого заявления по существу спора, и направить стороны в международный коммерческий арбитраж, если только не найдет, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Данная норма нашла отражение и в АПК РФ. В соответствии с подп. 5 п. 1 ст. 148 этого Кодекса арбитражный суд оставляет иск без рассмотрения, если имеется соглашение сторон о рассмотрении данного спора третейским судом и любая из сторон не позднее представления своего первого заявления по существу спора в арбитражном суде первой инстанции заявит по этому основанию возражение в отношении рассмотрения дела в арбитражном суде, за исключением случаев, когда арбитражный суд установит, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

При наличии определенных в законе обстоятельств арбитражный суд прекращает

производство по делу. Так, он прекращает производство по делу в случае, если установит, что имеется принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, за исключением случаев, если арбитражный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда либо если арбитражный суд отменил указанное решение (подп. 3 п. 1 ст. 150 АПК РФ).

§ 4. Исполнение иностранных арбитражных решений

1. Решения международных коммерческих арбитражей, принятые на территории иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранные арбитражные решения), признаются и приводятся в исполнение в Российской Федерации арбитражными судами, **если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом** (п. 1 ст. 241 АПК РФ).

Закон РФ "О международном коммерческом арбитраже" (ст. 35) предусматривает, что арбитражное решение **независимо от того, в какой стране оно было вынесено**, признается в России обязательным и при подаче в компетентный суд ходатайства приводится в исполнение с учетом его положений и положений процессуального законодательства Российской Федерации.

В случае вынесения за пределами России арбитражного решения, не требующего приведения в исполнение, сторона, против которой вынесено указанное решение, имеет право заявить возражения против признания указанного решения в России по основаниям и процедуре, которые установлены российским процессуальным законодательством.

2. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений регламентируется **Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г.** Эта Конвенция распространяется на иностранные арбитражные решения, вынесенные как постоянно действующими органами международного коммерческого арбитража, так и арбитражем **ad hoc**.

Нью-Йоркская конвенция не создала единообразного порядка признания и исполнения иностранных арбитражных решений: признание и исполнение осуществляются в соответствии с процессуальными нормами того государства, где испрашивается признание и исполнение.

Пункт 3 ст. I Нью-Йоркской конвенции предоставляет право каждому государству при ратификации, подписании, присоединении сделать заявление, что оно будет применять ее положения только к решениям, вынесенным на территории другого государства-участника. Более двух третей государств сделали такие заявления. Советский Союз при ратификации Нью-Йоркской конвенции сделал следующее заявление: "СССР будет применять положения настоящей Конвенции в отношении арбитражных решений, вынесенных на территории государств, не являющихся участниками Конвенции, лишь на условиях фактической взаимности". Из этого заявления вытекает, что в России (государстве - продолжателе СССР) иностранные арбитражные решения исполняются, если они вынесены: а) в стране-участнице Нью-Йоркской конвенции, б) в других странах - при наличии фактической взаимности.

Нью-Йоркская конвенция (ст. IV) устанавливает, что для приведения в исполнение иностранного арбитражного решения сторона, которая испрашивает такое исполнение, должна

представить: а) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную ее копию; б) подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенную ее копию.

Если иностранное арбитражное решение или арбитражное соглашение выполнены на иностранном языке, то сторона, добивающаяся исполнения этого решения, должна представить перевод этих документов на официальный язык страны исполнения. Нью-Йоркская конвенция предусматривает, что перевод заверяется официальным, присяжным переводчиком или дипломатическим представителем или консульским учреждением.

Нью-Йоркская конвенция (ст. V) устанавливает **семь оснований для отказа в признании и исполнении** иностранных арбитражных решений. Так, в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, во-первых (п. 1 ст. V), если:

а) стороны в арбитражном соглашении были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону страны, где решение было вынесено;

б) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения;

в) арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре при условии, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой, то та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может быть признана и приведена в исполнение;

г) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж;

д) решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

Во-вторых (п. 2 ст. V), в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что:

а) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны, или

б) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку

этой страны.

Следует отметить, что основания, предусмотренные п. 1 ст. V, должна доказывать сторона, против которой направлено арбитражное решение. А основания, установленные п. 2 ст. V, суд может применить по собственной инициативе.

Рассмотрим подробнее некоторые из названных оснований отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

В признании и исполнении иностранных арбитражных решений может быть отказано, если суд страны, где испрашивается такое признание и исполнение, найдет, что **объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства** по законам этой страны.

Например, в России споры, связанные с подачей и рассмотрением заявок на выдачу патентов на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров, с государственной регистрацией этих результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, с выдачей соответствующих правоустанавливающих документов, с оспариванием предоставления этим результатам и средствам правовой охраны или с ее прекращением, рассматриваются в административном порядке (п. 2 ст. 1248 ГК РФ).

В соответствии с Федеральным законом "О несостоятельности (банкротстве)" (п. 3 ст. 33) не могут передаваться на рассмотрение в третейский суд дела о банкротстве.

Согласно ст. 39 Федерального закона "О защите конкуренции" дела о нарушении антимонопольного законодательства рассматриваются антимонопольным органом.

Отказ в признании и приведении арбитражного решения в исполнение может быть вызван тем, что это решение **противоречит публичному порядку** (п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции) (см. [гл. 4](#) учебника).

Исходя из смысла данной нормы, следует прийти к выводу, что стороны не вправе ссылаться на нарушение публичного порядка в тех случаях, когда международный коммерческий арбитраж применял российское право. Лишь применение нормы иностранного права может противоречить публичному порядку.

Содержание понятия публичного порядка раскрыто в Постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа от 21 июня 2007 г. по делу N КГ-А40/5368-07, в котором отмечается: "Решение международного третейского суда может быть признано противоречащим публичному порядку Российской Федерации в том случае, если в результате его исполнения будут совершены действия либо прямо запрещенные законом, либо наносящие ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагивающие интересы больших социальных групп, являющиеся несовместимыми с принципами построения экономической, политической, правовой системы государств, затрагивающие конституционные права и свободы граждан, а также противоречащие основным принципам гражданского законодательства, таким как равенство участников, неприкосновенность собственности, свободы договора" <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Нарушение публичного порядка можно констатировать лишь в том случае, если применение иностранного права приводит к результату, недопустимому с позиции российского права.

Бремя доказывания обстоятельств, которые препятствуют исполнению, Нью-Йоркская конвенция возложила на сторону, против которой вынесено решение. Иными словами, сторона, которая отказывается исполнить иностранное арбитражное решение, должна доказать, что для этого имеются законные основания.

3. Ряд положений относительно исполнения иностранных арбитражных решений содержит **Московская конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества, от 26 мая 1972 г. (см. § 2).**

Московская конвенция была заключена в 1972 г., когда основную деятельность по осуществлению экономического и научно-технического сотрудничества осуществляли государственные внешнеторговые объединения. С переходом России и стран Восточной Европы на рыночные отношения круг участников внешнеэкономической деятельности неимоверно расширился. Внешнеэкономическую деятельность стали осуществлять предприятия и организации всех форм собственности. Венгрия, Польша, Чехия денонсировали Московскую конвенцию, ссылаясь на то, что ее положения распространяются только на государственные организации. Что касается Болгарии, то один из ее судов по конкретному делу отказал в выдаче экзекватуры, когда возник вопрос об исполнении в Болгарии иностранного арбитражного решения. Германия также не считает себя связанной положениями Московской конвенции. Следует иметь в виду и позицию румынского арбитража. В качестве участников Московской конвенции на сегодняшний день рассматривают себя три государства: Россия, Куба, Монголия. Положения Московской конвенции должны быть, следовательно, учтены при заключении арбитражных соглашений с фирмами этих стран.

Остается все же неясным участие в Московской конвенции Болгарии и Румынии. Позиции Арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Болгарии и Суда международного коммерческого арбитража при Торгово-промышленной палате Румынии не могут рассматриваться как акты денонсации Московской конвенции в свете Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. В свете изложенного сохраняют силу положения Московской конвенции относительно исполнения иностранных арбитражных решений.

Согласно Московской конвенции решение считается признанным без дальнейшего производства и подлежит исполнению в том же порядке, что и вступившее в силу решение государственного суда страны исполнения (п. 2 ст. IV). Таким образом, за арбитражными решениями признан характер судебных решений. Не исполненные в добровольном порядке арбитражные решения могут быть предъявлены к принудительному исполнению в течение двух лет (ст. IV Московской конвенции). Этот срок исчисляется с даты вручения решения стороне, которая требует исполнения, а при отправке решения по почте - с даты штампа почтового ведомства о принятии заказного письма к отправлению.

Московская конвенция (ст. V) устанавливает следующие основания для отказа в признании и исполнении иностранных арбитражных решений:

1) если решение было вынесено с нарушением установленных ею правил о компетенции;

2) если сторона, против которой было вынесено решение, докажет, что она была лишена возможности защищать свои права вследствие нарушения правил арбитражного разбирательства или вследствие других обстоятельств, которые она не могла предотвратить, а также уведомить арбитражный суд;

3) если сторона, против которой было вынесено решение, докажет, что на основании национального законодательства той страны, где оно было вынесено, решение было отменено или приостановлено исполнением.

4. Что касается **порядка признания и исполнения иностранных арбитражных решений**, то согласно ч. 1 ст. 241 АПК РФ заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения подается стороной, в пользу которой состоялось решение, в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства неизвестно, по месту нахождения имущества должника.

Заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения подается в письменной форме и должно быть подписано взыскателем или его представителем. Указанное заявление также может быть подано посредством заполнения формы, размещенной на официальном сайте арбитражного суда в информационно-телекоммуникационной сети Интернет. Реквизиты заявления определены в п. 2 ст. 242 АПК РФ.

К заявлению, если иное не установлено международным договором, прилагаются:

1) надлежащим образом заверенное подлинное иностранное арбитражное решение или его надлежащим образом заверенная копия;

2) подлинное соглашение о третейском разбирательстве или его надлежащим образом заверенная копия;

3) надлежащим образом заверенный перевод иностранного арбитражного решения и арбитражного соглашения и других необходимых документов;

4) документ об уплате государственной пошлины.

Документы, составленные на иностранном языке, при представлении в российский арбитражный суд должны сопровождаться надлежащим образом заверенным переводом на русский язык. Прилагаемые к заявлению документы могут быть представлены в электронном виде.

Согласно ст. 243 АПК РФ заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения рассматривается судьей единолично по правилам данного Кодекса в срок, не превышающий трех месяцев со дня его поступления в арбитражный суд. Арбитражный суд извещает лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания. Неявка этих лиц, извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения дела. При рассмотрении дела

арбитражный суд в судебном заседании устанавливает наличие или отсутствие оснований для признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения путем исследования представленных в суд доказательств, обоснования заявленных требований и возражений.

Правила ст. 244 АПК РФ относительно оснований для отказа в признании и исполнении иностранных арбитражных решений применяются, если международный договор Российской Федерации не устанавливает иное. Среди этих оснований те, которые установлены Законом РФ "О международном коммерческом арбитраже" и, соответственно, Нью-Йоркской конвенцией.

По результатам рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения арбитражный суд выносит **определение** по правилам гл. 20 АПК РФ (п. 1 ст. 245 АПК РФ). Определение о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения должно содержать:

1) наименование и место нахождения международного коммерческого арбитража;

2) наименования взыскателя и должника;

3) сведения об иностранном арбитражном решении, о признании и приведении в исполнение которого ходатайствовал взыскатель;

4) указание на признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения либо отказ в его признании и исполнении. Определение арбитражного суда по делу о признании иностранного арбитражного решения и приведении его в исполнение может быть обжаловано в кассационном порядке в арбитражный суд округа в течение одного месяца со дня вынесения определения.

АПК РФ (ст. 245.1) предусматривает, что иностранные арбитражные решения, **не требующие принудительного исполнения**, признаются в России, если их признание предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом. Иностранные арбитражные решения, не требующие принудительного исполнения, признаются в Российской Федерации без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступят возражения относительно этого.

Заинтересованное лицо в течение одного месяца после того, как ему стало известно об иностранном арбитражном решении, может заявить возражения относительно признания этого решения в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства заинтересованного лица либо месту нахождения его имущества, а если заинтересованное лицо не имеет места жительства, места нахождения или имущества в Российской Федерации, в Арбитражный суд г. Москвы.

АПК РФ (п. 1 ст. 246) предусматривает, что **принудительное исполнение иностранного арбитражного решения производится на основании исполнительного листа**, выдаваемого арбитражным судом, который вынес определение о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в порядке, предусмотренном АПК РФ и Федеральным законом "Об исполнительном производстве". Иностранное арбитражное решение может быть предъявлено к принудительному исполнению в срок, не превышающий трех лет со дня вступления решения в законную силу. Если взыскатель пропустил этот срок, он может быть восстановлен

арбитражным судом по правилам гл. 10 АПК РФ.

Параграф 2 гл. 30 АПК РФ регламентирует производство по делам о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. Правила, установленные в этом параграфе, применяются при рассмотрении арбитражным судом заявлений о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение принятых на территории России решений международных коммерческих арбитражей (ч. 1 ст. 236 АПК РФ).

В соответствии с ч. 3 ст. 236 АПК РФ заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда подается в арбитражный суд субъекта Федерации по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства неизвестно, по месту нахождения имущества должника - стороны третейского разбирательства.

Из этого общего правила существует одно исключение. В информационном письме Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. N 96 (п. 14) отмечается: "К подсудности арбитражного суда субъекта Российской Федерации, на территории которого принято решение третейского суда, дело относится тогда, когда по нему одновременно одной стороной третейского разбирательства подано заявление об оспаривании решения третейского суда, а другой стороной третейского разбирательства - заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение указанного решения".

Согласно ч. 4 ст. 239 АПК РФ арбитражный суд **отказывает в выдаче исполнительного листа** на принудительное исполнение решения третейского суда, если установит, что:

1) спор, рассмотренный третейским судом, в соответствии с федеральным законом не может быть предметом третейского разбирательства;

2) приведение в исполнение решения третейского суда противоречит публичному порядку Российской Федерации. Если часть решения третейского суда, которая противоречит публичному порядку Российской Федерации, может быть отделена от той части, которая ему не противоречит, та часть решения, которая не противоречит публичному порядку Российской Федерации, может быть признана или приведена в исполнение.

В соответствии с ч. 5 ст. 239 АПК РФ арбитражный суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража по основаниям, предусмотренным международным договором Российской Федерации и федеральным законом о международном коммерческом арбитраже.

Отказ в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда не является препятствием для повторного обращения в третейский суд, если такая возможность не утрачена, или в арбитражный суд по общим правилам (ч. 3 ст. 240 АПК РФ).

В соответствии с ч. 5 ст. 240 АПК РФ определение арбитражного суда по делу о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда может быть обжаловано в кассационном порядке в арбитражный суд округа в течение одного месяца со дня вынесения определения.

§ 5. Международный коммерческий арбитраж в России

1. Правовой основой деятельности международного коммерческого арбитража в России является **Закон РФ "О международном коммерческом арбитраже"**. В преамбуле этого Закона прямо отмечается, что он исходит из признания важности арбитража (третейского разбирательства) как широко применяемого метода разрешения споров, в том числе возникающих в сфере международной торговли, учитывает положения об арбитраже, содержащиеся в международных договорах Российской Федерации, а также в Типовом законе о международном торговом арбитраже, принятом в 1985 г. Комиссией ООН по праву международной торговли ЮНСИТРАЛ, с изменениями, принятыми в 2006 г.

Хотя указанный Закон и называется "О международном коммерческом арбитраже", в нем используется термин "третейский суд". Согласно ст. 2 данного Закона "арбитраж" означает процесс разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом (третейское разбирательство) независимо от того, администрируется ли он постоянно действующим арбитражным учреждением, включая без ограничения Международный коммерческий арбитражный суд и Морскую арбитражную комиссию при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, или нет.

В международный коммерческий арбитраж по соглашению сторон могут в соответствии со ст. 1 Закона передаваться споры сторон, возникающие из гражданско-правовых отношений при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, в следующих случаях:

- если коммерческое предприятие хотя бы одной стороны находится за границей;
- если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей;
- споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей.

В случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации и федеральным законом, в международный коммерческий арбитраж могут передаваться не охватываемые настоящей статьей споры с участием иностранного инвестора в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей.

При Торгово-промышленной палате РФ (ТПП РФ) существуют **два постоянно действующих арбитражных учреждения**:

- Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС), который первоначально назывался Внешнеторговая арбитражная комиссия (ВТАК) и был создан в 1932 г.;
- Морская арбитражная комиссия, образованная в 1930 г.

МКАС действует на основе Положения о нем, которое является приложением 1 к Закону РФ

"О международном коммерческом арбитраже".

Международный коммерческий арбитражный суд является самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением, осуществляющим деятельность по администрированию международного коммерческого арбитража. МКАС также может администрировать третейское разбирательство в соответствии с Федеральным законом "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации".

Споры разрешаются в МКАС в соответствии с применяемым им арбитражным регламентом (правилами) или отдельными регламентами (правилами). При этом МКАС администрирует арбитраж, в то время как непосредственное разрешение спора относится к компетенции арбитра или состава арбитража, назначенного в соответствии с применимым арбитражным регламентом.

На рассмотрение в МКАС могут быть переданы:

1) споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, и иные споры, передача которых в международный коммерческий арбитраж предусмотрена Законом;

2) в соответствии с арбитражными соглашениями, заключенными до 1 сентября 2016 г., любые споры, которые могли быть рассмотрены в порядке международного коммерческого арбитража в соответствии с Законом, действовавшим на момент их заключения.

К рассмотрению в МКАС принимаются споры, подлежащие его юрисдикции в силу международных договоров Российской Федерации.

Положение определяет детально компетенцию МКАС. Гражданско-правовые отношения, споры из которых могут быть переданы на разрешение МКАС, включают, в частности, отношения по купле-продаже (поставке) товаров, выполнению работ, оказанию услуг, обмену товарами и (или) услугами, перевозке грузов и пассажиров, торговому представительству и посредничеству, аренде (лизингу), распоряжению исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации, сооружению промышленных и иных объектов, лицензионным операциям, инвестициям, кредитно-расчетным операциям, страхованию, совместному предпринимательству и другим формам промышленной и предпринимательской кооперации.

МКАС является преемником арбитражного суда при Торгово-промышленной палате СССР, образованного в 1932 г., и вправе разрешать споры на основании соглашений сторон о передаче их споров в арбитражный суд при Торгово-промышленной палате СССР.

С момента утверждения и опубликования правил постоянно действующего арбитражного учреждения МКАС в соответствии с ч. 10 ст. 52 Федерального закона "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" является правопреемником Третейского суда для разрешения экономических споров при ТПП РФ и Спортивного арбитража при ТПП РФ и, в частности, вправе разрешать споры на основании соглашений сторон о передаче их споров в указанные постоянно действующие третейские суды.

