

М. М. Богуславский

# Международное частное право

Учебник  
7-е издание

Издательство  
НОРМА



Москва 2018 г.

### **Аннотация**

Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. - М.: Норма, 2018. - 672 с.

В учебнике излагаются все основные вопросы современного международного частного права, даётся обзор законодательства, международных договоров в этой области и прежде всего договоров международной купли-продажи товаров, рассматриваются правовое положение иностранных граждан и иностранных юридических лиц в России, российских граждан и организаций за рубежом, а также возникающие в международных отношениях вопросы права собственности, обязательственного права, обязательств вследствие причинения вреда, права интеллектуальной собственности, семейного и наследственного права, трудового права, порядок разрешения споров в суде и в международном коммерческом арбитраже.

Учебник подготовлен автором на основе многолетнего опыта преподавания этой дисциплины в учебных заведениях и практической деятельности.

Учебник был опубликован на английском, немецком, монгольском и китайском языках.

Для студентов, аспирантов, преподавателей, занимающихся международным частным правом, а также для практических работников.

## Оглавление

*Введение*

*Глава 1. Понятие, предмет и система международного частного права*

*Глава 2. Источники международного частного права*

*Глава 3. Общие понятия международного частного права*

*Глава 4. Гражданско-правовое положение физических лиц*

*Глава 5. Правовое положение юридических лиц*

*Глава 6. Правовое положение государства как участника гражданско-правовых отношений*

*Глава 7. Право собственности и другие вещные права*

*Глава 8. Правовой режим иностранных инвестиций*

*Глава 9. Договорные обязательства*

*Глава 10. Отдельные виды договоров*

*Глава 11. Международные перевозки грузов и пассажиров*

*Глава 12. Международные расчётные и кредитные отношения*

*Глава 13. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения*

*Глава 14. Право интеллектуальной собственности*

*Глава 15. Семейное право*

*Глава 16. Наследственное право*

*Глава 17. Трудовые отношения*

*Глава 18. Международный гражданский процесс*

*Глава 19. Международный коммерческий арбитраж*

## **Введение**

Расширение преподавания в высших учебных заведениях международного частного права или же отдельных разделов этого курса было непосредственно связано с процессом перестройки нашего общества, и прежде всего с реформой внешнеэкономической деятельности, переходом к большей открытости, углублением и расширением отношений российских граждан, организаций и предприятий с гражданами, предприятиями и фирмами других стран в самых различных сферах общественной жизни, экономики, культуры и науки.

Ранее международное частное право преподавалось в основном в специализированных высших учебных заведениях, готовящих кадры для работы в системе Министерства иностранных дел, внешнеэкономических ведомств, а также в учебных заведениях, в которых обучались значительные контингенты иностранных студентов.

В дальнейшем ситуация изменилась коренным образом. Не может быть полноценным специалистом работающий в бизнесе, правоохранительных органах, особенно в суде, адвокатуре, нотариате, юрист, не владеющий знаниями основ международного частного права. Данный предмет имеет как общее теоретическое, так и прикладное, практическое значение. Отсюда следует, что студент должен обратить особое внимание на приводимые в учебнике положения внутреннего законодательства и международных договоров, участницей которых является Россия, а также на наиболее типичные примеры применения этих норм, взятые из практики.

Изучение международного частного права представляет определённые трудности. Одна из них связана с тем, что в этом курсе приходится сталкиваться с понятиями общей теории права, и прежде всего с такими, как действие норм права в пространстве, пределы территориального действия законодательства, с основными принципами международного права и, конечно, с институтами гражданского, семейного, трудового права и гражданского процессуального права. Поэтому

наибольший эффект, как показывает опыт, даёт преподавание международного частного права после изучения слушателями перечисленных правовых дисциплин. При преподавании международного частного права в учебных заведениях, где указанные правовые дисциплины не изучаются, необходимы по крайней мере пояснения преподавателя по терминам, понятиям, используемым в настоящем курсе. Другая трудность состоит в том, что международное частное право, сложившееся в качестве отдельной юридической дисциплины только во второй половине XIX в., представляет собой одну из самых молодых отраслей правоведения. По многим вопросам, относящимся к проблематике международного частного права, в том числе о самом предмете этого права и даже его названии, в нашей, да и в зарубежной литературе высказываются различные точки зрения. В настоящем учебнике студент ознакомится с наиболее устоявшимися взглядами отечественной доктрины. Согласно этим взглядам, международное частное право — это самостоятельная отрасль права и самостоятельная отрасль правоведения (В.П. Звеков). Что же касается спорных, дискуссионных вопросов, то более полное представление о них можно получить из фундаментальных курсов по международному частному праву и специальных исследований в этой области.

В тексте приводятся отдельные примеры из современной судебной практики, а также из практики третейских судов (прежде всего из практики МКАС). В отдельных случаях даются ставшие классическими примеры из старой практики, сохранившие своё значение.

Представляется полезным проведение семинарских занятий по международному частному праву. Студенты и слушатели могут рассматривать на семинаре конкретные дела, связанные с применением правил российского законодательства и международных договоров России, которые имели место в практике работы предприятий и организаций, судов, нотариата, МКАС и МАК, других третейских судов. Студенты решают эти дела, пользуясь нормативными материалами, рекомендованными к конкретным семинарским занятиям. На семинарах могут быть рассмотрены дела по защите прав российских граждан и организаций за рубежом.

## **Глава 1. Понятие, предмет и система международного частного права**

### **Наименование и понятие международного частного права**

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

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

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

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

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

- 1) один из субъектов отношений является иностранным физическим или юридическим лицом (например, российская компания и немецкая организация заключают контракт о поставке нефти, турецкая фирма участвует в строительстве объекта в России);
- 2) объект отношения (имущество, авторские права) находится на иностранной территории (например, имущество, которое должно перейти по наследству к гражданину России, находится в США; роман «Доктор Живаго» Б. Пастернака впервые публикуется не в Советском Союзе, а в Италии);
- 3) юридический факт, с которым связано возникновение, изменение или прекращение правоотношений, происходит за границей: заключение брака, открытие наследства, выполнение работы, причинение вреда, смерть физического лица, регистрация фирмы и т.п.

Как отмечалось в нашей литературе, в конкретном правоотношении подобные варианты могут присутствовать в любых сочетаниях, включая и случаи, когда все три изложенные выше схемы воплощаются в одной практической ситуации (например,

два брата, имеющие российское гражданство, вступают в спор между собой и со своим родственником, проживающим в Израиле, из-за наследства, открывшегося в Германии после смерти их отца). Тем не менее в составе правоотношения достаточно наличия хотя бы одного из указанных элементов, чтобы оно имело иностранный, или международный, характер. Термин «международный характер» сам по себе условен, более правильным было бы говорить о наличии какого-то иностранного элемента в частноправовых отношениях.

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

Этот вывод ни в коей мере не умаляет роли международного права, его общепризнанных принципов и норм для регулирования соответствующих отношений



в сфере международного частного права. Включение в Конституцию РФ (ч. 4 ст. 15) положений о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы, означает, что, во-первых, открывается возможность для судов и других органов государства применять непосредственно нормы международного права, во-вторых, заинтересованные физические и юридические лица могут ссылаться непосредственно на эти нормы при разрешении споров.

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

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

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

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

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

## **Значение и тенденции развития международного частного права в современных условиях**

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

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

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

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

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

Постоянно увеличивается число поездок людей из одних стран в другие как служебного характера, так и учебного, туристического, для отдыха, лечения и других целей.

Так, только в 2004 г. во Франции побывало более 75 млн. человек, в Индии — 37 млн., а в Чехии и Словакии — 96 млн. Растет и эмиграция населения.

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

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

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

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

Интеграция России в мировую экономику делает необходимым:

- дальнейшее совершенствование международных договоров, а главное — более эффективное использование их положений для защиты за рубежом экономических интересов государства в целом, российских предприятий и российских граждан;
- создание стабильного правового климата для иностранных инвестиций в нашей стране.

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

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

### **Содержание отношений и природа норм международного частного права**

1. Отвечая на вопрос, о каких отношениях, регулируемых нормами международного частного права, идет речь, обычно говорят о двух основных группах. Первая —

экономические, хозяйственные, научно-технические и культурные отношения в той их части, которая подпадает под действие норм международного частного права. В данном случае задача международного частного права состоит в регулировании деловых связей организаций и фирм различных стран. Особое значение приобретает для России создание благоприятного климата для иностранных инвестиций, содействие экономической интеграции со странами СНГ.

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

Отметим, что в российской литературе, в отличие от литературы большинства других государств, не прекращаются дискуссии по вопросу о том, следует ли международное частное право, как совокупность правовых норм относить к системе международного права или же к системе внутреннего (национального) права.

Господствующая же точка зрения в мире исходит из того, что международное и национальное (внутригосударственное) право действуют в различных сферах, представляют собой самостоятельные правовые системы, которые не находятся в соподчинении, но между ними существует сложное взаимодействие. В современном мире есть только два вида систем права — международное право и национальные системы права; международное частное право является частью национальных систем

права различных государств. Нормы международного частного права — часть национальной правовой системы, они создаются государством самостоятельно и регулируют не публично-правовые, а частноправовые отношения, осложненные иностранным элементом.

Нормы международного публичного и международного частного права служат одной и той же цели — созданию правовых условий развития международного сотрудничества в различных областях. Общее

состоит в том, что в обоих случаях речь идет о международных отношениях в широком смысле этого слова, т.е. отношениях, выходящих за пределы одного государства, связанных с двумя или несколькими государствами. Но нормы международного частного права регулируют не публично-правовые, а частноправовые отношения. «Международное» оно лишь в том смысле, что регулирует отношения, осложненные иностранным элементом (И. И. Лукашук).

Первое отличие международного частного права от международного публичного права касается самого содержания регулируемых отношений. В международном публичном праве главное место занимают политические взаимоотношения государств — вопросы обеспечения мира и международной безопасности, суверенитета государств, невмешательства, проблемы разоружения. Удельный вес правовых вопросов международной торговли, вопросов урегулирования экономического сотрудничества в международном публичном праве все время возрастает, что позволяет говорить о формировании международного экономического права. Но регламентируемые им отношения носят не гражданско-правовой, а межгосударственный характер. Что же касается международного частного права, то оно регулирует особую группу частноправовых отношений, которые имеют международный характер. Это прежде всего имущественные отношения. Наряду с имущественными отношениями в международном обороте возникают и связанные с ними неимущественные отношения (например, в области интеллектуальной собственности), которые также относятся к сфере регулирования международного частного права.

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

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

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

Можно с определенными оговорками говорить и о третьем отличии международного частного права от международного публичного права. В международном публичном праве роль основного источника регулирования отношений играет международный договор. В международном частном праве международные договоры также имеют

большое значение, но их правила в одних государствах входят в состав правовой системы данной страны, они должны применяться непосредственно, хотя и не растворяются в этой системе, а занимают в ней особое положение, а в других — они могут применяться лишь после того, как это будет в определенной форме санкционировано государством.

Кроме таких норм договорного происхождения существенное значение — и это типично именно для международного частного права — имеют источники чисто внутреннего характера — законодательство, судебная и арбитражная практика.

Международное частное право имеет и другие отличия от международного публичного права, обусловленные в конечном счете неодинаковым характером предмета регулирования (разный порядок рассмотрения споров, применения санкций в случае нарушения прав и т.д.).

Однако эти две правовые системы не отделены друг от друга резкой разграничительной линией. Существует тесная связь между нормами и институтами международного публичного и международного частного права.

Связь международного публичного права и международного частного права проявляется прежде всего тогда, когда в качестве источника международного частного права применяются нормы, сформулированные первоначально в качестве правил международного договора, а затем трансформированные в нормы внутреннего законодательства.

Возьмем в качестве примера международные договоры, содержащие унифицированные материально-правовые нормы, роль и значение которых в области международного частного права все время возрастают. Государства — участники такого договора обязались ввести эти нормы в свое внутреннее законодательство. Поэтому данные нормы следует рассматривать как составную часть содержания международно-правовых обязательств государств. В то же время эти нормы нельзя не признать и нормами гражданско-правовыми, поскольку их назначение — регулировать отношения гражданско-правового характера. И в конечном счете указанные нормы станут регулировать такие отношения субъектов из различных



государств — участников международного договора. Таким образом, в двойственной природе подобных унифицированных норм международных договоров, предназначенных для единообразного регулирования имущественных отношений с иностранным элементом, также проявляется правовая связь между международным публичным и международным частным правом.

В современной доктрине общепризнанным является положение о том, что роль международных договоров как источников международного частного права повышается. Во второй половине XX в. число международных договоров, как многосторонних, так и двусторонних, содержащих нормы по вопросам международного частного права, резко возросло. Особенно это проявляется в области международного торгового права.

Связь между международным публичным и международным частным правом проявляется и в том, что в международном частном праве используется ряд общих начал международного публичного права. Определяющее значение здесь имеют прежде всего принципы суверенитета государств, невмешательства во внутренние дела, недопущения дискриминации (принцип недискриминации). В области международного частного права, нормы которого в значительной степени формируются каждым государством самостоятельно, большое значение имеет принцип соблюдения каждым государством как своих договорных обязательств, так и общеобязательных для всех государств норм и принципов международного права. В нашей литературе на это справедливо обращал внимание С. Н. Лебедев.

Применяемые Российским государством нормы как международного частного, так и международного публичного права направлены на правовое оформление экономических, научно-технических и культурных связей России с другими странами, служат развитию широкого международного сотрудничества. В практике международных отношений эти нормы, а также соответствующие методы регулирования часто взаимодействуют, сохраняя при этом свою специфику и самостоятельное значение.

В ряде случаев и международное частное право, и международное публичное право регулируют общий комплекс одних и тех же отношений, но с использованием своих, специфических для каждой из этих систем, методов.

В литературе конца XIX в. нередко содержались утверждения, согласно которым в коллизионных принципах *lex loci actus* (закон места совершения акта) и *lex rei sitae* (закон местонахождения вещи) или же в принципе автономии воли сторон усматривались нормы международного обычного права.

Выдвинутые крупными юристами-международниками Э. Цительманом и Ф. Каном в конце XIX в. теории такого рода так и остались теоретическими построениями, не получившими подтверждения в международно-правовой практике, поскольку каждое государство устанавливало в своем законодательстве, по каким вопросам должны быть введены коллизионные нормы и каково должно быть содержание таких норм. К. Келлер и К. Сир исходят из того, что такие якобы обычные международно-правовые нормы могут в одностороннем порядке изменяться автономным правом отдельного государства или же вообще не применяться.

Таким образом, нельзя утверждать, что в общем международном праве имеются обязательные императивные нормы (*Jus cogens*), предписывающие, какое право подлежит применению к правоотношению с иностранным элементом.

Следует остановиться и на вопросе соотношения общего международного права с международным частным правом, который стал весьма актуальным в последние годы. Речь идет о проблеме экстерриториального применения национального права. В определенных, строго ограниченных случаях с согласия одного государства на его территории могут осуществляться действия органов другого государства.

Новая ситуация возникла в связи с тем, что экстерриториальное применение картельного, валютного, внешнеэкономического законодательства, в частности законодательства об экспортном контроле одной страны в другой, вступает в конфликт с законодательством этой другой страны. В результате такой ситуации, как совершенно справедливо отмечали К. Келлер и К. Сир, свое государство может перестать быть хозяином в собственном доме, в то время как иностранное

государство прямым или косвенным образом будет определять внутреннюю хозяйственную политику этого государства. Еще в 1996 г. был принят действующий и в настоящее время Регламент ЕЭС № 2271/96 о защите от последствий экстерриториального применения правовых актов, принятых в третьей стране (в приложении были указаны законодательные акты США в отношении Ирана, Кубы и Ливии).

2. Исторически основу международного частного права всегда составляли так называемые коллизионные нормы. Существенная особенность регулирования гражданско-правовых отношений с иностранным элементом состоит в том, что в ряде случаев нормы международного частного права не содержат прямого ответа, прямого предписания, как нужно решить тот или иной вопрос. Эти нормы указывают лишь, какое законодательство подлежит применению. Нормы такого рода и называются коллизионными (см. гл. 3 учебника).

Типичным примером применения коллизионных норм в практике существования еще советского государства является следующее дело. Всесоюзное объединение «Совэкспортфильм» заключило договор с английской фирмой «Ромулус филмс лтд.» о прокате в Великобритании советского кинофильма «Спящая красавица». В связи с утратой одной части фильма английская фирма в 1967 г. предъявила иск к объединению о возмещении убытков. Вопросы возмещения убытков в контракте определены не были. Возник, в частности, вопрос о том, должны ли возмещаться положительный ущерб и так называемая упущенная выгода в случае фактической невозможности исполнения, если такая невозможность возникла по вине одной из сторон. Для того чтобы ответить на этот вопрос, нужно знать, какое право подлежит применению к данному контракту. Поскольку договор был заключен в Лондоне, к нему были применены нормы английского права.