По делам, подлежащим рассмотрению в МКАС, его председатель может по просьбе одной из

сторон распорядиться о принятии обеспечительных мер.

МКАС вправе образовывать вне места своего нахождения отделения, обеспечение деятельности которых осуществляется специально созданными для этой цели филиалами (представительствами) ТПП РФ.

Организационные основы деятельности Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ регулируются детально в приложении 1 к Приказу ТПП РФ от 11 января 2017 г. N 6 (Положение об организационных основах).

Положение об организационных основах предусматривает следующие виды деятельности МКАС: администрирование международного коммерческого арбитража; администрирование арбитража внутренних споров; администрирование арбитража корпоративных споров, а также отдельных функций по администрированию арбитража, осуществляемого третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора; администрирование арбитража иных споров в случаях, предусмотренных международными договорами или федеральными законами.

Положение об организационных основах рассматривает виды споров в МКАС, статус арбитров, утверждает списки арбитров. Общее собрание арбитров избирает членов Президиума и комитетов по назначению по видам споров. Положение также определяет функции председателя МКАС и его заместителей.

Правила арбитража международных коммерческих споров, утвержденные приложением 2 к Приказу ТПП РФ от 11 января 2017 г. N 6, определяют все стадии арбитражного разбирательства. Правила также регулируют разбирательство, в частности порядок подачи и содержание искового заявления, цену иска, отзыв на исковое заявление, порядок предъявления встречного иска и требований в целях зачета и порядок предоставления и передачи документов в МКАС, множественность требований и участников арбитражного разбирательства, состав третейского суда, порядок ведения и прекращения арбитражного разбирательства и др.

В МКАС действуют также Правила по оказанию отдельных функций по администрированию арбитража, осуществляемого третейским судом, образуемым сторонами для разрешения конкретного спора (арбитраж **ad hoc**), утвержденные приложением 8 к Приказу ТПП от 11 января 2017 г. N 6.

Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате РФ (МАК) действует на основе **Положения** о ней, которое является приложением 2 к Закону РФ "О международном коммерческом арбитраже" (приложение 2).

Морская арбитражная комиссия при ТПП РФ является самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением. Она также может администрировать третейское разбирательство. В соответствии с Законом ТПП РФ утверждает арбитражный регламент (правила) (либо отдельные регламенты (правила) в отношении различных видов и процедур третейского разбирательства) МАК, список арбитров, порядок исчисления арбитражного сбора, ставки гонораров арбитров и другие расходы МАК.

Положение определяет **компетенцию МАК**. Это учреждение разрешает споры, которые вытекают из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих из торгового

мореплавания, независимо от того, являются сторонами таких отношений субъекты российского и иностранного права либо только российского или только иностранного права.

В частности, МАК разрешает споры, которые вытекают из отношений:

- 1) по фрахтованию судов, морской перевозке грузов, а также перевозке грузов в смешанном (река - море) плавании;
- 2) по морской буксировке судов и иных плавучих объектов;
- 3) по морскому страхованию и перестрахованию;
- 4) связанных с куплей-продажей, залогом и ремонтом морских судов и иных плавучих объектов;
- 5) по лоцманской и ледовой проводке, агентскому и иному обслуживанию морских судов, а также судов внутреннего плавания, поскольку соответствующие операции связаны с плаванием таких судов по морским путям;
- 6) связанных с использованием судов для осуществления научных исследований, добычи полезных ископаемых, гидротехнических и иных работ;
- 7) по спасанию морских судов либо морским судном судна внутреннего плавания, а также по спасанию в морских водах судном внутреннего плавания другого судна внутреннего плавания;
- 8) связанных с подъемом затонувших в море судов и иного имущества;
- 9) связанных со столкновением морских судов, морского судна и судна внутреннего плавания, судов внутреннего плавания в морских водах, а также с причинением судном повреждений портовым сооружениям, средствам навигационной обстановки и другим объектам;
- 10) связанных с причинением повреждений рыболовным сетям и другим орудиям добычи (вылова) водных биологических ресурсов, а также с иным причинением вреда при осуществлении промышленного рыболовства.

К компетенции МАК относятся также споры, которые возникают в связи с плаванием морских судов и судов внутреннего плавания по международным рекам, а также споры, которые связаны с осуществлением судами внутреннего плавания заграничных перевозок.

МАК принимает к рассмотрению споры при наличии соглашения между сторонами о передаче споров, а также споры, которые стороны обязаны передать на ее разрешение в силу международных договоров Российской Федерации.

Число арбитров при коллегиальном рассмотрении дела в МАК может быть как четным, так и нечетным в соответствии с арбитражным регламентом (правилами) (либо отдельными регламентами (правилами) в отношении различных видов и процедур третейского разбирательства) МАК.

МАК является правопреемницей Морской арбитражной комиссии при

Торгово-промышленной палате СССР, в частности, она вправе разрешать споры на основании соглашений сторон о передаче их споров в Морскую арбитражную комиссию при Торгово-промышленной палате СССР.

Вне места своего нахождения МАК вправе образовывать отделения, обеспечение деятельности которых осуществляется специально созданными для этой цели филиалами (представительствами) ТПП РФ.

Приказом ТПП РФ от 11 января 2017 г. N 5 утверждено **Положение об организационных основах деятельности МАК** при ТПП РФ.

Согласно Положению МАК осуществляет следующую деятельность:

- 1) администрирование международного коммерческого арбитража в соответствии с Законом РФ "О международном коммерческом арбитраже";
- 2) администрирование арбитража иных споров в случаях, предусмотренных международными договорами РФ или федеральными законами;
- 3) выполнение отдельных функций по администрированию арбитража, осуществляемого третейским судом, образованным сторонами для конкретного спора.

МАК также может администрировать третейское разбирательство в соответствии с Федеральным законом "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации".

Положение об организационных основах рассматривает виды споров в МАК, статус арбитров, утверждает списки арбитров. Общее собрание арбитров избирает членов Президиума и комитетов по назначению по видам споров. Положение также определяет функции председателя МАК и его заместителей.

Регламент МАК при ТПП РФ, утвержденный приложением 2 к Приказу ТПП РФ от 11 января 2017 г. N 5, определяет все стадии арбитражного разбирательства.

В МАК действуют и **Правила по оказанию отдельных функций по администрированию арбитража, осуществляемого третейским судом, образуемым сторонами для разрешения конкретного спора (арбитраж ad hoc)**, утвержденные приложением 5 к Приказу ТПП от 11 января 2017 г. N 5.

Не исполненные добровольно решения МКАС и МАК, а также решения арбитража **ad hoc** согласно § 2 гл. 30 АПК РФ подлежат принудительному исполнению. Далее исполнение осуществляется в соответствии с Федеральным законом "Об исполнительном производстве".

2. Что касается **права, подлежащего применению арбитражем**, то спор решается им **в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора**. При этом любое указание на право или систему права какого-либо государства толкуется как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам (ст. 28 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже").

Хотя **автономия воли сторон** закреплена достаточно широко, она имеет определенные

границы. Во-первых, это оговорка о публичном порядке (ст. 1193 ГК РФ), а во-вторых, нормы непосредственного применения. Во всех случаях МКАС принимает решение в соответствии с условиями договора с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

3. Согласно Федеральному конституционному закону "О судебной системе Российской Федерации" **международный коммерческий арбитраж не входит в правовую систему РФ**. Ни российское законодательство о судостроительстве, ни процессуальное законодательство к международному коммерческому арбитражу не применяются. Это исходное положение закреплено в Законе РФ "О международном коммерческом арбитраже" нормой ст. 5: "По вопросам, регулируемым настоящим Законом, никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе". В настоящее время юрисдикция в отношении ряда вопросов, касающихся деятельности международного коммерческого арбитража, закреплена за государственными арбитражными судами.

Существуют, однако, лишь два случая, предусматривающие **возможность вмешательства арбитражных (государственных) судов в деятельность органов международного коммерческого арбитража**:

- во-первых, арбитражный суд субъекта РФ по месту проведения арбитража по заявлению заинтересованной стороны принимает решение о компетенции международного коммерческого арбитража (ст. 235 АПК РФ);

- во-вторых, арбитражный суд субъекта РФ по месту проведения арбитража принимает решение об отмене арбитражного решения по заявлению заинтересованной стороны (§ 1 гл. 30 АПК РФ).

4. Согласно Закону РФ "О международном коммерческом арбитраже" (п. 3 ст. 34) **оспаривание арбитражных решений возможно в форме подачи заявления об отмене арбитражного решения**. Вместе с тем в Законе (п. 1 ст. 34) определено, что в арбитражном соглашении, предусматривающем администрирование арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением, стороны своим прямым соглашением могут предусмотреть, что арбитражное решение является окончательным. Окончательное арбитражное решение не подлежит отмене.

Если в арбитражном соглашении не предусмотрено, что арбитражное решение является окончательным, такое решение может быть отменено судом по основаниям, указанным в п. 2 ст. 34 Закона; при этом такое решение может быть отменено по основаниям, установленным подп. 2 п. 2 настоящей статьи, и в том случае, если сторона, подавшая заявление об отмене арбитражного решения, не ссылается на указанные основания.

Возможность оспаривания решений международных коммерческих арбитражей с местом арбитража на территории РФ предусмотрена и АПК РФ (ч. 1 ст. 230). Это касается решений как международного коммерческого арбитража, являющегося самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением, т.е. осуществляющим деятельность по администрированию международного коммерческого арбитража (МКАС, МАК), так и арбитража **ad hoc**.