Коллизионные нормы с юридико-технической точки зрения представляют собой наиболее сложные нормы, входящие в область международного частного права. Совокупность таких норм, применяемых каждым государством, составляет коллизионное право. Наша доктрина исходит из того, что международное частное

право не может быть сведено только к коллизионному праву. Коллизионное право составляет наиболее сложную и весьма существенную часть международного частного права, но коллизионными вопросами содержание международного частного права отнюдь не исчерпывается.

3. В сферу международного частного права необходимо включить все нормы, регулирующие гражданско-правовые отношения с иностранным элементом. Так следует сделать потому, что определяющее значение имеет сам характер отношений, предмет регулирования, а не метод регулирования. Может применяться несколько методов, при этом один из них не исключает применения другого. Материально-правовой метод и коллизионный метод — это два способа регулирования отношений с иностранным элементом, причем наиболее совершенным является первый способ (см. гл. 3 учебника), при котором происходит непосредственное применение материальной нормы без обращения к коллизионной норме. Исходя из такого подхода к международному частному праву должны быть отнесены материально-правовые нормы, унифицированные путем заключения международных соглашений. В объяснительной записке представителя Венгрии, направленной в 1965 г. Генеральной Ассамблее ООН, по вопросу о мерах, которые должны быть приняты для прогрессивного развития в области международного частного права, отмечалось, что «для целей, имеющих в виду в настоящее время, под «развитием международного частного права» понимается не столько какое-либо международное соглашение о нормах коллизионного права, применяемых национальными и арбитражными судами, сколько унификация частного права, главным образом в области международной торговли (как, например, унификация правовых норм, касающихся международной продажи товаров или составления контрактов)». Это положение применимо в полной мере и к регулированию отношений в областях научно-технического и культурного сотрудничества, морских, железнодорожных и воздушных перевозок.

Процесс интернационализации хозяйственной жизни ускорил процесс унификации материально-правовых норм в областях торговли, транспорта и др. На значении

унификации норм с помощью международных соглашений следует остановиться более подробно.

Была осуществлена унификация в многочисленных международных универсальных и региональных конвенциях не только материально-правовых норм, но и норм коллизионных. В одних областях (поставки товаров, отношения по специализации и кооперированию, по перевозке) такие коллизионные нормы дополняли унифицированные материально-правовые нормы, в других — имели самостоятельное значение (в семейных, наследственных правоотношениях). Последнее объясняется тем, что в некоторых областях отношений существенную роль играют исторические, национальные и иные особенности. Поэтому унификация материально-правовых норм была бы здесь преждевременной, а унификация коллизионных норм путем заключения двусторонних соглашений (договоров о правовой помощи) оказалась бы эффективной.

Практика показала, что наиболее целесообразным является заключение таких соглашений, направленных на унификацию правового регулирования отношений между хозяйственными организациями различных стран, в которых установление единообразных материально-правовых норм дополняется унифицированными коллизионными нормами, отсылающими к национальному законодательству, подлежащему применению по вопросам, не урегулированным такими нормами. Применительно к сфере торгового мореплавания в нашей литературе (А. Л. Маковский) отмечалось, что материально-правовая унификация должна касаться основных вопросов регулирования в сочетании с другими методами регулирования, в том числе с решением в тех же международных соглашениях относительно менее важных вопросов путем установления унифицированных коллизионных норм. Особый характер носит унификация международного частного права в ЕС, в состав которого входит 28 государств (см. § 2 гл. 2 учебника).

Таким образом, в состав международного частного права входят как коллизионные, так и материально-правовые нормы, регулирующие гражданско-правовые отношения с иностранным элементом, которые возникают в областях международного

экономического, научно-технического и культурного сотрудничества, а также нормы, определяющие гражданские, семейные, трудовые и процессуальные права иностранцев. Тем самым, включая унифицированные нормы в состав международного частного права, подлежащего применению в силу коллизионных норм, мы с учетом специфических особенностей права придерживаемся широкой концепции международного частного права. В состав международного частного права как отрасли правоведения входит и международное гражданское процессуальное право (см. об этом подробнее в гл. 18 учебника).

На рубеже XX—XXI вв. в России резко усилился интерес как к теоретическим, так и к практическим проблемам международного гражданского процесса, являющегося в соответствии с господствующей точкой зрения составной частью международного частного права как отрасли правоведения.

4. В доктрине международного частного права различных государств вопрос о предмете этой отрасли права решается неодинаково.

В работах английских (А. Дайси, Дж. Чешир, П. Норт) и американских (Дж. Биль, Г. Гудрич) авторов рассматриваются как вопросы выбора права (*choice of law*), так и вопросы подсудности (*jurisdiction*), т.е. правила о том, какие споры по правоотношениям с иностранным элементом должны рассматриваться местными судами, а какие — судами других государств. Такой процессуальный подход к проблемам международного частного права приводит в ряде случаев к ограничению применения иностранных законов и соответственно к расширению сферы действия внутреннего права.

Во Франции доктрина (А. Батиффоль, П. Саватье) относит к международному частному праву прежде всего нормы о гражданстве, имея в виду правила о французском гражданстве (*nationalite*). В курсах и учебниках традиционно рассматривается правовое положение во Франции иностранцев (*condition des etrangers*), т.е. правила внутреннего материального права по широкому кругу вопросов (въезд, пребывание иностранцев, их имущественные и иные права), и

только после рассмотрения этих двух комплексов изучаются вопросы коллизии законов (*conflit des lois*) и международной подсудности (*conflit de juridiction*).

Более широкий подход характерен для работ И. Лусуарна и П. Бореля (Франция), П. Лалива (Швейцария) и др.

Германские юристы Л. Раапе, Г. Кегель, К. Шуринг, К. Сир, Т. Раушер и др. сводят международное частное право к коллизионному праву. В ряд учебников, вышедших в последние годы (К. Сира, Т. Раушера, Б. фон Хофмана и К. Торна и др.), включено рассмотрение вопросов международного гражданского процессуального права и процессуального права Европейского Союза. Г. Кегель и К. Шуринг включили в свой учебник (хотя и в виде приложения) вопросы международного гражданского процесса, международного «права экспроприации», международного валютного права, права картелей и международного регулирования права культурных ценностей, оговорив публично-правовой характер этой проблематики.

По мнению М. Иссада (Алжир), в современных условиях международное частное право не может быть ограничено коллизионным правом. В более широком смысле, считает он, «международное частное право — это право, регулирующее международные отношения независимо от применяемых методов. Методов может быть множество, и один не должен исключать другой».

Чешский юрист П. Каленский относит к этой области и коллизионные, и материально-правовые нормы.

Китайская доктрина (Ияо Хуанг, Рен Лишенг, Лью Динг), как правило, исходит из широкого подхода к международному частному праву, относя к нему все случаи регулирования гражданско-правовых отношений с иностранным элементом (китайская теория «большого международного частного права»), однако Ли Хоа Пей рассматривает международное частное право как исключительно коллизионное право (теория «маленького международного частного права»).

По вопросу о том, входит ли международное частное право в состав международного права или же относится к внутреннему праву, в советской юридической литературе были высказаны различные точки зрения. По мнению ряда авторов (С. Б. Крылов, М.

А. Плоткин, С. А. Голунский, М. С. Строгович, В. Э. Грабарь, А. М. Ладыженский, Ф. И. Кожевников, С. А. Малинин, В. И. Менжинский, И. П. Блищенко, Л. Н. Галенская), нормы международного частного права входят в состав международного права в широком смысле слова. В обоснование этой точки зрения указывалось не только на глубокую связь, которая существует между международным публичным и международным частным правом, на близкое внутреннее родство между ними, но и на единство источников, которому придавалось решающее значение.

Эта точка зрения основывается на том, что в международном частном праве речь идет о межгосударственных отношениях, затрагивающих вопросы гражданского права. При этом обращалось внимание на то, что всякий спор, конфликт в гражданско-правовой области между отдельными фирмами, даже спор о разводе между гражданами разных государств может в конечном счете перерасти в конфликт между государствами.

Была высказана и иная точка зрения, исходя из того, что вопрос о природе норм международного частного права решается прежде всего с учетом характера регулируемых им отношений. Из того факта, что предметом регулирования в международном частном праве являются отношения гражданско-правового характера, заключали, что международное частное право входит в состав гражданского, внутреннего, права, а наука международного частного права является одной из гражданско-правовых наук. Этот вывод был сделан И. С. Перетерским, а затем подробно обоснован в многочисленных трудах Л. А. Лунца, и прежде всего в его классическом трехтомном курсе международного частного права, переизданном в 2002 г.

Из данной точки зрения исходят в своих работах по международному частному праву такие авторы, как А. Б. Альтшулер, М. И. Брагинский, И. А. Грингольц, С. А. Гуреев, Г. К. Дмитриева, К. Ф. Егоров, В. П. Звеков, С. Н. Лебедев, А. Л. Маковский, Н. И. Марышева, Г. К. Матвеев, Н. В. Орлова, В. С. Поздняков, М. Г. Розенберг, А. А. Рубанов, О. Н. Садиков и др.



Отнесение международного частного права к внутреннему праву было поддержано в работах И. И. Лукашука, Е. Т. Усенко и в некоторых других трудах по международному публичному праву. В современной учебной литературе Л. П. Ануфриева, поддержав тезис о принадлежности международного частного права к внутригосударственному, оговорила при этом, что определяющим является его международный характер.

Еще И. С. Перетерский обращал внимание на то, что отношения, которые входят в область международного частного права, хотя и являются отношениями гражданско-правовыми, имеют свою специфику. Не будь ее, самостоятельное существование международного частного права не имело бы вообще никакого основания. «Правоотношения, входящие в область международного частного права, — писал он, — хотя и являются гражданскими, представляют собой известное своеобразие, совмещение гражданско-правовых и международно-правовых начал, действующих совместно и неразрывно».

Интернационализация хозяйственной жизни, развитие интеграционных процессов, влияние технического прогресса на правовое регулирование — все это предопределяет тенденцию повышения роли международного договора как источника международного частного права.

В отношении международных договоров следует иметь в виду, что они делятся на самоисполняемые и несамоисполняемые. Первые применяются к отношениям, регулируемым гражданским, семейным, трудовым законодательством непосредственно, что же касается договоров второй категории, то для их применения требуется издание внутригосударственного акта. Это деление учтено в п. 2 ст. 7 ГК РФ, поскольку в нем говорится о том, что 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.

Общепризнанные принципы и нормы, содержащиеся в международных договорах, становятся частью правовой системы России. Но эти нормы сохраняют автономное

положение во внутренней правовой системе каждого государства — участника международного договора. Автономный характер этих норм обусловлен прежде всего тем, что они выражают волю не одного государства, а всех государств — участников договора и что, как правило, цель создания этих норм — регулировать специфические имущественные и иные отношения с международным (иностраным) элементом, а не вообще гражданско-правовые отношения.

Из данного свойства норм, из факта их обособления следует, что, во-первых, нормы нельзя произвольно, без согласия других государств-участников, менять и, во-вторых, толкование их должно осуществляться также единообразно. На это обращается внимание в некоторых международных соглашениях. Так, в Венской конвенции 1980 г. указывается, что «при толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении» (п. 1 ст. 7).

Толкование норм международных договоров осуществляется по иным критериям, чем толкование внутренних законов. Это вытекает из ст. 31—33 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. Применяемые в договоре понятия могут не совпадать с понятиями, терминами внутреннего законодательства. В этих случаях рекомендуется учитывать практику и цели договора (ст. 31). Наряду с текстом, включающим преамбулу и приложения, в процессе толкования возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовительным материалам.

Несмотря на тенденцию повышения роли международного договора в сфере международного частного права, внутреннее законодательство продолжает оставаться существенным источником в данной области. При отсутствии международных договоров соответствующие нормы формулируются в законах различных государств, и законодательство одной страны, не говоря уже о судебной практике, может существенно отличаться от законодательства другой страны. Единого международного частного права в настоящее время не существует. Каждое государство, за исключением случаев использования унифицированных норм

международных договоров и общих начал международного права, применяет в области регулирования гражданско-правовых и иных частноправовых отношений не одни и те же нормы международного частного права, общие для всех государств, а различные нормы. Поэтому господствующая в российской доктрине точка зрения, сформулированная еще в середине XX в. И. С. Перетерским и Л. А. Лунцем, рассматривает международное частное право как особую отрасль права и относит его (вопреки, казалось бы, названию) к сфере внутригосударственного права.

В то же время в отечественной литературе отмечалось, что ряд норм международного частного права по своему происхождению имеет международно-правовой характер, поскольку одни образуются путем заключения международных договоров, другие создаются исключительно в рамках внутреннего законодательства, но все они определяются в конечном счете состоянием международных отношений, внешнеполитической и внешнеэкономической позициями государств, развитием международного сотрудничества в самых различных областях. Как бы мы ни подходили к определению места международного частного права в правовой системе, невозможно отрицать влияние международного сообщества на его развитие, значение для него основополагающих принципов международного права.

Именно поэтому заслуживает особого внимания выдвинутая в отечественной литературе в 20-е гг. XX в. А. Н. Макаровым (см. § 5 настоящей главы), позднее разработанная Р. А. Мюллерсоном и подценренная В. В. Гавриловым, Г. В. Игнатенко, О. И. Тиуновым, В. А. Канашевским, М. И. Сулейменовым (в Казахстане) и другими учеными точка зрения, согласно которой международное частное право не является частью какой бы то ни было системы права, а представляет собой «полисистемный комплекс», состоящий из норм как национального, внутригосударственного, так и международного права. При этом соответствующие нормы не исключаются из национально-правовых систем или из международного публичного права.

## **Система международного частного права**

В настоящем параграфе рассматривается система международного частного права как учебного курса и как отрасли правовой науки. Ранее уже указывалось, что предметом международного частного права является регулирование гражданско-правовых отношений с иностранным элементом. Этим предопределяются последовательность изложения материала, система деления курса на соответствующие разделы. Она близка к системе построения учебников и курсов гражданского права, хотя и не совпадает с ней.

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

Особенная часть обычно состоит из следующих разделов: 1) право собственности; 2) обязательственное право, и прежде всего договор купли-продажи товаров и договор перевозки; 3) кредитные и расчетные отношения; 4) обязательства из правонарушений; 5) право интеллектуальной собственности; 6) семейное право; 7) наследственное право; 8) трудовые отношения.

К третьей части относятся международный гражданский процесс и международный коммерческий арбитраж. Вопросам международного процессуального права, в состав которого входят и проблемы трансграничного банкротства, а также третейскому разбирательству уделяется в настоящее время большое внимание. Это вопросы процессуального положения сторон, иностранных граждан и лиц без гражданства, юридических лиц иностранного государства, вопросы подсудности, исполнения судебных поручений, признания и исполнения иностранных судебных решений.

Господствующая точка зрения не относит нормы процессуального характера, регулирующие отношения сторон, к составу норм международного частного права (см. об этом подробнее в § 1 гл. 18 учебника), поскольку суд (имеются в виду только государственные суды) — это орган государства, и отношения суда со сторонами — это отношения публично-правового характера. Но в современных условиях все более существенное значение приобретает принцип состязательности и принцип господства сторон в споре (они часто определяют подсудность, играют значительную роль в представлении доказательств). В международных договорах о правовой помощи одновременно регулируются вопросы применения права к соответствующим отношениям (коллизийные вопросы) и вопросы подсудности, т.е. определения того, суд какого государства будет рассматривать спор. Это объясняется тем, что на практике в случае возникновения спора между сторонами определению применимого права всегда предшествует решение процессуальных вопросов, и прежде всего вопроса о подсудности. В этом проявляются связи коллизийных и процессуальных норм в данной сфере. Особенно ярко такая связь видна в широко распространенном в мировой практике обращении к третейскому суду как органу для рассмотрения спора. В этом случае властные отношения вообще отходят на второй план, поскольку орган для рассмотрения спора и, соответственно, порядок рассмотрения избираются сторонами.

Примером проявления этой тенденции является заключение государствами — членами СНГ Минской конвенции 1993 г., а также новой редакции этой Конвенции (Кишиневская конвенция 2002 г.).

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

### **Обзор литературы по международному частному праву**

1. В дореволюционной русской литературе в области международного частного права в XIX — начале XX в. наибольшей известностью пользовались труды Н. П. Иванова, К. И. Малышева, Ф. Ф. Мартенса, А. А. Пиленко, П. Е. Казанского, Б. Э. Нольде и М. И. Бруна. Разработка этих проблем, в отличие от международного публичного и гражданского права, началась в России сравнительно поздно. Известный русский цивилист Д. И. Мейер (1819—1856) в своих чтениях по русскому гражданскому праву (изданы в 1858—1859 гг.) изложил основные положения учения Ф. Савиньи о коллизиях законов.

Первой оригинальной работой в России, специально посвященной международному частному праву, была работа Н. П. Иванова (1839—1903) «Основания частной международной юрисдикции», изданная в 1865 г. в Казани. Бесспорно, писал Н. П. Иванов, что законодательная власть государства может и даже обязана признавать в известных случаях, внутри своих территориальных пределов, силу иностранных законов — этого требует интерес взаимного общения наций. Однако, по его мнению, в отличие от точки зрения Савиньи вопрос о применении права в случае коллизий между законами должен решаться законодательной властью государства, а не судебной. Что же касается суда, то «в случае коллизии между законами отдельных государств судья обязан поступать на основании своего отечественного закона», а именно на основании тех постановлений отечественного законодательства, которые прямо предписывают применение иностранных законов. Автор не исключал применения иностранного права и путем толкования.

Другому русскому цивилисту — К. И. Малышеву (1841—1907) принадлежит заслуга в разработке учения о так называемых межобластных коллизиях, которое было весьма актуальным в дореволюционной России, потому что на ее территории действовали законодательные акты различных правовых систем (Свод законов России, Гражданский кодекс Наполеона и др.).

Систематическую разработку вопросов международного частного права осуществил Ф. Ф. Мартенс (1845—1909) в томе II курса «Современное международное право цивилизованных народов» (СПб., 1883. С. 285—377). В этом фундаментальном труде, переведенном на ряд языков, Ф. Ф. Мартенс, выдающийся русский юрист и дипломат, исходил из идеи связанности суверенного государства некоторыми основными началами международного частного права, выработанными в процессе международного общения. Под международным частным правом Мартенс понимал совокупность юридических норм, определяющих применение к данному правовому отношению заинтересованного лица в области международного оборота «права или закона отечественного или иностранного государства».

Курс Мартенса был наиболее известным в дореволюционной России. Мартенс последовательно исходил из идеи международного общения. Он считал, что международное общение есть единственное верное и положительное основание, на котором может развиваться международное частное право, и исходя из него только и могут быть решены запутанные и сложные вопросы, например о применении законов различных государств. Ф. Ф. Мартенс прежде всего исходил из международно-правовой концепции международного частного права.

Следует отметить большую практическую деятельность Ф. Ф. Мартенса в области кодификации международного частного права. Он был «первым делегатом» России на Гаагских конференциях по международному частному праву и избирался вице-президентом. Под председательством Ф. Ф. Мартенса при Министерстве иностранных дел России в 1898 г. было созвано Собрание из представителей разных ведомств, в задачи которого входили рассмотрение программы работы Гаагских конференций и подготовка соответствующих предложений.

Широким подходом к международному частному праву отличались работы П. Е. Казанского (1866—1947), который относил к международному частному праву («международному гражданскому праву») не только коллизионные нормы, как это делал Ф. Ф. Мартенс, но и нормы материального права. П. Е. Казанский говорил о двух задачах «международного гражданского права»: во-первых, создать всемирный гражданский оборот и обеспечить каждому лицу определенную совокупность прав и, во-вторых, определить, «законы каких государств должны применяться к тем или другим отношениям между людьми».

Международному гражданскому праву он посвятил Особенную часть своего учебника международного права (Одесса, 1904), где определил «общие начала: понятие и юридическая природа всемирного гражданского права» (§ 96), говорил о договорах и кодификации этого права (§ 97), столкновении (т.е. коллизии) законов (§ 98), а также дал анализ отдельных норм.

Таким образом, несомненная заслуга П. Е. Казанского состоит в том, что он не ограничивал международное частное право (или, как он его называл, международное гражданское право) рамками коллизионного права, хотя и не всегда последовательно проводил в этом отношении свою точку зрения.

Теоретические проблемы Общей части международного частного права (понятие *comitas*, публичного порядка, отсылки и др.) были разработаны А. А. Пиленко (1873—1956) в работе «Очерки по систематике международного частного права» (1911); второе издание этой работы вышло в 1915 г. в Петрограде). Он же написал полный очерк международного частного права для первого издания курса международного права Ф. Листа (Юрьев, 1902. С. 371—404) в переводе и с дополнениями В. Э. Грабаря.

В 1911 — 1916 гг. вышел ряд работ профессора Коммерческого института в Москве М. И. Бруна (1860—1916), в которых отстаивалась точка зрения о цивилистическом и национальном, а не международном характере коллизионного права (см., например: Введение в международное частное право. Пг., 1915).



Б. Э. Нольде (1876—1948) известен своим «Очерком международного частного права» (1912), помещенным во втором (1909) и в третьем (1912) издании курса международного права Листа — Грабаря, по которому учились несколько поколений русских юристов. Достоинством этого очерка является попытка автора дать свод «русских коллизионных норм». Автор, говоря о неточности самого термина «международное частное право», обращал внимание на то, что для оправдания этого термина требовалось бы, во-первых, чтобы конфликты гражданских законодательств носили всегда международный характер и, во-вторых, решения коллизий давались международным правом в собственном смысле слова, т.е. международными договорами или обычаями, но никак не внутренним правом отдельных государств. На самом деле это не так. Нольде признавал, в частности, что «по большей части решения коллизий даются не международным правом, а внутренним правом отдельных государств» (Лист Ф. Международное право. СПб., 1909. С. 465).

Ряд интересных и содержательных книг и статей был опубликован в 1918—1939 гг. русскими учеными-эмигрантами в Харбине, Праге и Париже, в том числе и Б. Э. Нольде и А. А. Пиленко. обстоятельный обзор этих работ был дан Г. С. Стародубцевым (в учебнике под редакцией Г. К. Дмитриевой и в других публикациях).

2. В советский период первые работы в области международного частного права были опубликованы ленинградским профессором А. Н. Макаровым (1888—1973), который сыграл в определенной степени роль связующего звена между дореволюционной и зарождающейся советской наукой в области международного частного права. В СССР им была опубликована работа «Основные начала международного частного права» (М., 1924).

«Под международным частным правом, — писал А. Н. Макаров, — надлежит... понимать совокупность правовых норм, определяющих пространственные пределы действия разномасштабных гражданских законов».

В отношении спора о том, «признавать ли международное частное право правом международным или правом внутренним, государственным», Макаров исходил из

того, что ни у кого не может быть сомнений относительно принадлежности к международному праву Гаагской конвенции о браке 1902 г. или норм любого иного договора по вопросам коллизионного права. В то же время он считал, что «приходится признать безоговорочно национальные коллизионные нормы нормами внутреннего государственного права».

Основной вывод, который делал А. Н. Макаров по этому вопросу, следующий. «Для меня лично, — писал он, — теорией, отвечающей современному уровню международного права, является теория раздельности двух правопорядков — международного и государственного. Логически неизбежным выводом этой основной теоретической предпосылки является признание раздельности и коллизионного международного и государственного права».

Эта краткая, но емкая по содержанию работа не потеряла своего значения и в настоящее время. Она была опубликована в 2005 г., а затем в 2009 г. в Москве издательством «Книгодел».

Хотелось бы обратить внимание современного читателя на то, что книга этого выдающегося российского ученого не прошла незамеченной в начале XX в. на Западе. В 1932 г. она была переведена на французский язык и издана в Париже с обстоятельным предисловием известного французского ученого И. Нибуайе (*Precis de droit international prive d'apres la legislation et la doctrine russes / par A. N. Makarov, tr. par B. Nolde et P. Pereverzeff*). В 1925 г. в Москве была издана его вторая работа «Правовое положение иностранцев в СССР».

3. Другая попытка осветить вопросы международного частного права с позиций нового законодательства была предпринята И. С. Перетерским (1889—1956). Речь идет об изданной в 1925 г. книге «Очерки международного частного права РСФСР». Позднее, в 1930 г. была издана такая значительная работа, как учебник «Международное частное право» С. Б. Крылова (1888—1958).

В результате совместной работы И. С. Перетерского и С. Б. Крылова в 1940 г. вышел в свет учебник международного частного права (в 1959 г. его переиздали). Этот учебник сохраняет свое значение и до настоящего времени, потому что в нем были

впервые сформулированы основные теоретические положения, заложены основы современной доктрины международного частного права. Из других пособий по международному частному праву, написанных до Великой Отечественной войны, следует отметить работу А. Г. Гойхбарга (1883—1962) «Международное право» (1928) и особенно С. И. Раевича (1893—?) «Международное частное право» (1934), которая отличалась как новой постановкой вопроса об объеме международного частного права, так и оригинальной разработкой проблем.

В последующий период был издан учебник Л. А. Лунца (1892—1979) «Международное частное право» (1949). Основные проблемы международного частного права были затем детально разработаны Л. А. Лунцем в его фундаментальном трехтомном труде «Курс международного частного права», удостоенном Государственной премии СССР в 1970 г. В 1959 г. вышел в свет первый том «Международное частное право. Общая часть»; в 1963-м — второй — «Международное частное право. Особенная часть», а в 1966 г. — третий — «Международный гражданский процесс». Общая часть была переиздана в 1973 г., Особенная часть — в 1975 г., в 1976 г. появился «Международный гражданский процесс», подготовленный Л. А. Лунцем и Н. И. Марышевой. Фундаментальный курс международного частного права Л. А. Лунца, завоевавший мировую известность и переведенный на ряд иностранных языков, был переиздан с изменениями и дополнениями в 2002 г. В 1984 г. был издан учебник по международному частному праву, написанный Л. А. Лунцем, Н. И. Марышевой и О. Н. Садиковым под общей редакцией О. Н. Садикова. Следует отметить учебные пособия по этому предмету: Л. Н. Галенской, изданное в 1983 г. в Ленинграде; под редакцией Г. К. Матвеева, изданное в 1985 г. в Киеве; М. Н. Кузнецова, изданное в 1991 г. в Москве; Т. Н. Нешашаевой, изданное в 1991 г. в Перми; под редакцией Г. К. Дмитриевой (авторы Г. К. Дмитриева, А. С. Довгерт, В. П. Панов, Н. А. Шебанова и др.), изданное в 1993 г. в Москве. Во Владивостоке в 1997 г. вышло учебное пособие В. В. Гаврилова (Международное частное право: Общая часть), а в 1999 г. — курс лекций В. В. Гаврилова по международному частному праву.

На рубеже XX—XXI вв. в Москве вышли в свет учебник В. П. Звекова, скромно названный им курсом лекций по международному частному праву, учебники и учебные пособия Н. Ю. Ерпылевой, Г. Ю. Федосеевой, три тома учебника Л. П. Ануфриевой, учебник по международному частному праву под редакцией Г. К. Дмитриевой, учебник по международному частному праву под редакцией Н. И. Марышевой, учебное пособие Г. И. Дмитриевой, краткий курс под редакцией Н. И. Марышевой, краткий учебный курс В. В. Гаврилова.

В 2009 г. издательством «Норма» было выпущено четвертое, переработанное и дополненное издание краткого учебного курса В. В. Гаврилова. В этом издании была расширена аргументация авторской концепции международного частного права как полисистемного правоприменительного комплекса, представляющего собой совокупность международных и национальных правовых норм, обладающих свойством регулятивной совместимости и взаимодействующих друг с другом в процессе регламентации особой группы относительно обособленных общественных отношений международного немежгосударственного невластного характера.

Значительный вклад в развитие советской доктрины международного частного права был внесен В. М. Корецким (1890—1984). Еще в 20-х гг. им был разработан ряд вопросов, связанных с проблемой признания экстерриториального действия советских законов о национализации. В работах «Униформизм в праве», «Очерки международного хозяйственного права», «Международное радио-право», опубликованных во второй половине 20-х гг., В. М. Корецкий первый среди наших юристов выдвинул идею международного хозяйственного права как комплексной межотраслевой дисциплины, включающей вопросы регулирования международных публично-правовых и гражданско-правовых отношений, обратил внимание на значение унификации норм международного частного права. Итогом многолетней работы ученого явилось крупное монографическое исследование «Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права» (1948). В 1989 г. в Киеве были изданы избранные труды В. М. Корецкого в двух книгах.

Для нашей науки характерно большое число работ по различным проблемам теории и практики международного частного права, причем в послевоенное время основное внимание уделялось вопросам Особенной части международного частного права. После принятия и вступления в силу специального раздела ГК РФ, посвященного международному частному праву, был издан ряд комментариев к нему, среди которых следует обратить внимание на комментарий под редакцией А. Л. Маковского и Е. А. Суханова, подготовленный участниками разработки этого раздела проекта ГК РФ (М. М. Богуславским, А. Н. Жильцовым, В. П. Звековым, И. С. Зыкиным, А. С. Комаровым, А. Л. Маковским, Н. И. Марышевой, М. Г. Розенбергом) и изданный в 2002 г. В 2004 г. коллективом авторов (под редакцией Н. И. Марышевой) был подготовлен сборник «Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI «Международное частное право».

Следует также обратить внимание на то, что в ряде стран проявляется большой интерес к российской литературе в области международного частного права. Ярким примером такого интереса является выход в свет в Македонии содержательной книги Т. Бендевского «Международное частное право» на русском языке, выпущенной в свет в 2005 г. (отв. ред. Е. А. Суханов), в которой широко использовалась российская литература по международному частному праву.

Ряд учебников, учебных пособий, комментариев к законодательству в области международного частного права был издан в последние годы в странах СНГ. Обратим внимание на некоторые из них.

Казахстан. Сарсембаев М. А. Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. Алматы, 1997; Сарсембаев М. А. Международное частное право. Алматы, 1998; Комментарий к Гражданскому кодексу Казахстана. Особенная часть / под ред. М. К. Сулейменова и Ю. Г. Басина. Алматы, 2001; Сабикенова А. С. Международное частное право: учеб.-метод, пособие. Алматы, 2002.

Узбекистан. Рустенбаев М. Х., Иноятлов А. А. Международная система права: учебник. Ташкент, 2002; Иноятлов А. А. Международное частное право: учебник для вузов. Ташкент, 2006.

Украина. Фединяк Г. С., Фединяк Л. С. Международное частное право. Киев, 2005 (на укр. яз.).

Таджикистан. Менглиев Ш. М. Международное частное право. 4.1. Душанбе, 2002.

Белоруссия. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 2 кн. Кн. 2 / отв. ред. В. Ф. Чигирь. 2-е изд. Минск, 2002. С. 585-616.

Резкое повышение интереса к практическим проблемам международного частного права привело в 90-х гг. к изданию многочисленных сборников нормативных актов, причем не только в России, но и в ряде государств — участников СНГ. Обратим внимание лишь на некоторые из них. Это «Сборник международных договоров Российской Федерации по оказанию правовой помощи» (1996), «Арбитражная практика за 1996—1997 гг.» (сост. А. Г. Быков, 1997), «Международное частное право (действующие нормативные акты)» (сост. Г. К. Дмитриева и М. В. Филимонова, 1997, 1999, 2004), «Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России» (1995), «Правовое регулирование иностранных инвестиций в Российской Федерации» (1995), «Сборник международных договоров по устранению двойного налогообложения» (1995), «Внешекономическая деятельность: международное частное право и российское законодательство» (сост. и авт. вступ. ст. Н. Ю. Ерпылева, 1997).

Представляет интерес и составленный Е. А. Виноградовой сборник «Третейский суд. Законодательство, практика, комментарий» (1997).

Высший Арбитражный Суд РФ издал в 2002 г. сборник «Гражданин и предприниматель в российском и зарубежном суде: правовая помощь» (под общ. ред. Т. Н. Нешатаевой), в котором наряду с комментариями к основным международным конвенциям в области международного гражданского процесса помещены тексты этих документов.

В Казахстане в 1996—2005 гг. были изданы на русском языке 10 выпусков составленного М. К. Сулейменовым сборника «Международное частное право: Нормативные акты и международные договоры». Среди опубликованных в этом издании документов особый интерес представляют материалы вып. 4 об иностранных

инвестициях в сфере недропользования и энергетики (ч. 1) и Договор к Энергетической хартии (ч. 2), а также о трудовом и семейном праве (вып. 9).

Наиболее полная подборка документов опубликована К. А. Бекашевым и А. Г. Ходаковым в фундаментальном сборнике «Международное частное право» (1997), а подборка законов 48 государств — А. Н. Жильцовым и А. И. Мурановым в сборнике «Международное частное право: Иностранное законодательство» (2001).

В предисловии к сборнику А. Л. Маковский совершенно справедливо обращает внимание на то, что составители этого сборника А. Н. Жильцов и А. И. Муранов дали возможность нашим юристам «изучать и исследовать международное частное право на огромном реальном нормативном материале, придавая этой зыбкой отрасли гуманитарного знания черты точной науки».

Большинство вошедших в сборник нормативных актов публикуется на русском языке впервые. Эти акты, как правило, посвящены только вопросам коллизий законов и международного гражданского процесса. Достоинством издания является то, что тексту каждого акта предшествует краткая справка о нем с комментарием и указанием на его особенности.