Лица, участвующие в третейском разбирательстве, могут обратиться в арбитражный суд

субъекта РФ, на территории которого решение органа международного коммерческого арбитража было принято, с заявлением о его отмене (ст. 230 АПК РФ). Такое заявление подается в арбитражный суд субъекта Российской Федерации, на территории которого принято решение третейского суда, в срок, не превышающий трех месяцев со дня получения оспариваемого решения стороной третейского разбирательства, обратившейся с заявлением, если иное не установлено международным договором Российской Федерации или федеральным законом. По соглашению сторон третейского разбирательства заявление об отмене решения третейского суда может быть подано в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения одной из указанных сторон.

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г. (ст. IX) предусматривает, что возможна отмена арбитражного решения в государстве, в котором или по закону которого это решение было вынесено.

Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. содержит несколько иное положение. Согласно п. 1 "е" ст. V этой Конвенции в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения может быть отказано, если заявитель представит в суд страны, где испрашивается такое признание и исполнение, доказательства того, что решение еще не стало окончательным, было отменено или приостановлено компетентной властью страны, закон которой применялся.

Заявление об отмене арбитражного решения может быть подано в трехмесячный срок со дня получения оспариваемого решения стороной, если иное не установлено международным договором или федеральным законом.

Арбитражный суд согласно ч. 4 ст. 233 АПК РФ отменяет решение третейского суда, если установит, что:

- 1) спор, рассмотренный третейским судом, в соответствии с федеральным законом не может быть предметом третейского разбирательства;
- 2) решение третейского суда противоречит публичному порядку Российской Федерации. Если часть решения третейского суда, которая противоречит публичному порядку Российской Федерации, может быть отделена от той части, которая ему не противоречит, может быть отменена только та часть решения третейского суда, которая противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Решение международного коммерческого арбитража может быть отменено арбитражным судом **по основаниям**, предусмотренным международным договором РФ и Законом РФ "О международном коммерческом арбитраже" (ч. 5 ст. 233 АПК РФ).

Что касается Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже", то в п. 2 ст. 34 этого Закона предусмотрено, что арбитражное решение может быть отменено компетентным судом в случае, если:

- 1) сторона, заявляющая ходатайство о его отмене, представит доказательства того, что:
 - одна из сторон арбитражного соглашения была в какой-то мере недееспособна или это

соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания - по российскому закону, или

- она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения, или

- арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением либо не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения. Если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением, или

- состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или федеральному закону;

2) компетентный суд определит, что:

- объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом или

- арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Заявление об отмене арбитражного решения не может быть подано по истечении трех месяцев со дня получения оспариваемого решения стороной, подающей это заявление, а в случае, если была подана просьба в соответствии со ст. 33, со дня вынесения третейским судом решения по этой просьбе.

Суд, в который подано заявление об отмене арбитражного решения по установленным в законе основаниям, может, если сочтет это надлежащим и если об этом просит одна из сторон, приостановить на установленный им срок производство по этому вопросу, с тем чтобы предоставить третейскому суду возможность возобновить арбитраж или предпринять иные действия, которые, по мнению третейского суда, позволят устранить основания для отмены арбитражного решения (ч. 5 ст. 232 АПК РФ).

Контрольные вопросы

1. Какие существуют виды органов международного коммерческого арбитража?
 2. Что такое арбитражное соглашение, арбитражная оговорка, каковы их правовые последствия?
 3. В каком порядке рассматриваются дела в МКАС?
 4. Какие существуют международные договоры по вопросам международного коммерческого арбитража?
-

5. В каких направлениях развивается международное сотрудничество по этим вопросам?
6. В каком порядке исполняются иностранные арбитражные решения?

Рекомендуемая литература

1. Асосков А.В. Допустимо ли передавать чисто внутренние споры без иностранного элемента на разрешение иностранного арбитража? // Закон. 2017. N 8.
2. Гольский Д.Г. Правовая природа судебного акта, отменяющего решение международного коммерческого арбитража // Арбитражный и гражданский процесс. 2017. N 10. С. 28 - 32.
3. Жильцов А.Н. Применение раздела VI части третьей ГК РФ в практике МКАС при ТПП РФ // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. N 2.
4. Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. М.: Статут, 2008.
5. Казаченок С.Ю. Анализ влияния новелл законодательства России о третейских судах на деятельность международного коммерческого арбитража // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. N 4. С. 53 - 58.
6. Коломиец А.И. Правовая природа арбитражного соглашения: вопросы доктрины и практики // Право и экономика. 2017. N 5. С. 45 - 54.
7. Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. М.: Статут, 2017.
8. Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейских судах / М.Н. Акуев, М.А. Акчурина, Т.К. Андреева и др.; под общ. ред. В.В. Хвалея. М.: РАА, 2017.
9. Николукин С.В. Международный гражданский процесс и международный коммерческий арбитраж: Учебник. М.: Юстиция, 2017.

Глава 24. ТРАНСГРАНИЧНАЯ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ (БАНКРОТСТВО)

§ 1. Понятие трансграничной несостоятельности

1. Развитие трансграничной торговой и инвестиционной деятельности в глобальных масштабах все чаще приводит к ситуации, когда юридические и физические лица имеют активы в более чем одном государстве. В то же время в современный период развития мировой и российской экономик, характеризующийся финансовыми кризисами, ростом объема просроченной задолженности по ипотечным, потребительским кредитам и т.п., отдельные субъекты гражданского оборота, будучи не в состоянии оплатить свои долги в должном объеме и в надлежащий срок, становятся неплатежеспособными (банкротами). Ситуация, когда должник в целом не способен оплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения или когда сумма обязательств должника превышает стоимость его активов, именуется несостоятельностью.

Под несостоятельностью в российском законодательстве понимается признанная судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам, о выплате выходных пособий и (или) об оплате труда лиц, работающих или работавших по трудовому договору, и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей (ст. 2 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)", далее - Закон о банкротстве).

В случае, когда должник имеет активы в нескольких государствах или когда в числе кредиторов должника имеются кредиторы из другого государства, чем то, в котором осуществляется производство по делу о несостоятельности, речь идет о так называемой **трансграничной несостоятельности**. В Типовом законе ЮНСИТРАЛ, касающемся рассматриваемых отношений, в наименовании употребляется термин "несостоятельность" (Model Law on Cross-Border Insolvency of 30 May 1997), в названии другого международного акта - Европейской конвенции о некоторых международных аспектах банкротства (European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy of 5 July 1990) фигурирует термин "банкротство".

В законодательстве иностранных государств используются и иные термины. Например, в Законе Латвии о защите работников в случае неплатежеспособности работодателя (2001 г.) используется термин "трансграничный процесс неплатежеспособности".

В Законе о банкротстве упоминается термин "трансграничная несостоятельность" (ч. 3 ст. 29), правда, без раскрытия его содержания. В дальнейшем мы будем исходить, как и российский законодатель, из уравнивания обоих этих терминов ("банкротство" и "несостоятельность"). В целом "несущей конструкцией" в данном понятии выступает в рассматриваемом аспекте другая составляющая - "трансграничный", или "международный", подчеркивающая связь рассматриваемого явления с правовыми порядками разных государств.

Иностранный элемент в рассматриваемых отношениях может выражаться в следующем:

- 1) проживание (нахождение) кредиторов должника за границей;
- 2) нахождение имущества (активов) должника за границей (например, нахождение за границей недвижимости, принадлежащей должнику);
- 3) заявление требований кредиторов о платеже на основе норм иностранного права;
- 4) возбуждение дела о банкротстве одного и того же должника в нескольких государствах;
- 5) банкротство юридического лица, учредителем которого выступают иностранные лица;
- 6) вынесение решения о банкротстве должника, которое должно быть исполнено в иностранном государстве, и т.д.

Едва ли правильно связывать проблемы трансграничной несостоятельности лишь с особенностями банкротства отдельных субъектов гражданского оборота, например несостоятельностью транснациональных компаний. Это лишь частный случай проявления взаимосвязи нескольких правовых порядков в этих отношениях.

Таким образом, под **трансграничной несостоятельностью** понимаются **отношения, связанные с признанием неспособности лица оплатить свои долги в должном объеме и в надлежащий срок в рамках соответствующей процедуры ликвидации или реорганизации, в которых проявляется юридическая связь с правовыми порядками разных стран**, как то: нахождение имущества должника за границей, предъявление требований иностранными кредиторами, признание и исполнение решения в отношении должника за рубежом и т.п. При этом иностранный элемент в этих отношениях следует рассматривать в широком смысле, включая в него все моменты, связанные как с субъектом правоотношений (иностранный кредитор, иностранный управляющий, иностранный суд), так и с объектом (иностранное производство, нахождение активов должника за границей).

Основную роль в правовом регулировании трансграничной несостоятельности продолжает играть национальное законодательство. В ряде стран были приняты специальные законы о трансграничной несостоятельности. Таков, например, Закон Австралии о трансграничной несостоятельности (Cross-Border Insolvency Act) (2008 г.). В некоторых странах нормы о трансграничном банкротстве содержатся в законах о международном частном праве: Законе Швейцарии о международном частном праве (1987 г.), Кодексе Бельгии о международном частном праве (2004 г.).