В книге помещены написанные составителями введение и очень интересная статья о национальных кодификациях в современном международном частном праве, в которой рассматриваются тенденции в этой области, что также способствует пониманию текстов, опубликованных в сборнике. Включен в издание и ряд других материалов. Перевод осуществлен большим коллективом переводчиков.

В 2008 г. были изданы два учебно-методических комплекса «Международное частное право» (авт.-сост. Н. Ю. Ерпылева и М. Б. Касенова).

Материалы практики судебных арбитражных органов по спорам с участием иностранных лиц систематически публикуются в «Вестнике Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации». Статьи, справки, различную информацию по вопросам международного частного права читатель найдет в издаваемых в России журналах: «Государство и право», «Журнал российского права», «Хозяйство и право», «Право и экономика», «Московский журнал международного права», «Журнал

международного частного права», «Третейский суд», «Международное публичное и частное право», «Международный коммерческий арбитраж» и др.

Необходимое представление о состоянии науки международного частного права в других государствах могут дать следующие курсы и учебники.

Австрия. Schwimann M. Internationales Privatrecht. 3 Aufl. Wien, 2001; Schwind F. Internationales Privatrecht: Lehr und Handbuch fiir Theorie und Praxis. Wien, 1990.

Алжир. Issad M. Droit international prive. 2 ed. Alger, 1983; Иссад М. Международное частное право / пер. с фр. А. Л. Афанасьевой, Е. Б. Гендзехадзе послесл. Л. Р. Сюкияйнена; под ред. М. М. Богуславского. М., 1989.

Аргентина. Boggiano A. Derecho internacional privado. Buenos Aires, 2004.

Бельгия. Rigaux F., Fallon M. Droit international prive. 3 ed. Brusseles, 2005.

Болгария. Кутиков В. Мъждународно частно право на Република България (нов. ред. Т. Тодорова). София, 1993; Сталев С. Мъждународно частно право, Обща част. София, 1996; Владинов Н. Международное частное право: Общая и специальная часть. 3-е изд. София, 2002.

Бразилия. Valladao N. Direito international privado. Rio de Janeiro, 1980.

Великобритания. Collins L., Dicey A., Morris J. On the Conflict of Laws. 14 ed. L., 2006. Vol. 1, 2; Вольф М. Международное частное право / пер. с англ.; под ред. и с предисл. Л. А. Лунца. М., 1948; Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / пер. с англ. С. Н. Андрианова; под ред. и со вступ. ст. М. М. Богуславского. М., 1982; Cheshire and North's Private International Law. L., 1999; Morris J. H. C., McClean D. The Conflict of Laws. 6 ed. L., 2005; Scott A. W. Private International Law: Conflict of Laws. 2 ed. Plymouth, 1979; Stone P. The Conflict of Laws. L., 1995.

Венгрия. Reczei L. Internationales Privatrecht. Budapest, 1960; Szaszy I. International Civil Procedure. Budapest, 1976; Szaszy I. International Labor Law. Budapest, 1968; Madl F., Vekas L. The Law of Conflicts and of International Economic Relations. Budapest, 1998; Madl F., Vekas L. Международное частное право. Budapest, 2004 (на венг. яз.).

Индия. Saharay. An Introduction to the Conflict of Laws. Calcutta, 1969.



Италия. Ballarino T. Diritto internazionale privato. 3 ed. Padua, 1999; Vitta. Corso di diritto internazionale privato e processuale. 2 ed. Torino, 1983; Mosconi. Diritto internazionale privato e processuale. Vol. 1. Torino, 2004; Vol. 2. Torino, 2006; Pocar F. Il nuovo diritto internazionale privato italiano. 2 ed. Milano, 2002.

Испания. Perez V. Derecho Internacional Privado. Vol. 1. Madrid, 1997; Vol. 2. Madrid, 2001.

Канада. Castel J. G. W. Canadian Conflict of Laws. 6 ed. Toronto, 2005. Vol. 1, 2.

Китай. В 1981 г. в Пекине вышли «Основы международного частного права» (авторы Ияо Хуанг и Рен Лишенг). В 1983 г. изданы два учебника международного частного права (более полный — 430 с., автор Хан Депей, и более краткий — 79 с., авторы Рен Лишенг и Лью Динг). В 1986 г. был выпущен «Словарь по международному частному праву». Von Senger, Xu. Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht der Volksrepublik China: in 2 Bd. Zurich, 1994.

Македония. Бендевский Т. Международное частное право / пер. с македонск.; отв. ред. Е. А. Сухарев. М., 2005.

Мексика. Garcia A. Derecho Internacional Privado. 12 ed. 1998; Castro P. Derecho Internacional Privado. 1999.

Нидерланды. Strikwerda L. Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht. 8 Aufl. Deventer, 2005.

Польша. Walaszek W., Sosniak M. Zarys prawa miedzynarodowego prywatnego. Warszawa, 1968, 1973; Sosniak M. Precis de droit international prive. Wroclaw, 1976; Pazdan M. Prawo prywatne miedzynarodowe. Warszawa, 2005.

Румыния. Popescu T. Drept International privat. Bucuresti, 1994.

США. Restatement of Law Second, Conflict of Laws. 2 ed. N. Y., 1971; Reese W., Rosenberg M. Cases and Materials on Conflict of Laws. 10 ed. N. Y., 1996; Scoles E., Hay P. Conflict of Laws. 3 ed. St. Paul, Minn., 2000; Symeonides S., Perdue W., Mehren A. Conflict of Laws: American, Comparative, International. Cases and Materials. 2 ed. 2003; Weintraub R. J. Commentary on the Conflict of Laws. 5 ed. Westburg, 2006; Hay P., Weintraub R. J., Borchers P. J. Conflicts of Laws: Cases and Materials. 12 ed. N. Y., 2004.

Франция. Niboyet M.-L., Geouffre G. Droit international prive. P., 2007; Francescakis P. Yurisprudence de droit international priv6. P., 1961;

Loussouarn Y. et Bourel P. Droit international priv6. 8 ed. P., 2004; Batiffol H., Lagarde P. Droit international prive. 8 ed. Vol. 1. P., 1993; 7 ed. Vol. 2. P., 1983; Majoros F. Le droit international priv6. 3 ed. P., 1990; Mayer P., Heuze V. Droit international prive. 8 ed. P., 2004; Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international prive, par B. Ancel, Y. Lequette. 4 ed. P., 2001; Audit B. Droit international prive. 4 ed. P., 2006.

ФРГ. Раане Л. Международное частное право / сокр. пер. с нем. А. М. Гурвича под ред. и с предисл. Л. А. Лунца. 4-е изд. М., 1960; Fe- rid M. Internationales Privatrecht. Miinchen, 1986; Kegel G., Schuring K. Internationales Privatrecht. 9 Aufl. Miinchen, 2004; Von Bar C. Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehren. Bd. 1. Miinchen, 1987; Bd. 2. Miinchen, 1991; Von BarC., Mankowski P. Internationales Privatrecht. Bd. I. 2 Aufl. Miinchen, 2003; Bd. 2. Miinchen, 1991; LuderitzA. Internationales Privatrecht. Berlin, 1992; Hoffmann B. Internationales Privatrecht. 9 Aufl. Miinchen, 2000; Geimer R. Internationales Zivilprozessrecht. 4 Aufl. Koln, 2001; Junker A. Internationales Privatrecht. Miinchen, 1998; Kropholler J. Internationales Privatrecht. 5 Aufl. Tiibingen, 2004; Rauscher T. Internationales Privatrecht. 2 Aufl. Heidelberg, 2002; SiehrK. Internationales Privatrecht. Deutsches und Europaisches Kollisionsrecht fur Studium und Praxis. Heidelberg, 2001; Koch H., Magnus U., Winkler von Mohren- fels P. I PR und Rechtsvergleichung. 3 Aufl. Miinchen, 2004; Nagel H., Gottwald P. Internationales Zivilprozessrecht. 6 Aufl. 2007; Von Hoffmann, Thorn K. Internationales Privatrecht. 9 Aufl. Miinchen, 2007; Ftichs A., Hau W., Thorn K. Falle zum International Privatrecht. 3 Aufl. 2007; КохХ., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / пер. с нем. Ю. М. Юмашева. 2-е изд. М., 2001; Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. Пер. с нем. М., 2001; 2002.

Швейцария. Vischer F., Planta A. Internationales Privatrecht. 2 Aufl. Basel, 1982; Keller M., Siehr K. Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts. Zurich, 1986; Bucher A., Bonomi A. Droit international Prive Suisse. Bale, 2004; Geisinger E. Internationales

privatrecht. Zurich, 2000; Dutoit B. Droit international privé Suisse. Basel, 2005; Walter G. International Zivilprozedur der Schweiz. 4 Aufl. Stuttgart, 2007; Hanzel H, Vogt N. P., Schneider A. K. Basler Kommentar Internationales Privatrecht. 2 Aufl. 2007; Schnyder A., Liatowitsch M. Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht. 2 Aufl. 2006.

Швеция. Eeck H. The Swedish Conflict of Laws. Haag, 1965; Bogdan M. (ed.) Swedish Law in the New Millennium. Stockholm, 2000. P. 491—509 (Private International Law); Bogdan M. Svensk internationellprivat och processrätt. 5 ed. Stockholm, 1999.

Югославия. Учебники и учебные пособия по международному частному праву Ц. Матича и К. Сайко (Загреб, 1981), Т. Варади (Нови-Сад, 1983), фундаментальный курс М. Пака (Белград, 1989), К. Сайко (1996).

Япония. Учебники международного частного права: Ямада Рёни (Токио, 1982), Мицура Масато (Токио, 1984), Сикуро (Токио, 2000).

Европейский Союз. Fuchs A., Watt H. M., Pataut T. Les conflits de lois et le système juridique communautaire. 2004; Stone P. EU Private International Law — Harmonisation of Laws. 2006; Hoffmann B. (Hrsg.) European Private International Law. 1998; Базедов Ю. Унификация международного частного права в Европейском Союзе // МЖМП. 2004. № 1; Bogdan M. Concise Introduction to EU Private International Law. Groningen, 2006; Herdegen M. Europarecht. 6 Aufl. München, 2004; Kropholler J. Europäisches Zivilprozedur: Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen, Verlag Recht und Wirtschaft. 7 Aufl. Heidelberg, 2002; Reichelt G. (hrsg.) Europäisches gemeinschaftsrecht und IPR: Ein Beitrag zur Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts. Wien, 2007.

Статьи по международному частному праву, а также обзоры судебной практики, библиографические и иные сведения в этой области регулярно публикуются в таких изданиях, как курсы лекций Академии международного права в Гааге («Recueil des cours de l'Académie de Droit International»); журналах «Clunet» («Journal du droit international»), «Revue critique de droit international privé» (Франция), «Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht», «Praxis des internationalen Privatrechts und Verfahrensrechts» (IPRax), «Recht der internationalen Wirtschaft» (RIW)

(ФРГ), «International and Comparative Law Quarterly» (Великобритания), «American Journal of International Law» (США).

## **Глава 2. Источники международного частного права**

### **Виды источников международного частного права**

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

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

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

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

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

Согласно Конституции РФ, общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

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

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

Вступившие в силу для Российской Федерации международные договоры, если только решение о согласии на их обязательность принято в форме федерального закона, подлежат официальному опубликованию в «Парламентской газете»,

«Российской газете», «Собрании законодательства Российской Федерации» или размещению на «Официальном интернет-портале правовой информации» ([www.pravo.gov.ru](http://www.pravo.gov.ru)). Официальное опубликование международных договоров (кроме договоров межведомственного характера) должно осуществляться также в «Бюллетене международных договоров». Международные договоры межведомственного характера публикуются по решению федеральных органов исполнительной власти, от имени которых заключены договоры, в официальных изданиях этих органов (ст. 30 Закона о международных договорах 1995 г.).

Пункт 3 ст. 5 Закона о международных договорах 1995 г. допускает непосредственное применение официально опубликованных международных договоров РФ при условии, если для этого не требуется издания специального государственного акта. При этом «непосредственно» означает в данном случае действие международного договора в качестве составной части системы российского законодательства.

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

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

Старейшей организацией в этой области является Гагская конференция по международному частному праву. Первая сессия Гагской конференции по

международному частному праву была созвана правительством Нидерландов в Гааге в 1893 г. по инициативе выдающегося голландского юриста Т. Ассера (его имя носит известный институт в Гааге, занимающийся проблемами международного частного права). В конференции 1893 г. участвовали 13 европейских государств. В числе участников ее первой сессии была Россия (известный российский юрист, профессор Ф. Ф. Мартенс избирался вице-президентом первых сессий). На конференциях этой организации приняты 35 так называемых Гаагских конвенций. В некоторых из них участвует Россия. Членами этой организации являются более 60 государств. В течение многих лет Россия не была членом этой организации, поэтому принятие в 2001 г. решения о вступлении Российской Федерации в эту организацию восстанавливает историческую справедливость.

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

Наиболее значительными из документов, принятых на сессиях конференции начиная с 50-х гг., являются конвенции в области гражданского процесса. К ним относятся: Конвенция по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 г. (СССР присоединился в 1966 г., вступила в силу в 1967 г.); Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 г.; Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам от 18 марта 1970 г. (Российская Федерация присоединилась к этим двум конвенциям в 2001 г. Официальный перевод на русском языке Конвенции 1965 г. был опубликован в конце 2004 г.); Конвенция о международном доступе к правосудию от 25 октября 1980 г. и др.



С конвенциями по процессуальным вопросам тесно связана Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов, от 5 октября 1961 г. (СССР присоединился к ней в 1991 г., вступила в силу для России в 1992 г.).

К области семейного права относятся более трети гаагских конвенций: Конвенция о заключении и признании действительности браков от 14 марта 1978 г. (Россия не участвует); Конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов, от 14 марта 1978 г. (Россия не участвует); Конвенция о признании разводов и решений о раздельном жительстве супругов от 1 июня 1970 г. (Россия не участвует); Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, от 24 октября 1956 г. (Россия не участвует); Конвенция о взыскании за границей алиментов от 20 июня 1956 г. (Россия не участвует); Конвенция о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей от 25 октября 1980 г. (Россия присоединилась 31 мая 2011 г. с оговоркой, вступила в силу 1 октября 2011 г.), Конвенция о юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мер по защите детей от 19 октября 1996 г. (Россия присоединилась в 2012 г. с оговорками и заявлением).

Кроме того, распоряжением Президента РФ от 26 июня 2000 г. № 241-рп было принято решение о подписании Конвенции о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления от 29 мая 1993 г. Конвенция подписана 7 сентября 2000 г., но еще не вступила в силу в России.

Из конвенций в других областях следует обратить внимание на Конвенцию о коллизиях законов относительно формы завещательных распоряжений от 5 октября 1961 г. (Россия не участвует), Конвенцию о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям, от 4 мая 1971 г. (Россия не участвует).

Другой международной межправительственной организацией, осуществляющей деятельность в этой области, является Международный институт по унификации частного права (УНИДРУЛ), основанный в 1926 г. в Риме. Членами этой организации являются более 60 стран, в том числе и Россия. Институт занимается в основном кодификацией материальных норм международного частного права. УНИДРУА были

разработаны такие конвенции, как Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов от 19 мая 1956 г. (Россия присоединилась в 1983 г.); Конвенция о договоре международной автомобильной перевозки пассажиров и багажа от 1 марта 1973 г. (Россия не участвует); Конвенция о договоре международной перевозки пассажиров и багажа по внутренним водным путям от 1 мая 1976 г. (Россия присоединилась в 1981 г.); Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге от 28 мая 1988 г. (вступила в силу в 1999 г.); Конвенция УНИДРУА по международным факторинговым операциям от 28 мая 1988 г. (Россия присоединилась в 2014 г., вступила в силу в 2015 г.); Конвенция УНИДРУА по похищенным или незаконно вывезенным культурным ценностям от 24 июня 1995 г. (подписана в 1996 г., но в силу не вступила).

В 1994 г. Институтом были одобрены Принципы международных коммерческих договоров, опубликованные и на русском языке. В 2004 г. было издано второе, переработанное и расширенное, издание Принципов УНИДРУА, подготовленное группой экспертов. В 2010 г. было подготовлено третье издание Принципов, применимых по соглашению сторон; в случаях, когда стороны не выбрали право, регулирующее их договор; а также для толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов и национального законодательства.

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

На основе проектов, разработанных Комиссией, были приняты следующие конвенции: Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров от

11 апреля 1980 г. (Венская конвенция 1980 г., СССР присоединился в 1990 г.); Конвенция ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров от 14 июня 1974 г. (приведенная в соответствие с Венской конвенцией 1980 г.) (подписана в 1974 г., в силу не вступила); Конвенция ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях от 9 декабря 1988 г. (подписана в 1990 г., в силу не вступила); Конвенция ООН о морской перевозке грузов от 31 марта 1978 г. (Россия не участвует) и ряд других, а также Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ и Примирительный регламент ЮНСИТРАЛ. В 1985 г. был принят Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

В 1996 г. были приняты Комментарии по организации арбитражного разбирательства. В состав Комиссии входят представители порядка 60 государств. В ее работе активное участие принимают представители России.