Что касается **унификации** норм о трансграничной несостоятельности, то практически ее удалось осуществить на региональном уровне и прежде всего в Европейском союзе. Так, в рамках Совета Европы 5 июня 1990 г. в Стамбуле заключена Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства. На сегодняшний день данную Конвенцию подписали Бельгия, Германия, Греция, Италия, Кипр, Люксембург, Турция, Франция, но ратифицировал ее только Кипр.

В рамках Европейского союза работа по унификации правовых норм в сфере трансграничной несостоятельности завершилась разработкой в 2000 г. Регламента о процедурах банкротства N 1346/2000. В настоящее время данный документ утратил силу в связи с принятием нового Регламента N 2015/848 (2015 г.).

Кроме того, на региональном уровне заключено несколько договоров, посвященных данному вопросу. Среди них в странах Латинской Америки - договоры Монтевидео 1889 г. и 1940 г. В регионе Северных стран, а именно Данией, Исландией, Норвегией, Финляндией и Швецией, в 1933 г. была заключена Конвенция о банкротстве с поправками, внесенными в 1977 и 1982 гг.

Учитывая значение и роль в гармонизации права разных стран модельных норм, необходимо отдельно назвать Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997 г.), на основе которого ряд государств приняли свои законы. Среди них, например, Австралия, Греция, Канада, Мексика, Новая Зеландия, Польша, Румыния, Сербия, Словения, США, Япония.

2. В отношении определения места норм о трансграничной несостоятельности в отечественной системе права следует иметь в виду следующее. В структуре отношений трансграничной несостоятельности четко выделяются разные, относительно самостоятельные и в то же время взаимосвязанные элементы. Важнейшими из них являются институты международной подсудности дел о банкротстве, судебной правовой помощи, признания и приведения в исполнение иностранных судебных актов, которые регламентируются нормами, имеющими процессуальный характер. Вместе с тем признаки, лежащие в основе установления факта

несостоятельности лица, порядок и условия проведения процедур, применяемых в деле о банкротстве, есть объект регулирования материальных норм. Вопросы, касающиеся установления требований кредиторов к должнику, их размера и оснований возникновения, порядка и оснований оспаривания сделок должника, - это вопросы, решаемые также на основании применения норм материального права.

Решение вопросов трансграничной несостоятельности порой осложняется весьма серьезными различиями в национально-правовом регулировании этих отношений, что порой приводит к правовой неопределенности. В основе расхождений в правовом регулировании лежат критерии несостоятельности, поскольку в одних государствах в основу положен признак неплатежеспособности, в других - неоплатности. В рамках поиска ответов на эти вопросы зачастую приходится сталкиваться с конфликтами законов и преодолевать их с помощью традиционных методов разрешения коллизий, свойственных международному частному праву.

Существенно, что регулирование отношений трансграничной несостоятельности сочетает и частноправовой, и публично-правовой методы. В области трансграничной несостоятельности в гораздо большей степени, чем в иных сферах гражданского оборота, присутствует стремление к защите конкретным государством публичных интересов. В одних случаях при охране этих интересов во главу угла ставится реабилитация должника (следовательно, не только интересы самого должника, но и общества, государства), в иных - защита кредиторов и иных заинтересованных лиц.

В литературе существует мнение о том, что вопросы трансграничной несостоятельности образуют самостоятельный институт международного частного права, обладающий материально-правовыми и процессуальными характеристиками (институт "особого рода" - *sui generis*) ^{<1>}. В связи с этим необходимо отметить, что в основе отношений, регулируемых международным частным правом, лежит преимущественно интерес частного лица, который направлен, по сути, только на удовлетворение индивидуальных потребностей. В случае же трансграничной несостоятельности преимущественную роль играет императивно-правовой метод правового регулирования. К примеру, до 1985 г. судебная практика ФРГ исходила из того, что возбуждение производства по делу о несостоятельности является публичной формой проявления суверенитета государства и не может выходить за его пределы. Необходимость защиты прав не одного конкретного кредитора, а всех, публичного порядка посредством возбуждения коллективного производства под контролем (надзором) публичного органа власти - характерная черта данного института. Из необходимости учета интересов всех кредиторов должника, достижения одной общей цели вытекает потребность сотрудничества и координации деятельности судов разных государств. Приоритет в таких отношениях должен всегда отдаваться общим интересам, но при этом частное лицо может действовать на условиях, определенных для него государством.

^{<1>} См.: Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3 т. М., 2001. Т. 3: Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. С. 4, 6.

Отношения, возникающие в связи с трансграничной несостоятельностью, по нашему мнению, являются предметом регулирования как норм международного гражданского процесса,

относящихся к гражданскому процессу как отрасли права, так и норм международного частного права, прежде всего коллизионных норм. Это не препятствует изучению таких отношений в рамках международного частного права как отрасли правоведения и соответствующей учебной дисциплины.

Отношения трансграничной несостоятельности требуют решения следующих вопросов:

- 1) о компетенции суда рассмотреть дело о банкротстве должника (о международной подсудности);
- 2) о применении норм иностранного права;
- 3) о порядке признания иностранных производств и исполнения вынесенных судебных актов.

§ 2. Международная подсудность по делам о несостоятельности

1. Одним из ключевых моментов в рамках трансграничной несостоятельности является определение компетентного суда в отношении должника. Решение этого вопроса зависит от приверженности правовых систем государств к одной из двух моделей регулирования возникающих отношений. Первая модель исходит из того, что все основные процедуры и главные процессуальные действия должны происходить в одном месте (**теория универсализма, единого производства**), а вторая предполагает осуществление независимых территориальных производств параллельно в нескольких странах (**теория множественности (параллельных) производств**). Идеи, лежащие в основе этих концепций, находят свое отражение в различных вариациях как в национальном законодательстве государств, так и в международных актах при регулировании компетенции судов и иных вопросов трансграничной несостоятельности.

В литературе отмечается, что при определении компетенции судебных учреждений по рассмотрению дел о трансграничном банкротстве не возникает особых трудностей <1>.

<1> Ануфриева Л.П. Указ. соч. С. 23, 24.

Однако нужно иметь в виду, что международная подсудность дел о банкротстве определяется каждым правопорядком с использованием собственных юрисдикционных критериев. Так, согласно п. "f" ч. 1 ст. 461 Гражданского процессуального кодекса Республики Молдова (2003 г.) к исключительной компетенции судов данного государства относятся дела, осложненные иностранным элементом, если предметом производства является объявление несостоятельности или иная судебная процедура о прекращении платежей в отношении иностранного хозяйственного общества или общества с местом нахождения в Республике Молдова. Подсудность дел о банкротстве с иностранным элементом судам Украины является исключительной, если должник создан в соответствии с законодательством этого государства (ст. 77 Закона Украины о международном частном праве (2005 г.)).

В ст. ст. 328 - 329 Кодекса Бустаманте (1928 г.) предусмотрено: если должник при несостоятельности действовал добровольно, компетентным является судья места жительства последнего. Если процесс о несостоятельности инициирован кредиторами, компетентен судья

одного из мест, где было заявлено ходатайство о начале процесса. При этом преимущество отдается месту domicile должника, если последний или большинство кредиторов требуют этого. Кодекс содержит и другие правила о компетенции.

2. Национальное законодательство о несостоятельности для определения своей юрисдикции устанавливает различные критерии, в их числе **центр основных интересов должника в соответствующем государстве**. Речь идет о месте, в котором должник на регулярной основе осуществляет управление своими интересами и которое поэтому третьи стороны могут установить в качестве такового, т.е. должник является достигаемым для третьих лиц. Как правило, центр основных интересов юридического лица находится в том государстве, в котором расположена его зарегистрированная контора, а центр основных интересов физического лица располагается в том государстве, в котором оно имеет обычное место жительства.

В настоящее время наряду с местом регистрации должника для определения международной подсудности имеются и иные критерии, такие как место нахождения основного имущества должника, место нахождения основной части кредиторов должника, место нахождения производственных ресурсов должника и др. В зависимости от критериев, лежащих в основе установления юрисдикции суда, международные акты и национальное законодательство закрепляют понятия **основного и неосновного (вторичного) производства**. Что касается юрисдикционных критериев для определения страны, где может возбуждаться основное производство (так называемой базовой страны должника - **debtors home country**), то для физических лиц таким критерием, как правило, служит domicile или гражданство, а в отношении юридических лиц отсутствует единый подход в том, что считать таким критерием. Среди основных критериев определения базовой страны должника для юридических лиц выделяются:

- корпоративный domicile компании, т.е. страна, где такое юридическое лицо зарегистрировано (теория инкорпорации);
- страна, где находится центральный орган управления юридического лица (теория оседлости);
- основное место ведения бизнеса;
- центр основных интересов должника (**center of main interests, COMI**).

Для определения государства, в котором может возбуждаться неосновное производство, используют такие критерии, как:

- место ведения бизнеса должника;
- нахождение имущества на территории иностранного государства;
- место нахождения **истеблишмента (establishment)**, т.е. предприятия или подразделения должника;
- для физических лиц - место пребывания (**residence**);

- иногда - самостоятельное обращение должника в суд или его участие в рассмотрении дела (**submission**).

Например, согласно Типовому закону ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности основное иностранное производство (**foreign main proceedings**) означает иностранное производство, осуществляемое в государстве, в котором находится центр основных интересов должника (ст. 2b), а неосновное иностранное производство (**foreign non-main proceedings**) - иностранное производство иное, чем основное иностранное производство, осуществляемое в государстве, в котором располагается предприятие должника (ст. 2c). Понятие "предприятие" определяется как означающее любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги. Это понятие, как и термин "центр основных интересов", имеет важное значение в качестве критерия признания иностранного производства по делу о несостоятельности (юрисдикции).