Кроме того, большое число многосторонних соглашений было разработано при создании ВТО, а также такими организациями, как ЮНЕСКО, ВОИС, ИКАО и др.

Унификация норм международного частного права может осуществляться и путем принятия на международном или региональном уровне как модельных законов (кодексов), так и директив и иных нормативных актов по тем или иным вопросам (например, регламенты и директивы ЕС).

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

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

## **Международные договоры**

Под международными договорами понимаются соглашения, заключенные между государствами. Могут быть проведены различные классификации международных договоров. Обратим внимание на классификации, имеющие значение для международного частного права. К ним относится деление договоров на многосторонние и двусторонние, универсальные и региональные, самоисполняемые и несамоисполняемые. Участниками многосторонних договоров могут быть несколько государств. В области международного частного права известны такие многосторонние соглашения, как Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 г., которую подписали 152 государства (действует для 143 государств), Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (участвуют 164 государства).

10 ноября 2004 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла Конвенцию о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности.

Многосторонние конвенции могут быть универсальными и региональными. Универсальные договоры заключаются государствами, принадлежащими к различным регионам земного шара, к различным социально-политическим и правовым системам. К универсальным относятся соглашения, имеющие наибольшее практическое значение, например Венская конвенция 1980 г. (участвуют 72 государства, в том числе Россия и другие государства СНГ), Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г., в которой участвуют 143 государства, в том числе Россия и другие государства СНГ.

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

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

- Минская конвенция 1993 г. и Протокол к ней 1997 г. Новая редакция Конвенции — Кишиневская конвенция 2002 г., Российской Федерацией эта Конвенция не ратифицирована. Для участников Кишиневской конвенции Минская конвенция 1993 г. и Протокол к ней 1997 г. прекращают свое действие. Однако для государств — участников Кишиневской конвенции, не подписавших Кишиневскую конвенцию (Туркмения, Узбекистан), будут действовать Минская конвенция 1993 г. и Протокол к ней 1997 г.;
- Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г. (Киевское соглашение 1992 г.);
- Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества от 6 марта 1998 г. (Московское соглашение);
- Евразийская патентная конвенция от 9 сентября 1994 г.

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

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

Существенное значение имеет деление договоров на самоисполняемые и несамоисполняемые.

Нормы самоисполняемых договоров в силу их детальной проработанности и завершенности могут применяться для регулирования соответствующих отношений без каких-либо конкретизирующих и дополняющих их норм.

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

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

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

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

соответствующим отношениям в области гражданского и семейного права, и положения о подсудности, о признании и исполнении судебных решений.

На 2014 год для России действовали следующие двусторонние договоры по оказанию правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам:

- 1) Соглашение между Союзом Советских Социалистических Республик и Австрийской Республикой по вопросам гражданского процесса от 11 марта 1970 г.;
- 2) Договор между Российской Федерацией и Азербайджанской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 декабря 1992 г.;
- 3) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Народной Республикой Албанией об оказании правовой помощи по гражданским, семейно-брачным и уголовным делам от 30 июня 1958 г.;
- 4) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Алжирской Народной Демократической Республикой о взаимном оказании правовой помощи от 23 февраля 1982 г.;
- 5) Договор между Российской Федерацией и Аргентинской Республикой о сотрудничестве и правовой помощи по гражданским, торговым, трудовым и административным делам от 20 ноября 2000 г.;
- 6) Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о порядке взаимного исполнения судебных актов арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь от 17 января 2001 г.;
- 7) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Народной Республикой Болгарией о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 19 февраля 1975 г.;
- 8) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Венгерской Народной Республикой об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 15 июля 1958 г. с Протоколом от 19 октября 1971 г.;

- 9) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Социалистической Республикой Вьетнам о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 10 декабря 1981 г.;
- 10) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Греческой Республикой о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 21 мая 1981 г.;
- 11) Договор между Российской Федерацией и Арабской Республикой Египет о взаимной правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, коммерческим и семейным делам от 23 сентября 1997 г.;
- 12) Договор о взаимном оказании правовой помощи между Союзом Советских Социалистических Республик и Иракской Республикой от 22 июня 1973 г.;
- 13) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Королевством Испания о правовой помощи по гражданским делам от 26 октября 1990 г.;
- 14) Договор между Российской Федерацией и Исламской Республикой Иран о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 5 марта 1996 г.;
- 15) Конвенция между Союзом Советских Социалистических Республик и Итальянской Республикой о правовой помощи по гражданским делам от 25 января 1979 г.;
- 16) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Народной Демократической Республикой Йемен о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 6 декабря 1985 г.;
- 17) Договор между Российской Федерацией и Канадой о взаимной правовой помощи по уголовным делам от 20 октября 1997 г.;
- 18) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Республикой Кипр о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 19 января 1984 г.;
- 19) Договор между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 19 июня 1992 г.;



- 20) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Корейской Народно-Демократической Республикой об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 16 декабря 1957 г.;
- 21) Договор между Российской Федерацией и Республикой Корея о взаимной правовой помощи по уголовным делам от 28 мая 1999 г.;
- 22) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Республикой Куба о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 28 ноября 1984 г.;
- 23) Договор между Российской Федерацией и Республикой Кыргызстан о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 14 сентября 1992 г.;
- 24) Договор между Российской Федерацией и Латвийской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 3 февраля 1993 г.;
- 25) Договор между Российской Федерацией и Литовской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 21 июля 1992 г.;
- 26) Договор между Российской Федерацией и Республикой Молдова о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 25 февраля 1993 г.;
- 27) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Монгольской Народной Республикой о взаимном оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 23 сентября 1988 г. с Протоколом от 23 сентября 1988 г.;
- 28) Договор между Российской Федерацией и Республикой Польша о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 16 сентября 1996 г.;

- 29) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Румынской Народной Республикой об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 3 апреля 1958 г.;
- 30) Соглашение между Союзом Советских Социалистических Республик и Соединенными Штатами Америки о порядке исполнения судебных поручений от 22 ноября 1935 г. (в форме обмена нотами);
- 31) Договор между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о взаимной правовой помощи по уголовным делам от 17 июня 1999 г.;
- 32) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Тунисской Республикой о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 26 июня 1984 г.;
- 33) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Финляндской Республикой о правовой защите и правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 11 августа 1978 г. с Протоколом от 11 августа 1978 г.;
- 34) Соглашение между Союзом Советских Социалистических Республик и Францией о передаче судебных и нотариальных документов и выполнении судебных поручений по гражданским и торговым делам от 11 августа 1936 г.;
- 35) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Чехословацкой Социалистической Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 12 августа 1982 г.;
- 36) Договор между Российской Федерацией и Эстонской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 26 января 1993 г.;
- 37) Договор между Союзом Советских Социалистических Республик и Федеративной Народной Республикой Югославией о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 24 февраля 1962 г.;
- 38) Договор между Российской Федерацией и Монголией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 20 апреля 1999 г.;

- 39) Протокол от 12 сентября 2002 г. к Договору между Российской Федерацией и Монголией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 20 апреля 1999 г.;
- 40) Договор между Российской Федерацией и Мексиканскими Соединенными Штатами о взаимной правовой помощи по уголовным делам от 21 июня 2005 г.;
- 41) Договор между Российской Федерацией и Республикой Панама о взаимной правовой помощи по уголовным делам от 30 апреля 2009 г.;
- 42) Договор между Российской Федерацией и Социалистической Республикой Вьетнам о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 25 августа 1998 г.;
- 43) Договор между Российской Федерацией и Республикой Индией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и торговым делам от 3 октября 2000 г.

Кроме того, имеются следующие двусторонние договоры о правовой помощи, подписанные, но еще не вступившие в силу для Российской Федерации:

- 1) Договор между Российской Федерацией и Республикой Албания о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 30 октября 1995 г.;
- 2) Договор между Российской Федерацией и Республикой Грузия о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 15 сентября 1995 г.;
- 3) Договор между Российской Федерацией и Королевством Испания об оказании правовой помощи по уголовным делам от 25 марта 1996 г. (ратифицирован Российской Федерацией 8 октября 2000 г., но в силу не вступил);
- 4) Договор между Российской Федерацией и Республикой Куба о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 14 декабря 2000 г.;
- 5) Договор между Российской Федерацией и Республикой Мали о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 31 августа 2000 г.;

- 6) Договор между Российской Федерацией и Турецкой Республикой о взаимном оказании правовой помощи по гражданским, торговым и уголовным делам от 15 декабря 1997 г.;
- 7) Протокол к Договору между Российской Федерацией и Эстонской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 26 января 1993 г.;
- 8) Договор между Российской Федерацией и Республикой Ангола о взаимной правовой помощи по уголовным делам от 31 октября 2006 г.;
- 9) Договор между Российской Федерацией и Республикой Колумбией о взаимной правовой помощи по уголовным делам от 6 апреля 2010 г.

Ряд положений, касающихся сферы международного частного права, содержатся в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве 1994 г. (вступило в силу в 1998 г.). В связи с расширением состава ЕС 27 апреля 2004 г. Российской Федерацией и ЕС был подписан Протокол к этому Соглашению о партнерстве.

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

В 2008 г. Римская конвенция 1980 г. была заменена Регламентом ЕС «Рим I». Регламент разрешает проблему конфликта законов в отношении обязательств, которые возникают на основании гражданско-правовых или торговых (коммерческих) договоров, а также договоров, которыми оформляются трудовые отношения наемных работников («индивидуальные трудовые договоры»).

Римская конвенция 1980 г. фактически утратила силу. Однако она сохраняет свое действие в отношении Дании, которая не участвовала в принятии Регламента ЕС «Рим I», не связана им и не подчиняется его действию. Кроме того, Римская конвенция 1980 г. сохраняет свое действие в государствах-членах, на которые не распространяет силу Договор об учреждении Европейского сообщества от 25 марта 1957 г.

Помимо Регламента ЕС «Рим I» был принят Регламент ЕС «Рим II». Данный Регламент устанавливает на территории государств — членов Европейского сообщества и Европейского Союза единообразные коллизионные нормы, определяющие, законодательство какого государства применимо в случае, если правоотношение содержит иностранный элемент и может регулироваться правом разных стран.

27 сентября 1968 г. страны — члены ЕЭС заключили Брюссельскую конвенцию по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров (новая редакция 1979 г.). Европейские государства, входящие в ЕАСТ, подписали 16 сентября 1988 г. в Лугано Конвенцию о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам. С 1 января 1992 г. она вступила в силу в отношениях между Францией, Нидерландами и Швейцарией. Тем самым положения Брюссельской конвенции ЕЭС 1968 г. были распространены на Швейцарию, входящую в ЕАСТ.

В 2000 г. Совет ЕС принял Регламент ЕС «Брюссель I», заменивший Брюссельскую конвенцию 1968 г. в отношении государств — членов ЕС, на которые распространяется действие Договора о функционировании Европейского Союза от 13

декабря 2007 г. (т.е. в отношении всех государств — членов ЕС, за исключением Дании). Решением 2006/325/ЕС Совета ЕС Сообщество заключило договор с Данией о применении положений Регламента ЕС «Брюссель I» на ее территории. В Конвенцию 1988 г. были внесены поправки Конвенцией о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам, подписанной в Лугано 30 октября 2007 г. Сообществом, Данией, Исландией, Норвегией и Швейцарией.

С 10 января 2015 г. начал действовать Регламент ЕС «Брюссель I-bis». Введенные новым Регламентом правила, заменяющие правила Регламента ЕС «Брюссель I», предусматривают, что охватываемые сферой действия Регламента решения, вынесенные в одном государстве ЕС по исковым заявлениям, поданным после вступления документа в силу, будут непосредственно, т.е. без какой-либо специальной промежуточной процедуры, исполняться на территории других государств — участников ЕС.

Брюссельская конвенция 1968 г. продолжает действовать в отношении государств — членов ЕС, на которые она распространяется и которые исключаются из сферы действия Регламента ЕС «Брюссель I-bis» в соответствии со ст. 355 Договора о функционировании Европейского Союза.

Регламент ЕС «Брюссель I-bis» распространяет свое действие на решения судов и трибуналов государства — члена ЕС, включая также суды и трибуналы, общие для нескольких государств — членов ЕС, как, например, Суд Бенилюкса, если такие суды и трибуналы принимают решения по делам, на которые распространяется действие Регламента. Регламент не применяется к арбитражу.

После вступления в силу Амстердамского договора 1999 г. многие ранее заключенные многосторонние соглашения из так называемого первичного права ЕС перешли в категорию вторичного права ЕС. Эта тенденция особенно проявляется в области процессуального права, семейного права, трудового права и др. Наряду с рядом регламентов ЕС в отношении подсудности, признания и исполнения решений

с 31 мая 2002 г. действует Регламент № 1346 от 29 мая 2000 г. о процедурах несостоятельности.

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

Кодекс состоит из вступительного раздела и четырех книг (международное гражданское право, международное торговое право, международное уголовное право, международное процессуальное право).

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

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

На конференции в Ла-Пасе в 1984 г. приняты четыре конвенции (межамериканские конвенции о право- и дееспособности юридических лиц в международном частном

праве, о коллизионных нормах, касающихся усыновления несовершеннолетних, о юрисдикции и экстерриториальном действии иностранных судебных решений, Дополнительный протокол к Межамериканской конвенции о сборе доказательств за рубежом). На конференции в Монтевидео в 1989 г. были приняты четыре конвенции (об обязанности содержания лиц, о возвращении из других стран несовершеннолетних, о международных перевозках грузов автотранспортом).

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

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

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

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



## **Внутреннее законодательство**

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

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

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

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

Давая характеристику внутреннего законодательства как источника международного частного права, необходимо обратить внимание на то, что в России в отличие, например, от Австрии, Азербайджана, Венгрии, Грузии, Польши, Словении, Турции,

Украины, Швейцарии, Эстонии и других стран, не принимался специальный закон по вопросам международного частного права, а имеется ряд законодательных актов, содержащих нормы в этой области. Число таких норм в последние годы растет.

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

2. Российская Федерация относится, таким образом, к группе стран, в которых не имеется такого единого акта, как закон о международном частном праве. Нормы, регулирующие соответствующие отношения, находятся в различных законах и иных отраслевых нормативных актах (ГК РФ, ГПК РФ, АПК РФ, КТМ РФ, ЗК РФ, СК РФ и т.д.) или же в законах, которые носят комплексный характер.

На какие наиболее важные акты внутреннего характера, действующие в России, следует обратить внимание?

К ним относятся:

- Конституция РФ (ст. 8, 17, 34, 62, 67, 74, 75, 80 и др.);
- Гражданский кодекс РФ (ст. 2, 5, 7 ГК РФ, разд. VI «Международное частное право» ГК РФ. Существенное значение для регулирования внешнеторговых сделок имеют положения разд. III «Общая часть обязательственного права» части первой ГК РФ и положения об отдельных видах обязательств части второй ГК РФ; часть четвертая ГК РФ, основанная на концепции полной кодификации действующего законодательства об интеллектуальной собственности;
- Земельный кодекс РФ;
- Семейный кодекс РФ (разд. VII);
- Трудовой кодекс РФ;
- Кодекс торгового мореплавания РФ;
- Воздушный кодекс РФ;
- Гражданский процессуальный кодекс РФ;
- Арбитражный процессуальный кодекс РФ;
- Основы законодательства РФ о нотариате от 11 февраля 1993 г.;

- Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. «О валютном регулировании и валютном контроле»;
- Закон РФ от 7 июля 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже»;
- Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»;
- Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. «О соглашениях о разделе продукции»;
- Федеральный закон от 2 октября 2007 г. «Об исполнительном производстве»;
- Федеральный закон от 29 октября 1998 г. «О финансовой аренде (лизинге)»;
- Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»;
- Федеральный закон от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»;
- Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»;
- Федеральный закон от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)»;
- Федеральный закон от 31 мая 2002 г. «О гражданстве Российской Федерации»;
- Федеральный закон от 25 июля 2002 г. «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»;
- Федеральный закон от 24 июля 2002 г. «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения».

Особенно подробное регулирование в области международного частного права содержится в разд. VI ГК РФ. Хотя разд. VI называется «Международное частное право», в нем содержатся лишь те нормы, которые относятся непосредственно к отношениям, регулируемым ГК РФ, причем в основном только коллизионные нормы и нормы об их применении, а не материально-правовые нормы, входящие в состав международного частного права (см. гл. 3 учебника).

За его рамками остаются соответствующие семейные, трудовые отношения, отношения в области международного гражданского процесса и др., которые

являются предметом регулирования других кодексов и законов, поэтому само название раздела нельзя признать удачным (И. В. Елисеев).

До вступления в действие части третьей ГК РФ соответствующие отношения являлись предметом регулирования Основ 1991 г., которые действовали в России.

В первом Гражданском кодексе РСФСР 1922 г. имелась одна статья с двумя примечаниями, предметом регулирования которых была область международного частного права.

Действующий в настоящее время разд. VI «Международное частное право» части третьей ГК РФ включает три главы: «Общие положения» (гл. 66), «Право, подлежащее применению при определении правового положения лиц» (гл. 67), «Право, подлежащее применению к имущественным и личным неимущественным отношениям» (гл. 68). В комментариях к разделу (А. Л. Маковский, В. П. Звеков и др.) отмечалось, что в данном разделе впервые осуществлена всеобъемлющая кодификация норм в этой области. Введен в действие целый свод коллизионных норм и правил. Сфера регулирования охватывает практически все основные институты международного гражданского обмена — правовое положение участников гражданского оборота (физических и юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, организаций, не являющихся юридическими лицами), особенности участия в частноправовых отношениях государства, опеку и попечительство, право собственности и другие вещные права, различные виды договоров, обязательства из односторонних сделок, обязательства вследствие причинения вреда, обязательства вследствие неосновательного обогащения, вопросы наследования.

Нормы международного частного права содержатся и в ряде других законов: Законе РФ от 21 февраля 1992 г. «О недрах», Законе РФ от 15 апреля 1993 г. «О вывозе и ввозе культурных ценностей», Федеральном законе от 22 июля 2005 г. «Об особых экономических зонах в Российской Федерации», Федеральном законе от 15 апреля 1998 г. «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй

мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации» и других законодательных актах.

3. Расширение законодательного регулирования в области международного частного права характерно для второй половины XX — начала XXI в. Наглядным свидетельством этой тенденции является собранное и переведенное на русский язык законодательство почти полсотни государств мира (Международное частное право: Иностранное законодательство / сост. и науч. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов; предисл. А. Л. Маковского. М., 2001. Материалы этого уникального издания широко используются в настоящем издании учебника).

Говоря о внутреннем законодательстве как источнике международного частного права, следует различать две группы государств.

В одной из них действуют специальные законы о международном частном праве. Такие законы были приняты в Австрии, Азербайджане, Бельгии, Болгарии, Венгрии, Венесуэле, Грузии, Италии, Корее, Лихтенштейне, Македонии, Польше, Румынии, Словении, Тунисе, Турции, Украине, Чехословакии, Швейцарии, Эстонии, Югославии. Законы о международном частном праве были приняты также в штате Луизиана (США), провинции Квебек (Канада).

В этих комплексных законах, как правило, содержится три раздела:

- 1) общие понятия (квалификация, установление содержания и пределов действия иностранного права, обратная отсылка и др.);
- 2) определение применимого права в широкой сфере отношений (в области гражданского, семейного, трудового права);
- 3) вопросы международного гражданского процессуального права (компетенция судов и иных органов государства при рассмотрении соответствующих дел в сфере международного частного права, процессуальные права иностранных граждан и юридических лиц, признание и исполнение иностранных судебных решений и др.).

В другой группе государств нормы международного частного права, иногда достаточно подробные, содержатся в различных законодательных актах.

Приведем основные данные о внутреннем законодательстве по международному частному праву ряда государств, относящихся как к первой, так и ко второй группе.

Австрия. В Законе о международном частном праве 1978 г. содержатся детальные правила по различным вопросам (личный закон, семейное право, право наследования, вещное право, право на нематериальные блага, обязательственное право, в том числе трудовой договор, неосновательное обогащение, обязательства из причинения ущерба), а также положения общего характера в отношении применения права, установившие коллизионную привязку к праву, с которым «фактические ситуации с иностранным элементом» наиболее тесно связаны.

Азербайджан. В Законе о международном частном праве 2000 г. содержатся коллизионные нормы. Закон состоит из следующих глав: общие положения, лица, сделки, вещное право, договорные обязательства, внедоговорные обязательства, право наследования. Нормы в области процессуального права закон не содержит.

Бельгия. Закон о международном частном праве 2004 г.

Болгария. Кодекс международного частного права был принят в 2005 г. В нем имеется 124 статьи.

Венгрия. Закон о международном частном праве был принят в 1979 г. В гл. I «Общие положения» этого Закона регулируются вопросы квалификации, обратной отсылки, установления содержания иностранного права, взаимности, публичного порядка. Глава 11 посвящена лицам (гражданам, государству как субъекту правоотношений, юридическим лицам); гл. III — праву интеллектуальной собственности; гл. IV — праву собственности; гл. V — обязательствам; гл. VI — наследованию; гл. VII — семейному праву; гл. VIII — трудовому праву; гл. IX — вопросам юрисдикции; гл. X — правилам процесса; гл. XI — признанию и исполнению решений иностранных судов и других органов.

Венесуэла. В Законе о международном частном праве 1998 г. содержатся положения как общего, так и частного характера. В этом Законе значительное место занимают правила по вопросам международного гражданского процесса.

Грузия. В Законе о международном частном праве 1998 г. содержатся наряду с материальными и коллизионными нормами также нормы международного гражданского процессуального права.

В этом Законе имеются следующие главы: гл. I — общие положения, гл. II — международная компетенция судов Грузии, гл. III — лица, гл. IV — сделки, гл. V — вещное право, гл. VI — обязательственное право, гл. VII — семейное право, гл. VIII — наследственное право, гл. IX — процессуальные нормы.

Китайская Народная Республика. 15 марта 1999 г. был принят Закон о хозяйственных договорах, который вступил в силу с 1 октября 1999 г. (одновременно прекратили свое действие Закон о международных хозяйственных договорах 1985 г. и ряд актов, регулирующих импорт технологии). Он подлежит применению ко всем договорам, заключаемым китайскими организациями как между собой, так и с иностранными контрагентами.

В законодательстве КНР есть ряд актов, определяющих правовой режим инвестиций и совместных предприятий с участием иностранного капитала, а также предприятий, полностью принадлежащих иностранному капиталу, правовой режим особых экономических зон, передачи технологии.

12 апреля 1986 г. были приняты Общие положения гражданского права КНР. В них содержится ряд коллизионных норм: о применении права по вопросам гражданской дееспособности (ст. 143), права собственности на недвижимое имущество (ст. 144), о деликтных обязательствах (ст. 146), семейных отношениях (ст. 147), наследовании (ст. 149). Законодательное регулирование в КНР дополняется руководящими указаниями Верховного народного суда. В 1991 г. был принят Закон о гражданской процедуре (в нем содержатся положения о международном гражданском процессе).

Македония. Закон о международном частном праве от 4 июля 2007 г.

Польша. Основным источником международного частного права является Закон о международном частном праве 1965 г., содержащий коллизионные нормы гражданского, трудового и семейного права. Наряду с этим Законом в области международного частного права действуют отдельные нормы, содержащиеся в

Законе о воздушном праве 1962 г., Законе о морском праве 1961 г. и в ряде других актов. Вопросы процессуального характера подробно регулируются Гражданским процессуальным кодексом 1964 г.

Республика Корея. В 1962 г. был принят Закон о коллизиях законов, а в 1991 г. — Закон о международном судебном содействии по гражданским делам. В 2001 г. был принят Закон о международном частном праве.

Румыния. Действует Закон о международном частном праве 1992 г.

Словения. Действует Закон о международном частном праве и процессе 1999 г.

Тунис. В 1998 г. принят Кодекс международного частного права. Вступил в силу 1 марта 1999 г.

Турция. С 12 декабря 2007 г. действует Закон от 12 ноября 2007 г. о международном частном праве и международном гражданском процессе.

Украина. С 1 сентября 2005 г. вступил в силу Закон Украины о международном частном праве 2005 г. В этом Законе имеются коллизионные нормы гражданского, семейного и трудового права; положения, относящиеся к международному гражданскому процессу.

Чехия и Словакия. Закон о международном частном и процессуальном праве Чехословакии 1963 г. подробно регламентирует обязательственные, трудовые, наследственные и семейные отношения с иностранным элементом, а также вопросы процессуального характера. Он сохранил свое действие в Чехии и Словакии.

Наряду с этим международные вопросы, касающиеся собственности, регулируются параграфами 729—755 Торгового кодекса Чехии 1991 г. С 1 января 1995 г. в Чехии действует новый Закон об арбитраже в международных торговых отношениях и об исполнении арбитражных решений.

Швейцария. Закон о международном частном праве 1987 г. является наиболее подробным, состоит из 200 статей. Особенность структуры этого Закона заключается в том, что каждый из его подразделов содержит параграфы, регулирующие три основополагающих вопроса: юрисдикцию, применимое право и исполнение иностранных решений, что делает его четким и стройным. В ст. 15 этого Закона, как



и в австрийском законе, предусмотрена коллизионная привязка к праву, с которым обстоятельства дела связаны наиболее тесным образом. Швейцарский Закон наряду с общими положениями в области международного частного права содержит положения о месте жительства и месте пребывания физических и юридических лиц, гражданстве, признании и исполнении решений судов и других органов иностранных государств. Специальные главы посвящены статусу физических лиц, семейному праву, правам детей, опеке, наследованию, вещному праву, правам на нематериальные блага (интеллектуальная собственность), обязательственному праву, праву товариществ, конкурсному производству, международной арбитражной подсудности. Таким образом, в этом Законе содержатся нормы, обычно не включаемые в законодательные акты подобного рода.

Эстония. В 2002 г. был принят Закон о международном частном праве, в котором наряду с общими положениями содержатся коллизионные и иные нормы о физических и юридических лицах, вещных правах, наследственном праве, обязательственном праве, внедоговорных отношениях, в том числе о деликтных обязательствах.

Особенностью Закона является включение в него специальных правил о трудовых договорах, договорах страхования, семейном праве. Положений в области международного гражданского процесса Закон не содержит.

Сербия, Черногория, Хорватия. В Сербии и Черногории действует Закон Югославии о разрешении коллизий законов с правилами других стран 1982 г. В Хорватии этот Закон с небольшими изменениями был введен в действие Законом от 26 июня 1991 г. В первой главе (ст. 1—13) даются общие положения, касающиеся сферы действия Закона, применения иностранного права (оговорка о публичном порядке, установление содержания иностранного права и т.п.), действительности сделок, исковой давности, определения применимого права в отношении лиц с множественным гражданством и лиц без гражданства. Вторая глава (ст. 14—45) содержит коллизионные нормы о право- и дееспособности, опеке, признании лица умершим, праве собственности и других вещных правах, договорах, внедоговорной

ответственности за причинение вреда, наследовании, заключении и расторжении брака, признании его недействительным, о личных и имущественных отношениях супругов и лиц, находящихся в фактических брачных отношениях, об отношениях между родителями и детьми, установлении отцовства и алиментировании, а также об усыновлении. Третья глава (ст. 46—85) посвящена компетенции судов и других органов страны по делам с иностранным элементом и положению иностранцев в процессе (процессуальная дееспособность, учет судом процесса по тому же делу, ведущегося за границей, обеспечение иностранцами уплаты судебных расходов). Четвертая глава (ст. 86—101) посвящена признанию и исполнению иностранных судебных и арбитражных решений. Главы пятая (ст. 102—106) и шестая (ст. 107—109) содержат некоторые дополнительные и переходные положения.

Остановимся на состоянии законодательного регулирования в области международного частного права и в ряде других государств.

Во Вьетнаме основные положения международного частного права содержатся в ч. 7 Гражданского кодекса 1995 г., а также в Законе о браке и семье 1986 г., Торговом кодексе 1997 г. и других актах.

В действовавшем до 1986 г. в Германии Вводном законе к ГГУ содержалась определенная система коллизионных норм (ст. 7—31), однако в ней отсутствовали нормы по многим существенным вопросам (прежде всего в области обязательственного права). С 1 сентября 1986 г. в ФРГ вступил в силу Закон о новом регулировании в области международного частного права от 25 июля 1986 г. (Закон о международном частном праве), которым были заменены соответствующие статьи Вводного закона к ГГУ. Там имеются также нормы о подсудности в области семейного права. Одновременно в этот Закон были включены правила Римской конвенции 1980 г. и проведен ряд других изменений. Тем самым установлена система коллизионных норм, предусматривающих применение права в отношении формы сделок, заключения и расторжения брака, прав детей, опеки и попечительства, наследственного права, обязательственного и трудового права, процессуальных вопросов. С 1 июня 1999 г. вступил в силу Закон о международном частном праве для

внедоговорных обязательственных отношений и для вещей. В соответствии с этим Законом во Вводный закон к ГГУ включены новые статьи (38—46). Законом от 27 июня 2000 г. во Вводный закон внесены отдельные добавления. Нормы международного процессуального права содержатся также в Гражданском процессуальном кодексе и в других законах.

Закон как источник международного частного права обычно имеет меньшее значение, чем судебная практика. Этим объясняется то обстоятельство, что отдельные нормы международного частного права во многих западных государствах содержатся в различных законодательных актах, однако эти положения малочисленны.

Во Франции в Гражданском кодексе 1804 г. (так называемом Кодексе Наполеона) имеется ряд статей, относящихся к правам иностранцев. Есть и другие нормативные акты в этой области. Во Франции еще в 1959 г. был подготовлен первый проект закона по международному частному праву. В 1969 г. на его основании появился новый проект такого закона.

В Италии 31 мая 1995 г. принят Закон о реформе итальянской системы международного частного права (вступил в силу с 1 сентября 1995 г.). Статьи по вопросам действительности иностранных судебных решений и правовых актов вступили в силу с 1 января 1996 г.

На Кубе основные положения по вопросам применения права содержатся в Гражданском кодексе 1987 г. и Семейном кодексе 1975 г.

В Латвии было восстановлено действие Гражданского закона 1937 г., в котором содержится ряд коллизионных норм.

В Литве в 2001 г. был принят новый Гражданский кодекс, 52 статьи которого содержат коллизионные нормы. Правила в области международного гражданского процесса имеются в Гражданском процессуальном кодексе Литвы 2002 г.

В Лихтенштейне с 1 января 1997 г. вступили в силу два закона: Закон о международном частном праве от 19 сентября 1996 г. и Закон об изменении регулирования норм о лицах и товариществах, в котором особый интерес

представляют положения о переносе в Лихтенштейн из-за границы объединений и о правовом положении в Лихтенштейне иностранных обществ.

В Монголии соответствующие нормы имеются в Гражданском кодексе 2002 г. (разд. VI), Семейном кодексе 1999 г. Правила по вопросам международного частного права находятся в Трудовом кодексе 1999 г. и в Гражданском процессуальном кодексе Монголии 2002 г.

В Нидерландах 1 мая 2008 г. вступил в силу Закон от 25 февраля 2008 г. о коллизионном регулировании вещного права. Это акт из серии нидерландских законов о коллизионных нормах в области международного частного права.

В последние десятилетия в Великобритании в области международного частного права, где ранее безраздельно господствовали судебная практика, судебный прецедент, определенное место начинает занимать законодательство. Это объясняется рядом факторов, прежде всего усилением вмешательства государства в хозяйственную жизнь, в том числе и во внешнеэкономической сфере. Существенное значение имело вступление Великобритании в ЕЭС, что сделало необходимым издание ряда законодательных актов с целью имплементации конвенций Европейского сообщества в английское право.

За сравнительно непродолжительный период времени в Великобритании были приняты законы об арбитраже 1975 г. и 1996 г., Закон о завещаниях 1963 г., Закон об усыновлении 1968 г., Закон о признании судебных решений о разводе и раздельном жительстве супругов 1971 г., Закон о доказательствах при судопроизводстве и других юрисдикциях 1975 г., а также ряд законов, регулирующих морские, железнодорожные и автомобильные перевозки, и др. Особый интерес представляет Закон о государственном иммунитете 1978 г., принятый в соответствии с Европейской конвенцией об иммунитете государства от 16 мая 1972 г., Закон о праве, применимом к договорам, 1990 г., Закон о международном частном праве (различные положения) 1995 г., в котором содержатся правила лишь по отдельным вопросам.

В США и Великобритании определенное значение имеют частные кодификации, составленные на основе обобщения судебных прецедентов (см. об этом в § 4

настоящей главы). Однако в отдельных штатах США приняты законы в этой области. Так, в штате Луизиана в 1991 г. был принят Закон о международном частном праве. В провинции Квебек (Канада) с 1 января 1994 г. вступила в силу книга X нового Гражданского кодекса, представляющая собой кодификацию положений международного частного права (включая международный гражданский процесс), там содержится почти 100 статей.

Не умаляя значения судебной и арбитражной практики как источника международного частного права, следует отметить тенденцию к созданию в этой области законодательных норм. Кодификационные работы в этой области ведутся наряду с Францией и в других государствах Запада.