Регламент ЕС N 2015/848 допускает возбуждение основного производства по делу о несостоятельности (**main insolvency proceedings**) в государстве - участнике ЕС, в котором расположен центр основных интересов должника (**centre of main interests**). Дополнительное же производство (**secondary proceedings**) может возбуждаться в государстве - участнике ЕС, в котором должник располагает предприятием/подразделением.

Унифицированный акт Организации по гармонизации коммерческого права в Африке (ОХАДА) "Об организации коллективных процедур ликвидации" (1998 г.) (ст. 251) позволяет возбуждать основное коллективное производство (**principal collective proceedings**) в договариваемом государстве по основному месту ведения бизнеса должника (**main place of business**), а также вторичное производство в ином договариваемом государстве (**secondary collective proceedings**).

Таким образом, основное производство по делу о банкротстве возбуждается на базе первичного юрисдикционного критерия (центр основных интересов должника или основное место ведения бизнеса должника), в то время как вторичный критерий (наличие предприятия, подразделения, неосновное место ведения бизнеса должника) определяет возможность возбуждения неосновного производства по делу о трансграничной несостоятельности. И в первом, и во втором случаях, когда речь идет о признании производства по делу о банкротстве в качестве основного или неосновного, подразумевается проверка компетентности иностранного суда возбуждать это производство, т.е. международной подсудности.

3. В **отечественной** юридической литературе по вопросу возможности открытия в российском суде производства по делу о несостоятельности иностранного должника высказаны неоднозначные мнения. Так, по мнению М.М. Богуславского, конкурсное производство может осуществляться и в отношении иностранных должников, поскольку Закон о банкротстве распространяется на юридические лица, которые могут быть признаны несостоятельными в соответствии с п. 2 ст. 1 ГК РФ <1>. Л.П. Ануфриева полагает, что дело о банкротстве должника, созданного согласно правопорядку иностранного государства и осуществляющего деятельность за пределами РФ, не может быть начато в российском суде <2>. Как отмечает Е.В. Мохова, возбуждение производства по делу о несостоятельности в российском суде возможно только в отношении российских лиц, иностранные лица остаются вне досягаемости российского законодательства. Отсутствие в Российской Федерации современного инструментария для

возбуждения производства по делу о несостоятельности в отношении компаний, которые инкорпорированы за рубежом, оставляет Россию вне сферы регулирования банкротств трансграничного бизнеса <3>.

<1> См.: Богуславский М.М. Международное частное право. 7-е изд., перераб. и доп. М., 2017. С. 604.

<2> Ануфриева Л.П. Указ. соч. С. 21.

<3> Мохова Е.В. Центр основных интересов должника при трансграничной несостоятельности: перспективы введения в России новых правовых конструкций // Закон. 2012. N 10. С. 14.

Что касается практики российских судов, то она также не отличается единообразием. Так, Арбитражный суд Московского округа по одному из дел, отклоняя довод заявителя о лишении российской организации доступа к правосудию, а именно права на обращение в иностранный суд с заявлением о банкротстве, указал следующее. Конституция РФ (ст. 47), равно как и Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г., гарантирует право на судебную защиту путем рассмотрения дела компетентными судами. Согласно российскому законодательству компетентными судами по рассмотрению дел о банкротстве юридических лиц, учрежденных и зарегистрированных в России, являются исключительно арбитражные суды РФ <1>. Арбитражный суд Краснодарского края, прекращая производство по делу о банкротстве должника, указал, что последний является иностранным гражданином, но Закон о банкротстве не предусматривает проведение процедур в отношении таких лиц <2>.

<1> См.: Постановление ФАС Московского округа от 26 декабря 2005 г. по делу N А40-3016/05-132-33 (архив суда).

<2> См.: Определение Арбитражного суда Краснодарского края от 26 мая 2016 г. по делу N А32-747/2015. URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/30e9317c-eebf-4eda-99d7-9a845285eb63/A32-747-2015_20160526_Opredelenie.pdf.

По другому делу иностранная компания обратилась в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании банкротом гражданина Германии. Суд первой инстанции, с которым согласилась апелляционная инстанция, прекратил производство по делу, поскольку Закон о банкротстве не предусматривает применение его положений к лицам, не имеющим гражданства РФ. Апелляционная инстанция также указала, что предусмотренные Законом о банкротстве последствия признания иностранного гражданина банкротом "не могут быть применимы на территории иного государства в случае признания иностранного гражданина банкротом" <1>. Однако Арбитражный суд Московского округа не согласился с подобным толкованием норм права и отменил вынесенные судебные акты <2>. По мнению окружного суда, исходявшего из необходимости предоставления иностранным гражданам равного режима с российскими

гражданами во всех сферах правового регулирования (национального режима), Закон о банкротстве не связывает определение понятия гражданина-должника с наличием у него статуса гражданина РФ.

<1> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 19 апреля 2016 г. по делу N А40-186978/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

<2> См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 8 июля 2016 г. по делу N А40-186978/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

Причина расхождений во мнениях связана с тем, что в России на сегодняшний день вопросы международной подсудности дел о трансграничной несостоятельности остаются неурегулированными <1>. Вполне закономерной реакцией на сложившуюся ситуацию можно считать разработку Министерством экономического развития РФ (Минэкономразвития России) законопроекта, направленного на формирование правовой базы в данной сфере <2>. Законопроектом предусматривается, в частности, что к исключительной компетенции арбитражных судов в Российской Федерации относятся дела о трансграничной несостоятельности (банкротстве), если центр основных интересов должника находится в Российской Федерации. При этом по заявлению управляющего иностранным производством, кредиторов, иных заинтересованных лиц может быть возбуждено неосновное производство по делу о банкротстве на территории РФ.

<1> Подробнее см.: Шукин А.И. Международная подсудность дел о банкротстве иностранных граждан: неурегулированные вопросы российского законодательства // Право и экономика: Междисциплинарные подходы в науке и образовании. Материалы конференции: В 4 ч. М., 2017. Ч. 3. С. 54 - 59.

<2> См. текст законопроекта по адресу:
http://economy.gov.ru/wps/wcm/connect/de3afc8045ead210ac66ec293491a18d/proekt_fz.doc?MOD=AJPERES&CACHEID=de3afc8045ead210ac66ec293491a18d.

§ 3. Вопросы права, подлежащего применению в делах о трансграничной несостоятельности

Для определения права, регулирующего открытие, ведение, завершение производства по делу о банкротстве и управления им, в международно-правовых актах и в национальном законодательстве предусмотрена специальная коллизионная привязка - **lex fori concursus**, означающая применение **права государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности**.

Право страны, на территории которой возбуждено производство по делу о банкротстве, определяет основания, необходимые для возбуждения производства по делу о банкротстве и открытия отдельных процедур банкротства, порядок их осуществления и прекращения, в частности:

-
- 1) круг лиц, в отношении которых может быть возбуждено производство по делу о банкротстве;
 - 2) имущество должника, которое подлежит включению в конкурсную массу, а также режим имущества, приобретенного или отчужденного должником после возбуждения производства по делу о банкротстве;
 - 3) права и обязанности управляющего, должника, кредиторов, а также иных лиц, участвующих в деле о банкротстве;
 - 4) основания и допустимость зачета требований;
 - 5) последствия возбуждения производства по делу о банкротстве и введения отдельных процедур банкротства в отношении обязательств, стороной которых является должник;
 - 6) последствия возбуждения производства по делу о банкротстве и введения отдельных процедур банкротства в отношении судебных споров, в том числе исполнительного производства, стороной которых является должник;
 - 7) требования, которые могут быть предъявлены в отношении имущества должника, а также порядок их удовлетворения после возбуждения производства по делу о банкротстве и (или) введения отдельных процедур банкротства;
 - 8) допустимость, а также порядок установления, проверки и предъявления требований кредиторов;
 - 9) порядок распределения средств после реализации имущества должника, порядок и очередность удовлетворения требований кредиторов, а также права кредиторов, которые получили частичное удовлетворение своих требований после возбуждения производства по делу о банкротстве;
 - 10) основания и последствия прекращения производства по делу о банкротстве, в том числе в случае утверждения мирового соглашения;
 - 11) права кредиторов после прекращения производства по делу о банкротстве;
 - 12) порядок распределения расходов, связанных с производством по делу о банкротстве;
 - 13) порядок оспаривания сделок, нарушающих права и законные интересы кредиторов (совершенных в ущерб правам кредиторов).

Наиболее сложные проблемы в процессе рассмотрения дел о трансграничной несостоятельности возникают, однако, при определении закона, подлежащего применению к праву требования кредиторов, находящихся за пределами государства, где было открыто производство по делу о банкротстве. По общему правилу законодательство о несостоятельности не создает прав (личных или имущественных) требований в отношении должника, но обеспечивает их соблюдение; решение вопросов о том, существует ли действительно то или иное конкретное право требования и каково его содержание, относится к сфере регулирования иных норм частного права. Так, согласно общим коллизионным нормам право, регулирующее договор,

будет определять факт наличия договорного права требования к неплатежеспособному должнику и сумму этого требования; **lex rei sitae** будет определять имущественные права кредиторов в отношении недвижимого имущества и т.п. В подобных вопросах суд того или иного государства будет применять свои собственные коллизионные нормы, включая положения действующих международных конвенций. Иными словами, суд, чтобы определить закон, регулирующий действительность и юридическую силу прав требований кредиторов, будет применять свои коллизионные нормы, после чего он рассмотрит режим прав требований в рамках производства по делу о несостоятельности. Важно подчеркнуть, что **определение действительности и юридической силы прав требования к должнику представляет собой не вопрос из области законодательства о несостоятельности, а проблему, регулируемую другими нормами применимого права.**

Соответственно, в контексте трансграничной несостоятельности важно проводить различие между **возникновением прав требований в силу закона, указанного в качестве применимого права** (будь то внутренний или иностранный материально-правовой закон) в соответствии с коллизионными нормами государства суда, и **последствиями возбуждения производства по делу о несостоятельности для таких прав требований**. Например, в п. 30 Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности указано: государству, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (т.е. государству суда), следует применять свои коллизионные нормы для определения того, право какого государства регулирует вопросы создания и юридической силы обеспечительных прав, существующих на момент открытия производства по делу о несостоятельности.

После того как определены действительность и юридическая сила какого-либо права требования согласно закону, указанному в качестве применимого на основании коллизионных норм страны суда, возникает второй вопрос, касающийся последствий производства по делу о несостоятельности для такого права требования, т.е. вопрос о том, будет ли это право требования признано и принято в рамках производства по делу о несостоятельности и, если это произойдет, каков его статус. Последний вопрос относится к сфере несостоятельности. С точки зрения коллизионного права проблема, возникающая на этом втором этапе, сводится к определению закона, применимого к последствиям несостоятельности. Как правило, эти **последствия определяются законом государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности (lex fori concursus)**. Соответственно, этот закон по общему правилу будет регулировать последствия несостоятельности в отношении прав требований кредиторов, приобретенных в силу иностранного права, например, вопросы о том, является ли такое право требования с учетом его характера и условий приемлемым в рамках производства по делу о несостоятельности должника, а также о возможной очередности его удовлетворения.

Проблемы могут возникнуть в случае, когда закон, регулирующий очередность удовлетворения требований, и применимый закон (иной, чем законодательство о несостоятельности, регулирующее связанные с этим требованием вопросы) различаются. В подобном случае необходимо определить, является ли право требования, возникшее согласно иностранному закону, "эквивалентным" праву требования, за которым **lex fori concursus** признает соответствующий статус в рамках производства по делу о несостоятельности. Критерий, применяемый при решении этого вопроса, состоит в том, что выясняется, соответствуют ли друг другу оба права требования с учетом их сущностного содержания и функций в такой степени, что они могут быть сочтены "функционально взаимозаменяемыми". Если на этот вопрос дан

положительный ответ, требования должны считаться эквивалентными и пользоваться одинаковым режимом в рамках производства по делу о несостоятельности. В случае, когда подобная равнозначность установлена быть не может, требование, как правило, рассматривается в качестве обычного требования.

С целью определения последствий несостоятельности для действительных и обладающих юридической силой прав требований в законодательстве ряда стран и международных актах предусматриваются **исключения из применения *lex fori concursus***. Цель исключений состоит не в том, чтобы изменить право, применимое к действительности и юридической силе (которое по-прежнему будет определяться на основании общих коллизионных норм суда), а изменить право, применимое к последствиям несостоятельности. Например, вместо применения ***lex fori concursus*** последствия о несостоятельности могут регулироваться правом, применимым к действительности и юридической силе заявленного требования. Так, последствия о несостоятельности для права на зачет могут определяться не ***lex fori concursus***, а законом, применимым к праву на зачет. Другие примеры исключений из применения права государства суда, принятых в различных законах о несостоятельности, связаны с правом, применимым к платежным системам, трудовым договорам, положениям о расторжении сделок и правам собственности.

Наглядным примером может служить ст. 7 проекта федерального закона, подготовленного Минэкономразвития России, где предусмотрено: к процедурам банкротства, а также их последствиям, за исключением случаев, предусмотренных законом, применяется право страны, на территории которой возбуждено производство по делу о банкротстве. Однако это применимое право не затрагивает трудовые отношения и трудовые договоры работников должника, а также договоры и права на недвижимое имущество, находящееся на территории РФ. Право на зачет встречных требований, а также вещные и (или) обеспечительные права кредиторов, возникшие до возбуждения производства по делу о банкротстве, не затрагиваются возбуждением производства по делу о банкротстве и могут быть осуществлены в соответствии с правом, применимым к данным отношениям. Чрезвычайно важно, чтобы принципиальные соображения, лежащие в основе установления исключений из сферы применения ***lex fori concursus***, были оценены с учетом других аргументов, являющихся ключевыми для производства по делу о несостоятельности, в частности цели максимального повышения стоимости имущественной массы в интересах всех, а не каких-либо конкретных отдельных кредиторов, и цели равного режима для всех кредиторов, находящихся в одинаковом положении.

Применение исключений из действия ***lex fori concursus*** для определения последствий несостоятельности может привести к неравенству режима последствий несостоятельности для находящихся в аналогичном положении кредиторов лишь в силу того, что их права требования будут регулироваться различным применимым правом. Для достижения конкретных целей процедур несостоятельности наиболее уместным представляется использование права государства суда, которое будет обеспечивать определенность для управляющего в деле о несостоятельности при выполнении многих из его функций в рамках производства, в том числе применительно к расторжению сделок, режиму контрактов, режиму требований и т.д. Применение во многих обстоятельствах ***lex fori concursus*** к вопросам последствий несостоятельности может позволить избежать потенциально дорогостоящих и длительных судебных тяжб, сократить издержки и расходы и, соответственно, максимально повысить стоимость имущественной массы в интересах всех кредиторов.

Стоит отметить, что в законодательстве большинства государств отсутствуют коллизионные нормы, прямо относящиеся к решению вопросов трансграничной несостоятельности. Если в применимом законодательстве отсутствуют четкие правила на этот счет, потенциального спора можно попытаться избежать с помощью **заключения соглашения**, в котором будет указано, каким законом регулируются те или иные аспекты банкротства. Вопросы применимого права могут рассматриваться в соглашениях в связи с такими проблемами, как режим прав требований, оспаривание сделок должника, распределение поступлений от продажи активов должника. При выборе права, применимого к этим вопросам, используются разные подходы. Один из них заключается в применении права государства суда, за исключением случаев, когда доктрина международной вежливости диктует применение иного права. Так, применительно к положениям об оспаривании сделок должника в соглашении о несостоятельности может быть предусмотрено использование закона того государства, на чьей территории расположены субъекты, которым передавались активы, или закона, определяемого на основании норм той правовой системы, к которой принадлежат кредиторы.

§ 4. Признание иностранных банкротств

Эффективность института трансграничной несостоятельности (банкротства) зависит от того, насколько государства готовы принять и распространить на свою территорию юридические последствия возбуждения, ведения и окончания производства по делу о банкротстве, возникшие на территории иностранного государства, т.е. признать иностранные банкротства. **Под признанием иностранных банкротств, как правило, подразумевается признание основного иностранного производства по делу о банкротстве** (производства, открытого в "базовой стране должника"). Признание иностранных банкротств в большинстве случаев определяется существующим в государстве порядком признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений.

Среди существующих порядков (режимов) признания иностранных банкротств можно выделить следующие. Во-первых, **режим конвенциональной экзекватуры**, который характеризуется тем, что в отсутствие международного договора иностранное производство по делу о банкротстве не признается ^{<1>}. Некоторые страны (например, Аргентина, Исландия, Россия) в отсутствие международного договора не готовы признавать процедуру банкротства, возбужденную в другом государстве, в качестве основной или придать ей какой-либо иной эффект в отношении имущества, расположенного на территории признающего государства. Например, согласно п. 6 ст. 1 Закона о банкротстве решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории Российской Федерации по общему правилу в соответствии с международными договорами Российской Федерации. Последствием этого является то, что:

^{<1>} См.: Собина Л.Ю. Признание иностранных банкротств в международном частном праве. М., 2012.

1) иностранный управляющий не имеет возможности реализовывать свои полномочия по отысканию и собиранию имущества, находящегося в иностранном государстве, и включению его в конкурсную массу;

2) требования местных кредиторов государства, в котором требуется признание, могут быть предъявлены к должнику как в индивидуальном порядке, так и в процедуре банкротства на территории государства, не признавшего иностранное банкротство;

3) должник продолжает совершать сделки с имуществом, находящимся в государстве, не признавшем иностранное банкротство.

По существу, при таком режиме иностранное производство по делу о банкротстве не имеет юридических последствий в отношении имущества, находящегося в стране, в которой испрашивалось признание. При этом, очевидно, нарушается один из основных принципов банкротства - равенство кредиторов, поэтому режим конвенциональной экзекватуры вряд ли может считаться удачным.

Другой порядок признания иностранных банкротств предусматривает **проведение специальных судебных (или иных формальных) процедур**, в рамках которых проверяется соответствие их условиям, выдвигаемым национальным правопорядком. При этом специальные судебные (или иные формальные) процедуры признания банкротств могут носить **ретроактивный (retroactive recognition proceedings) и неретроактивный характер (non-retroactive recognition proceedings)**. Ретроактивность процедуры предполагает введение моратория на индивидуальные действия должника и кредиторов, в результате чего кредиторы становятся обязанными вернуть имущество, полученное от должника по индивидуальным искам после возбуждения иностранной процедуры банкротства, а заключенные должником в этот период сделки становятся оспоримыми (данная модель используется, например, в Греции, Италии, Франции и Швейцарии).

Во втором случае все полученное кредиторами с момента возбуждения иностранной процедуры банкротства остается за ними, а сделки должника, заключенные в это время, оспорить невозможно. В числе стран, где существуют неретроактивные процедуры признания, можно назвать Гондурас, Мексику, Панаму.