Новые правила в области международного частного права, в основном относящиеся к брачным и семейным отношениям, приняты в Японии в 1989 г. (вступили в силу с 1 января 1990 г.). В Испании в главу «Нормы международного частного права» Гражданского кодекса в 1990, 1999 и 2000 гг. вносились изменения.

В ряде развивающихся стран (например, Алжире, Египте, Ираке, Перу, Сирии) коллизионные нормы содержатся в гражданских кодексах. Так, в Гражданском кодексе Алжира коллизионные нормы имеются в ст. 9—24 (применение права при определении вопросов личного статуса лица, в области права собственности и обязательств, применение закона страны гражданства мужа в случаях расторжения смешанных браков и др.). Коллизионные нормы Гражданского кодекса Египта 1948 г. оказали влияние на законодательство ряда стран. Коллизионные нормы включены в ст. 2046—2111 Гражданского кодекса Перу 1984 г.

Наряду с коллизионными нормами в гражданских кодексах развивающихся стран содержатся правила, направленные на освобождение экономики этих стран от влияния иностранного капитала (правила о правовом положении иностранных компаний). В Индии значительное место в качестве источника международного частного права сохраняется за судебной практикой.

В большинстве африканских государств в целях правового регулирования иностранных капиталовложений приняты специальные инвестиционные законы и

кодексы. В инвестиционных кодексах определяются правовое положение смешанных предприятий, правила национализации частной иностранной собственности, перевода прибылей, положения об арбитраже и т.д. Большое значение имеют принятые в ряде латиноамериканских государств (Мексике, странах Андской группы) специальные законы о приобретении иностранной технологии.

### **Судебные прецеденты и судебная практика**

1. Под судебным прецедентом обычно понимается ранее вынесенное решение суда, обоснование которого признается обязательным при рассмотрении судами той же или низших инстанций последующих дел аналогичного характера, а под прецедентным правом — совокупность норм, сформулированных в решениях судов. Такая система действует в большинстве стран так называемой англо-американской системы права (Австралия, Великобритания, Канада, Новая Зеландия и США). Поэтому в государствах этой системы, в которых международное частное право понимается как коллизионное, судебные прецеденты рассматриваются в качестве основного источника международного частного права. На основе обобщения судебных прецедентов в Великобритании и в США были составлены сборники прецедентов в области международного частного права. Наиболее известная частная кодификация такого рода в Великобритании содержится в неоднократно переиздававшемся Курсе Дэйси по коллизионному праву, а в США — в составленном в 1934 г. Американским институтом права первом «Своде законов о конфликте законов» на основе трехтомного Курса Биля и во втором «Своде законов о конфликте законов», вышедшем в 1971 г.

Если ранее поиски подлежащих применению прецедентов в этих странах требовали большой затраты времени и средств, то в условиях применения современных технических средств ситуация изменилась коренным образом. Как уже отмечалось, участие Великобритании в ЕЭС (затем в ЕС) привело к увеличению роли законодательства как источника международного частного права, поскольку

потребовалось принять ряд законодательных актов для имплементации конвенций сообщества, а затем регламентов и директив ЕС в английское право.

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

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

2. В современной российской правовой доктрине неоднократно возникали предложения о признании судебных решений источником права. Однако в действующем законодательстве нормативный характер признается лишь в отношении выносимых Конституционным Судом РФ постановлений в процессе толкования права, и такие постановления, затрагивающие область международного частного права, уже принимались. Так, в 1999 г. было принято постановление по делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона от 15 апреля 1998 г. «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации». Ряд положений этого Закона Суд признал не соответствующими Конституции, в частности, он ограничил круг культурных ценностей, подпадающих под действие Закона, установил, что за собственниками таких ценностей должно быть признано «право истребовать их в порядке обычной процедуры по основаниям, установленным гражданским и международным частным правом». Годом ранее, в 1998 г. Конституционный Суд РФ принял постановление по вопросам выплаты пенсий гражданам, выехавшим в другие страны. 9 июля 2012 г. было принято постановление

Конституционного Суда РФ по делу о проверке конституционности не вступившего в силу международного договора РФ — Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации, в котором были проанализированы положения оспариваемого документа на предмет соответствия Конституции РФ по содержанию норм в той части, в какой ими устанавливаются специфические обязательства Российской Федерации в отношении допуска лиц к оказанию юридических услуг на территории РФ, в том числе по вопросам международного частного права. Постановлением Протокол в оспариваемой части был признан соответствующим Конституции РФ. Согласно ст. 126 Конституции РФ высшим судебным органом по гражданским делам, разрешению экономических споров, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам, образованным в соответствии с федеральным конституционным законом, является Верховный Суд РФ. Этому высшему судебному органу, согласно Конституции, предоставлено право давать разъяснения по вопросам судебной практики. Постановления Пленума Верховного Суда РФ обязательны для соответствующих судов. Обязательными остаются сохранившие силу постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам судебной практики, а также сохранившие силу постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ. Таким образом, хотя судебная практика не является источником права в России, ее значение для толкования норм в процессе их применения в области международного частного права, особенно государственными арбитражными судами, несомненно. Поскольку значительное число споров в области международного частного права рассматривается в России не в государственных судах, а в третейских судах (в так называемых международных коммерческих арбитражных судах), представление об арбитражной практике этих судов дают издаваемые ими комментарии и сборники решений. Систематизированная информация о практике МКАС была издана за 1995 г., 1996—1997 гг., 1998 г., 1999-2000 гг., 2001-2002 гг., 2003 г., 2004 г., 2005 г., 2006 г., 2007—2008 гг. Последний такой сборник был издан в 2010 г. Под арбитражной практикой в области международного частного права понимается практика



третейских судов, практика так называемого международного коммерческого арбитража (см. гл. 19 учебника), а не практика государственных арбитражных судебных органов.

### **Обычай**

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

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

В ГК РФ обычаи (в Кодексе применен термин «обычаи делового оборота») фактически признаны вспомогательным источником права. Под обычаем делового оборота признается, согласно ст. 5 ГК РФ, «сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того,

зафиксировано ли оно в каком-либо документе» («сложившееся», т.е. достаточно определенное в своем содержании в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, «зафиксировано ли оно в каком-либо документе», т.е. опубликовано в печати, изложено во вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т.д.).

Если условие договора не определено сторонами или диспозитивной нормой, соответствующие условия определяются обычаями делового оборота, применимыми к отношениям сторон (п. 5 ст. 421 ГК РФ). В информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 1996 г. «Обзор практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц», а также в информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 февраля 1998 г. «Обзор судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц» было обращено внимание арбитражных судебных органов на применение обычаев в сфере международной торговли, в частности на использование формулировок Инкотермс, если стороны договорились об этом. Инкотермс — это международные правила толкования торговых терминов, впервые изданные в 1936 г. МТП в Париже. Поправки и дополнения вносились в первоначальный текст Правил 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010 гг. В конкретном случае, рассмотренном арбитражным судом, стороны (российское акционерное общество и английская фирма) договорились о том, что поставка продукции будет осуществляться на условиях CIF (морская перевозка) в редакции Инкотермс 1990 г. С 1 января 2011 г. действуют Инкотермс-2010.

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

МКАС в соответствии с Законом о международном коммерческом арбитраже 1993 г. (п. 3 ст. 28) и Регламентом 2005 г. (§ 26) учитывает торговые обычаи, применимые к конкретной сделке. При этом он применяет не только Инкотермс, которые подлежат

использованию при наличии ссылки на них в контракте, но и вообще обычаи, широко известные в международной торговле, о которых стороны знали или должны были знать, включая в контракт этот торговый термин.

В качестве примера приведем сформулированное М. Г. Розенбергом резюме к решению МКАС от 15 ноября 1995 г. по делу № 373/1994: «Поскольку в соответствии с контрактом поставка должна была производиться на условиях СРТ (что означает «перевозка оплачена до...»), МКАС истолковал примененный сторонами международный торговый термин СРТ в соответствии с пониманием, принятым в международной коммерческой практике, и возложил на продавца не оплаченные им расходы по перевозке товаров по железной дороге до Москвы».

Принятые в международной торговой практике обычаи применяются арбитражным судом в тех случаях, когда это обусловлено в договоре, из которого возник спор, и тогда, когда к обычаям отсылает норма права, подлежащего применению к спорному правоотношению, а также если применение обычая основывается на положениях международного договора, действующего в отношениях между государствами, к которым принадлежат стороны в споре. Кроме того, в арбитражной практике допускается применение торговых обычаев и в случаях, когда в нормах права, подлежащего применению к спорному вопросу, не содержится необходимых указаний, а обращение к торговому обычаю вытекает из характера условия, относящегося к спору, например условия, обозначенного одним из распространенных в международной торговле терминов «франко», «FOB», «CIF» и т.п. Вследствие расхождения в содержании торговых обычаев, применяемых в отдельных странах, в практике МКАС принимается во внимание (при установлении содержания обычая) опыт внешнеторговых отношений между соответствующими странами и практика применения сторонами обычно принятых в торговых отношениях условий, связанных с обычаем, необходимость в обращении к которому возникла при разбирательстве спора.

От обычаев следует отличать обыкновения, складывающиеся в практике торговых сделок и определяющие детали этих сделок. С торговыми обыкновениями

приходится сталкиваться в области морских перевозок. Они складываются, например, в портах. Обыкновения могут регулировать взаимоотношения сторон только в тех случаях, когда стороны в той или иной форме признали необходимым применение обыкновений какого-либо морского порта.

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

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

### **Роль доктрины международного частного права**

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

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

### **Глава 3. Общие понятия международного частного права**

#### **Коллизионный и материально-правовой методы регулирования**

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

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

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

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

Недостатки коллизионного метода состоят в следующем.

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

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

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

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

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

Расширение применения материально-правовых норм, содержащихся в международных соглашениях, непосредственно связано с развитием интернационализации хозяйственной жизни. Благодаря этому методу создаются единообразные материально-правовые нормы, регулирующие торговые, производственные, научно-технические, транспортные и иные связи между организациями и фирмами различных государств. Значением в современных условиях применения материально-правовых норм, унифицированных в таких соглашениях, как Венская конвенция 1980 г., объясняется включение в часть третью ГК РФ п. 3 ст. 1186. В этом пункте предусмотрено следующее положение: «если международный договор Российской Федерации содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующему отношению, определение на основе коллизионных норм права, применимого к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами, исключается».

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

Преимущества применения материально-правового метода состоят в следующем.



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

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

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

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

В отечественной литературе было высказано мнение и о том, что материально-правовые нормы в сфере международного частного права могут создаваться также в рамках внутреннего законодательства. В условиях монополии внешней торговли в

стране прямые нормы, регулирующие отношения в сфере международного частного права, имели определенное значение. Однако для современных условий характерна иная тенденция. Так, перестал действовать особый порядок подписания внешнеэкономических сделок, к содержанию сделок стали шире применяться общие положения гражданского законодательства. Точно так же при регулировании иностранных инвестиций за определенными исключениями сохраняется тенденция к созданию общего режима для всех инвесторов, как отечественных, так и иностранных (см. гл. 8 учебника).

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

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

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

Наряду с такими международными соглашениями в международной практике конца XX — начала XXI в. все большее значение приобретают унифицированные правила международного торгового права, которые, не будучи обязательными для применения сторонами в контракте, путем факультативного их применения (при наличии согласия сторон) существенным образом сужают возможность и необходимость применения коллизийных норм. К числу документов универсального характера относятся Принципы международных коммерческих договоров, разработанные и принятые в 1994 г. УНИДРУА, участником которого

является Россия. Текст Принципов УНИДРУА сопровождается комментарием, призванным способствовать их пониманию. Принципы действуют исключительно в отношении международных торговых контрактов и представляют собой автономную, не связанную с каким-либо национальным правом систему. Наряду с другими аналогичными документами они призваны обеспечить переход к такому положению, когда в области регулирования торговых сделок национальное право вообще не будет применяться. В 2004 г. была принята вторая редакция Принципов УНИДРУА. На сегодняшний день разработана и действует новая редакция Принципов, принятая в 2010 г.

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

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

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

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

### **Национальный режим и режим наибольшего благоприятствования**

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

В России этот принцип в отношении иностранных граждан закреплен в Конституции. Согласно ч. 3 ст. 62 Конституции РФ иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с

гражданами РФ, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ.

Согласно ст. 3 Закона о правовом положении иностранных граждан 2002 г. иностранные граждане пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами РФ, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом.

Таким образом, принцип национального режима сформулирован в Конституции РФ более широко, чем в Законе, поскольку этот принцип подлежит применению не только к иностранным гражданам, но и к лицам без гражданства. Исключения из него допускаются лишь на основании федеральных законов, а не любых других законодательных актов. Из этого следует, что законодательство субъектов РФ не может вводить какие-либо ограничения прав иностранцев.

В области гражданского права применение национального режима наиболее широким образом предусмотрено абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ, в котором говорится: «Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом». О национальном режиме говорится в ряде других законодательных актов, в частности в ст. 5 Закона «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений», в гл. 4 Закона об иностранных инвестициях 1999 г. Из международных соглашений сошлемся прежде всего на Минскую конвенцию 1993 г., Кишиневскую конвенцию 2002 г. и многочисленные двусторонние договоры о правовой помощи, о поощрении и взаимной защите капиталовложений, а также на такие универсальные многосторонние соглашения, как Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. (см. гл. 14 учебника).

Национальный режим применяется в международных торговых договорах в ограниченном числе случаев, например по некоторым вопросам торгового мореплавания. Кроме того, предоставление национального режима

предусматривается в отношении свободного доступа иностранных юридических лиц и граждан в суды. Национальный режим применяется в договорах о правовой помощи, социальном обеспечении (судебная защита, предоставление трудовых и иных прав на основе национального режима).

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

От национального режима следует отличать режим наибольшего благоприятствования. На основании предоставления этого режима иностранные лица пользуются максимумом тех прав, которые предоставлены лицам другого государства, что и объясняет само выражение «наибольшее благоприятствование». В обычном (неюридическом) языке, применяя этот термин, имеют в виду создание для кого-то самых лучших, благоприятных условий. В действительности это не так, режим наибольшего благоприятствования отличается от национального режима тем, что в силу режима наибольшего благоприятствования в равное положение ставятся иностранные организации и иностранные граждане между собой, а в силу национального режима они ставятся в равное положение с отечественными лицами. Точно так же не должно вводить в заблуждение применение в законодательстве об иностранных инвестициях и в соглашениях о защите иностранных инвестиций указаний на то, что им должен предоставляться не менее благоприятный режим, чем правовой режим, предоставляемый отечественным инвесторам, поскольку в данных случаях имеется в виду предоставление национального режима. В отличие от национального режима принцип наибольшего благоприятствования может быть предусмотрен только в международном договоре.

Комиссией международного права ООН был разработан проект статей о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации. Согласно этому проекту, юридическая сущность клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации как договорного положения состоит в обязательстве государства предоставить другому государству

режим наиболее благоприятствуемой нации в определенной сфере отношений. В тексте проекта в конечном счете Комиссия применила термин «не менее благоприятный, чем режим, распространенный на третье государство». Согласно принципу наибольшего благоприятствования иностранным юридическим и физическим лицам в торговле, мореплавании или в иных областях предоставляется такой же режим, какой предоставляется или будет предоставляться юридическим и физическим лицам третьей страны. Режим в области торговли, мореплавания, правового положения иностранных организаций, применяемый к одному иностранному государству, с которым заключен торговый договор, будет применяться и к любому другому государству, с которым также заключен торговый договор на основе принципа наибольшего благоприятствования. Таким образом, в силу этого режима создаются равные условия для всех иностранных государств, их организаций, фирм и граждан в отношении тех вопросов торговли, которые предусмотрены торговым договором.

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

В Соглашении предусматривалось, что Российская Федерация может предоставить странам СНГ большие преимущества, чем другим странам, тем самым речь шла об изъятиях из режима наибольшего благоприятствования.

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

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

### **Взаимность и реторсия**

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

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

Сущность взаимности состоит в предоставлении физическим и юридическим лицам иностранного государства определенных прав при условии, что физические и юридические лица предоставляющего эти права государства будут пользоваться



аналогичными правами в данном иностранном государстве. Вводя оговорку о взаимности в международный договор, государство преследует цель обеспечить своим организациям и гражданам за границей пользование определенными правами. Поскольку в законодательствах государств имеются значительные различия, в отношении взаимности возникают определенные сложности.

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

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

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

Под материальной взаимностью понимается предоставление иностранным физическим и юридическим лицам в стране пребывания тех же конкретных прав, которыми пользуются в данном иностранном государстве отечественные граждане и юридические лица.

Материальная взаимность может применяться в различных случаях (в области налогообложения, льгот для иностранных инвесторов, страхования гражданской ответственности водителей транспортных средств).