На использовании **ретроактивных процедур** признания в настоящее время основывается Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и законодательство ряда стран, принятое на его основе. Так, гл. III Типового закона "Признание иностранного производства и судебная помощь" закрепляет процедуру признания и предусматривает введение моратория с момента признания основного иностранного производства. Процедура признания начинается с подачи иностранным представителем ходатайства о признании иностранного производства по делу о банкротстве (ст. 15), на основе которого суд выносит решение о признании (ст. 17).

Ходатайство о признании сопровождается: а) заверенной копией решения о возбуждении иностранного производства и назначении иностранного представителя; или б) свидетельством от иностранного суда, подтверждающим существование иностранного производства и назначение иностранного представителя; или с) в отсутствие упомянутых выше доказательств любым другим приемлемым для суда доказательством существования иностранного производства и назначения иностранного представителя. Ходатайство о признании также сопровождается заявлением с указанием всех иностранных производств в отношении должника, о которых известно иностранному представителю. Суд может потребовать обеспечить перевод документов, представленных в обоснование ходатайства о признании, на официальный язык признающего государства.

Смысл признания заключается в наступлении определенных последствий в признающем государстве (ст. ст. 20 - 21):

- 1) приостановление производств в отношении индивидуальных исков или индивидуальных процессуальных действий, касающихся активов, прав, обязательств или ответственности должника;
- 2) приостановление производств исполнительных действий в отношении активов должника;
- 3) приостановление действия права на передачу, обременение или отчуждение иным образом любых активов должника.

После признания иностранного производства, если необходимо защитить активы должника или интересы кредиторов, суд может по просьбе иностранного представителя предоставить любую судебную помощь, в том числе принять меры по обеспечению опроса свидетелей, сбора доказательств или истребования информации в отношении активов, деловых операций, прав, обязательств или ответственности должника. Суд также может поручить распределение всех или части активов должника, находящихся в признающем государстве, иностранному представителю или другому назначенному судом лицу, при условии, что суд убедится в том, что интересы кредиторов в данном государстве надлежащим образом защищены.

Таким образом, ключевым моментом проведения процедуры признания по Типовому закону является ее ретроактивность, т.е. возможность ввести мораторий в целях защиты имущественной массы от уменьшения в результате действий различных сторон производства по делу о банкротстве (должника, кредиторов и третьих лиц) и содействия организации такого производства на справедливой и упорядоченной основе. Как отмечается в Руководстве по принятию Типового закона, такой мораторий является обязательным, поскольку посредством него обеспечивается незамедлительное "замораживание" ситуации, что важно для предотвращения мошенничества и защиты интересов сторон.

Во многих государствах законодательство, принятое на основе Типового закона, помогло создать эффективный режим признания иностранных банкротств, что подтверждается практикой этих государств, например Великобритании.

Приведем пример. Чрезвычайный управляющий компании Агрокор (Хорватия) обратился в Высокий суд правосудия Англии и Уэльса с требованием о признании процедуры реструктуризации, введенной в отношении должника на основании Закона Хорватии "О чрезвычайной процедуре администрации в отношении компаний, обладающих системной значимостью для Республики Хорватия". Данным Законом предусматривался, в частности, запрет предъявления иска к компании-должнику по ее обязательствам за пределами процедуры реструктуризации. Между тем ПАО "Сбербанк" инициировало арбитражное разбирательство в отношении компании Агрокор в Лондонском международном третейском суде (LCIA) о взыскании задолженности по кредитному договору, в связи с чем возник вопрос о признании иностранной процедуры. Этот вопрос был решен судом положительно с учетом Положения о трансграничном банкротстве Великобритании (2006 г.). При этом ссылка ПАО "Сбербанк" на то, что производство в отношении компании Агрокор не осуществляется "под контролем суда [государства открытия производства]" ("subject to the control or supervision of the court"), была отклонена, поскольку Типовым законом не исключается признание производств, при которых

должник сохраняет определенный контроль в отношении коммерческой деятельности, и по хорватскому закону сохраняется возможность оспаривания действий чрезвычайного управляющего в судебном порядке <1>.

<1> См.: Agrokor DD [2017] EWHC 2791 (Ch).

При режиме признания иностранных банкротств, требующем проведения ретроактивных процедур, должникам и управляющим по делам о банкротстве, как видно, легче защищать свои интересы в отношении иностранных активов, сохраняя их для распределения в своем деле о банкротстве. Он защищает и имущественные интересы кредиторов против недобросовестных должников.

Несмотря на эффективность названного режима признания иностранных банкротств, рост международной экономической интеграции и числа "международных должников" потребовал создания еще более гибкой модели признания иностранных банкротств, основанной на принципе **автоматического признания** иностранных банкротств.

Режим автоматического признания предусмотрен в Скандинавской конвенции по вопросам банкротства (1933 г.) (Nordic Bankruptcy Convention), в силу ст. 1 которой решения по делам о банкротстве признаются немедленно и автоматически с момента вынесения их в договаривающемся государстве и для этого не требуется каких-либо формальностей или выдачи экзекватуры.

Следует назвать и Регламент ЕС N 2015/848 о процедурах банкротства (новая редакции) (2015 г.) (далее - Регламент), который закрепляет режим автоматического признания решений об открытии процедур банкротства, решений, выносимых в ходе такого производства, решений, которыми производство по делу прекращается, а также решений, непосредственно связанных с производством по делу о банкротстве, открытом в рамках государств - членов ЕС.

Согласно Регламенту автоматическое признание судебных решений означает, что правовые последствия, предусмотренные в отношении процедуры банкротства законодательством государства - члена ЕС, в котором была открыта процедура банкротства, распространяются на все остальные государства - члены ЕС. Признание судебных решений, вынесенных судами государств - членов ЕС, должно основываться на принципе взаимного доверия (**principle of mutual trust**). В этой связи основания для непризнания судебных решений должны быть сведены к необходимому минимуму (п. 65 Преамбулы к Регламенту).

Так, любое решение суда об открытии основной процедуры банкротства, вынесенное судом государства - члена ЕС, обладающим юрисдикцией, подлежит признанию во всех государствах - членах ЕС с того момента, когда указанное решение вступает в силу в государстве открытия процедуры банкротства. Это правило применяется также в случае, когда процедура банкротства не может быть инициирована в других государствах - членах ЕС в отношении должника в силу его правоспособности (ст. 19). Признание решения об открытии иностранной процедуры банкротства означает наступление в любом государстве - члене ЕС тех же правовых последствий, что наступили бы в принявшем такое решение государстве, без каких-либо формальностей, если иное не предусмотрено Регламентом (ст. 20). При этом признание иностранного производства

предполагает некоторые ретроактивные последствия, например, кредитор, который получил удовлетворение после открытия основного иностранного производства, должен вернуть все полученное арбитражному управляющему (ст. 23).

Итак, **режим автоматического признания иностранных банкротств заключается в распространении действия иностранных судебных актов, вынесенных по делам о банкротстве, на территории других государств без проведения специальных судебных или иных официальных процедур признания** (т.е. признание происходит *ipso jure*); последствиями признания, как и при проведении ретроактивных процедур признания, является введение моратория на индивидуальные действия должника и кредиторов. Тем самым режим автоматического признания позволяет избежать недостатков режима признания, при котором во всех случаях требуется проведение сложных, длительных и подчас дорогостоящих национальных процедур легализации иностранного банкротства.

Вместе с тем автоматическое признание не означает, что иностранные банкротства признаются безусловно, а порядок места признания допускает на своей территории действие всех без исключения иностранных банкротств, не предъявляя к ним никаких требований. Определенный барьер из необходимого минимума требований, устанавливаемых законодательством или международными актами, действующими на территории данного государства, всегда остается, чтобы исключить возможность признания необоснованных актов иностранной юстиции. Согласно ст. 33 Регламента любое государство - член ЕС может отказать в признании процедуры банкротства, открытой в другом союзном государстве, если правовые последствия такой процедуры будут явным образом противоречить публичному порядку признающего государства или нарушать конституционные права и обязанности его граждан и организаций.

Например, в Бельгии, где иностранные решения по делам о банкротстве, вынесенные в иных государствах, признаются **de plano** (без судебной процедуры), при оспаривании полномочий иностранного управляющего по делу о банкротстве или в случае, когда для их реализации требуется принудительное исполнение, установлено правило об обязательном обращении в коммерческий суд с тем, чтобы тот признал иностранное банкротство (ст. 22 § 1, ст. 121 Кодекса международного частного права Бельгии).

Контрольные вопросы

1. Что следует понимать под трансграничной несостоятельностью?
2. Как решаются вопросы международной подсудности, подлежащего применению права и признания иностранных банкротств?

Рекомендуемая литература

1. Мохова Е.В. Трансграничные банкротства за рубежом и в России: в поисках баланса между универсализмом и территориальностью // Закон. 2016. N 5.
2. Мохова Е.В. Центр основных интересов должника (COMI-стандарт) как критерий базовой страны должника: опыт европейской модели правового регулирования трансграничной несостоятельности. Пермь, 2007.

3. Соби́на Л.Ю. Признание иностранных банкротств в международном частном праве. М., 2012.

4. Ходыкин Р.М. Несостоятельность и международный коммерческий арбитраж // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. N 1.

5. Щукин А.И. Международная подсудность дел о банкротстве иностранных граждан: неурегулированные вопросы российского законодательства // Право и экономика: Междисциплинарные подходы в науке и образовании. Материалы конференции: В 4 ч. М., 2017. Ч. 3.