При формальной взаимности иностранным физическим и юридическим лицам предоставляются те права, которыми пользуются отечественные граждане. Иными словами, формальная взаимность предполагает уравнивание иностранцев в стране пребывания в правах и обязанностях с местными гражданами и юридическими

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

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

Иностранные граждане и лица без гражданства, постоянно находящиеся на территории РФ, имеют право на получение компенсационных выплат согласно Федеральному закону от 25 апреля 2002 г. «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств». Однако временно находящиеся на территории РФ граждане иностранного государства имеют такое право лишь в случае, если в соответствии с законодательством этого иностранного государства аналогичное право предоставлено гражданам РФ.

Принцип взаимности используется в различных двусторонних международных договорах, заключенных Россией с другими государствами (например, в Соглашении между Правительством РФ и Правительством Украины о сотрудничестве в области охраны промышленной собственности от 30 июня 1993 г., в Соглашении о торговых и коммерческих отношениях между Российской Федерацией и Канадой от 19 июня 1992 г. и др.).

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

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

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

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

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

Из приведенного текста ст. 1189 следует, что требование наличия взаимности не устанавливается в качестве условия для применения иностранного права. Применение иностранного права, как правило, носит безусловный характер. Правило ст. 1189 имеет практическое значение не только для суда или иного органа (например,

прокуратуры, нотариата), который обязан применять иностранное право. Оно имеет значение и для стороны в споре, стремящейся по тем или иным причинам путем ссылки на отсутствие взаимности добиться того, чтобы суд отказался от применения иностранного права.

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

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

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

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

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

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

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

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

Такой подход получил дальнейшее подтверждение в разработанной в 2000 г. Концепции внешней политики Российской Федерации, в которой было предусмотрено, что Российская Федерация будет добиваться адекватного обеспечения прав и свобод соотечественников в государствах, где они постоянно проживают. Сохранился он и в новых редакциях Концепции 2008 г. и 2013 г. В Концепции, в частности, подчеркивается, что неперенным условием развития

отношений с Литвой, Латвией и Эстонией и взаимовыгодного сотрудничества с этими странами «является уважение данными государствами российских интересов, в том числе в стержневом вопросе о соблюдении прав русскоязычного населения».

В области внешнеторговой деятельности применение ответных мер предусмотрено Законом об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности 2003 г. В этом Законе предусматривается, что Правительство РФ может вводить ограничения внешней торговли товарами, услугами и интеллектуальной собственностью. Такие ограничения вводятся, если иностранное государство не выполняет принятые им по международным договорам обязательства в отношении Российской Федерации, принимает меры, которые нарушают экономические интересы Российской Федерации, муниципальных образований или российских лиц, не предоставляет российским лицам адекватную и эффективную защиту их законных интересов, не предпринимает разумных действий для борьбы с противоправной деятельностью физических и юридических лиц этого государства на территории РФ (ч. 1 ст. 40). Ограничительные меры вводятся в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права (ч. 2 ст. 40).

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

### **Структура и содержание коллизионных норм**

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

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

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

Она была воспринята во втором Своде законов о конфликте законов США (1971 г.), представляющем собой неофициальную кодификацию, в Законе о международном частном праве Австрии 1978 г., Венгрии 1979 г., Германии 1986 и 1999 гг., Грузии 1998 г., Украины 2005 г., Швейцарии 1987 г., Эстонии 2002 г., в Гражданском кодексе 1991 г. Квебека (Канада), в Законе о договорах КНР 1999 г., а также в гражданских кодексах Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Узбекистана.

Из международных соглашений правило «наиболее тесной связи» применено в Римской конвенции 1980 г., Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. Это же правило закреплено в заменившем Римскую конвенцию 1980 г. Регламенте ЕС «Рим I».

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

Приведем текст абз. 1 п. 1 ст. 1186: «1. Право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей, определяется на основании международных договоров Российской Федерации, настоящего Кодекса, других законов (пункт 2 статьи 3) и обычаев, признаваемых в Российской Федерации».

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

Существенным дополнением приведенного общего положения является п. 2 ст. 1186. В этом пункте предусмотрено следующее: «Если в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано».

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

Тот же принцип использован в случае применения права страны с множественностью правовых систем, в случае если невозможно определить в соответствии с правом этой страны, какая из правовых систем подлежит применению (ст. 1188 ГК РФ). В отношении применения права к договорным отношениям, согласно п. 1 ст. 1211 ГК РФ, «если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или другим законом, при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится место



жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора». То есть содержание принципа «тесной связи» в данной норме уже раскрыто законодателем. Тот же принцип предусмотрен в ст. 1213 в отношении определения права, подлежащего применению к договору в отношении недвижимого имущества (ст. 1213), и к уступке требования (п. 1 ст. 1216). Согласно п. 1 ст. 1213 при отсутствии соглашения сторон о праве, подлежащем применению к договору в отношении недвижимого имущества, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Правом страны, с которой такой договор наиболее тесно связан, считается, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где находится недвижимое имущество. Правила о применении права, в основу которых положен принцип «тесной связи», доктрина относит к категории так называемых гибких коллизионных норм.

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

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

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

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

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

- личный закон физического лица (*lex personalis*), разновидностями которого являются закон гражданства лица (*lex patriae*) и закон места жительства лица (*lex domicilii*). Применяются при регулировании отношений с участием граждан (определение правоспособности и дееспособности) - ст. 1195, 1196, 1197 ГК РФ, ст. 156 СК РФ, п. 1 и 2 ст. 23 Минской конвенции 1993 г., ст. 26 Кишиневской конвенции 2002 г.;
- личный закон юридического лица (*lex societatis*). Указывает на государственную принадлежность юридического лица (обычно условно в международном частном праве говорят «о национальности» юридического лица) — ст. 1202 ГК РФ, п. 3 ст. 23 Минской конвенции 1993 г., п. 3 ст. 26 Кишиневской конвенции 2002 г.;
- закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*). Применяется в отношении права собственности и иных вещных прав, в области наследования — ст. 1205, 1205.1, 1213, 1224 ГК РФ, ст. 38, 45, 46 Минской конвенции 1993 г., ст. 41, 48, 49 Кишиневской конвенции 2002 г.;
- закон места совершения акта (*lex loci actus*). Применяется в различных вариантах при определении формы договора, формы и сроков действия доверенности, в области наследования и др. — ст. 1209, 1217, 1217.1 ГК РФ, ст. 39, 40, 41 Минской конвенции 1993 г., ст. 42— 44 Кишиневской конвенции 2002 г.;
- закон места заключения договора (*lex loci contractus*) и закон места исполнения договора (*lex loci solutionis*). Применяются в области обязательственного права в законодательстве ряда стран;
- закон страны места выполнения работы (*lex loci laboris*). Применяется в законодательстве ряда стран в области трудовых отношений;
- закон места совершения правонарушения (*lex loci delicti commissi*). Применяется в отношении обязательств вследствие причинения вреда — ст. 1219 ГК РФ, ст. 42 Минской конвенции 1993 г., ст. 45 Кишиневской конвенции 2002 г.;

- закон места заключения брака (*lex loci celebrationis*). Применяется в законодательстве ряда стран, регулирующем семейные отношения;
- закон флага (*lex flagi*). Применяется в области торгового мореплавания — ст. 415 КТМ РФ;
- закон, регулирующий существо отношения (*lex causae*). Применяется в ряде стран в основном в области обязательственного права;
- закон страны суда, разрешающего спор (*lex fori*). Применяется в области гражданского процесса. Суд по вопросам гражданско-процессуального характера применяет свое право;
- закон, избранный арбитрами (*lex arbitri*). В ряде стран, в том числе и в России, при отсутствии какого-либо указания сторон международный коммерческий арбитраж применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми, — абз. 2 п. 1 ст. 1186 ГК РФ, ст. 28 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г.;
- закон места нахождения суда, осуществляющего конкурсное производство (*lex fori concursus*). Применяется в области трансграничного банкротства.

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

4. Для понимания сущности коллизионных норм, их содержания и пределов их действия необходимо обратиться к классификации коллизионных норм.

Во-первых, имеются коллизионные нормы, установленные национальным правом, и нормы, установленные международным договором. Последние должны толковаться с учетом их международного характера.

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

большому числу сделок, поскольку для сторон предусмотрена возможность выбора иного права.

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

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

В-четвертых, коллизионные нормы в зависимости от числа привязок делятся на однозначные и кумулятивные. Под однозначными понимаются нормы, содержащие одну привязку, однако могут применяться нормы, в которых имеются две или три и более коллизионных привязок, которые могут быть альтернативными или кумулятивными. В последнем случае, как справедливо отмечалось в нашей доктрине, создается более гибкая и справедливая система, которая позволяет заинтересованному лицу сослаться на право страны, которое для него является наиболее благоприятным. Так, в отношении определения права, подлежащего применению к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуг, в ст. 1221 ГК РФ предусмотрено применение по выбору потерпевшего различных вариантов (альтернативные привязки). В качестве примера кумулятивной привязки можно привести норму части третьей ГК РФ в отношении права, подлежащего применению к форме сделки. В этой норме предусмотрено, что форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке.

Однако сделка не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования права страны места совершения сделки к форме сделки. Совершенная за границей сделка, хотя бы одной из сторон которой выступает лицо, чьим личным законом является российское право, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права к форме сделки (п. 1 ст. 1209 ГК РФ).

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

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

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

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

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

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

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

Эта статья сформулирована самым общим образом. В комментарии В. П. Звекова к этой статье обращено внимание на то, что эта статья, «используя общее понятие «правовые системы», охватывает, очевидно, их основные разновидности — как территориальные, так и иные («персональные») правовые системы». Известно, что в ряде государств Азии и Африки, особенно в сферах брачно-семейных и наследственных отношений, где сильны традиции и обычаи, к лицам различных

вероисповеданий или принадлежащим к различным племенам применяются различные правовые системы, прежде всего мусульманского права. Представляется, что наиболее удачно эта ситуация отражена в Гражданском кодексе Квебека (Канада), в котором применен термин «несколько правовых систем, подлежащих применению к различным категориям лиц» (ст. 3077).

Так, если возникнет необходимость применить к какому-либо отношению право США, нужно сначала установить, каким законодательством — федеральным или штата — регулируется отношение такого рода. Применимое право на практике в ряде случаев определяется не только в отношении какой-либо территории, но и в отношении лиц (интерперсональное право), и в отношении времени (интертемпоральное право). В нашей литературе обращалось внимание на то, что ст. 1188 ГК РФ может применяться только к действию норм иностранного права в пространстве и по кругу лиц (И. В. Елисеев).

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

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

- а) гражданская правоспособность и дееспособность юридических лиц и предпринимателей определяется по законодательству государства — участника СНГ, на территории которого учреждено юридическое лицо, зарегистрирован предприниматель;
- б) к отношениям, вытекающим из права собственности, применяется законодательство места нахождения имущества. Право собственности на транспортные средства, подлежащие внесению в государственные реестры, определяется по законодательству государства, где транспортное средство внесено в реестр;

- в) возникновение и прекращение права собственности или иного вещного права на имущество определяется по законодательству государства, на территории которого имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием возникновения или прекращения такого права. Возникновение и прекращение права собственности или иного вещного права на имущество, являющееся предметом сделки, определяется по законодательству места совершения сделки, если иное не предусмотрено соглашением сторон;
- г) форма сделки определяется по законодательству места ее совершения. Форма сделок по продаже строений, другого недвижимого имущества и прав на него определяется по законодательству места нахождения такого имущества;
- д) форма и срок действия доверенности определяются по законодательству государства, на территории которого выдана доверенность;
- е) права и обязанности сторон по сделке определяются по законодательству места ее совершения, если иное не предусмотрено соглашением сторон;
- ж) права и обязанности сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по законодательству государства, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда.

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

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

Какое значение имеют приведенные положения? Содержание коллизионных норм отдельных государств — участников соглашения может не совпадать. Приведенные правила о праве, подлежащем применению к тем или иным отношениям, призваны обеспечить единый подход к таким отношениям независимо от того, в какой стране — участнице соглашения рассматривается спор. Соглашение обеспечивает



применение к правоотношению одного и того же законодательства, а именно того, к которому отсылает приведенная выше статья.

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

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

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

Для России как федеративного государства проблема решения так называемых межобластных коллизий, под которыми понимается определение применения законодательства различных субъектов РФ, имеет существенное значение. Еще в Федеративном договоре (март 1992 г.) было предусмотрено разграничение предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти РФ и органами власти республик в составе Федерации. Согласно ст. 1 этого Договора к ведению федеральных органов было отнесено «федеральное коллизионное право». Федеральное коллизионное право согласно п. «п» ст. 71 Конституции РФ находится в ведении Российской Федерации. В США исторически решение межштатных коллизий первоначально использовалось в судебной практике для решения «международных коллизий», однако идентично эти проблемы не решаются, во всяком случае в отношении действия оговорки о публичном порядке, принципа автономии воли сторон, взаимности, определения юрисдикции, признания и исполнения судебных решений.

### **Квалификация юридических понятий коллизионной нормы**

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

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

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

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

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

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

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

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

Из текста этой статьи следует, что проблема квалификации в современном российском законодательстве решается в отношении понятий как объема, так и привязки коллизионной нормы, исходя из одних и тех же критериев. Основным правилом, установленным п. 1 ст. 1187, является правило о толковании юридических понятий в соответствии с российским правом. Из этого основного правила сделаны исключения, а именно: во-первых, может осуществляться квалификация, как это предусмотрено п. 2 этой статьи, на основе иностранного права, а во-вторых, и в самой части третьей ГК РФ, и в других законах могут применяться иные подходы. Так, в соответствии со ст. 1205, 1205.1 ГК РФ право, подлежащее применению к вещным правам, и сфера его действия должны определяться по праву страны, где это имущество находится. При таком подходе, допускающем в определенных случаях осуществление квалификации на основе иностранного права, должным образом учтено объективное несовпадение или же существенные различия в правовых системах разных государств.

## **Обратная отсылка и отсылка к закону третьей страны**

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

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

внимание и на коллизионные нормы баварского права. Согласно же баварскому коллизионному праву в отношении наследования движимого имущества подлежало применению законодательство страны domicilia, но под ним понималось фактическое место жительства наследодателя, иными словами, надо было применять французское право.

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

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

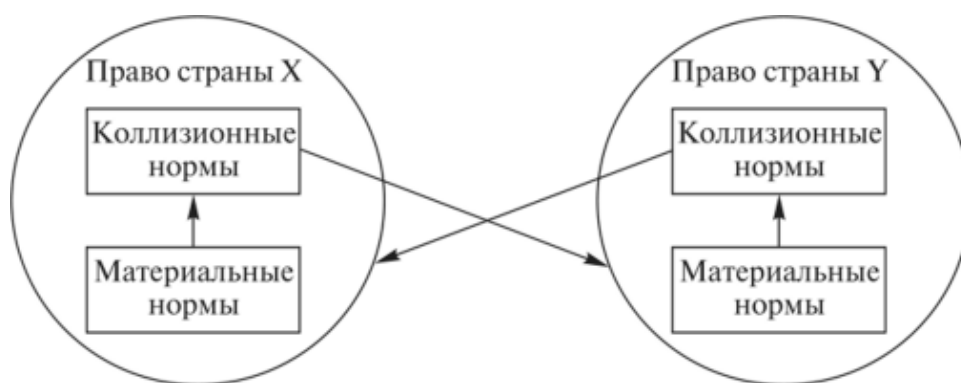


Схема. Обратная отсылка

Против признания обратной отсылки выдвигается довод о том, что коллизионная норма страны суда уже решила проблему выбора права. Поэтому отсылку к праву другой страны следует понимать как отсылку исключительно к материально-правовым нормам другой страны, а не к ее коллизионным нормам. Отрицательное отношение к принятию обратной отсылки (точно так же, как и к практике отсылки к закону третьей страны) было проявлено в Римской конвенции 1980 г. (ст. 15). В этой статье предусмотрено, что под правом государства, подлежащим применению в соответствии с Римской конвенцией, понимаются действующие в этом государстве правовые нормы, «за исключением норм международного частного права». Эта позиция была поддержана в резолюции такой авторитетной неправительственной организации, как Институт международного права. Аналогичная норма содержится и в заменившем Римскую конвенцию 1980 г. Регламенте ЕС «Рим I», ст. 20 которого гласит: «Применение указанного настоящим Регламентом права любой страны означает применение норм права, действующих в этой стране, за исключением норм ее международного частного права, если иное не предусмотрено настоящим Регламентом».

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

В ФРГ Вводный закон к ГГУ общим образом признает обратную отсылку и отсылку к праву третьей страны. Согласно ст. 4 при отсылке к праву какого-либо государства

применяется и его международное частное право, если это не противоречит смыслу коллизионной нормы. Если право иностранного государства содержит отсылку к гражданскому праву, то применяются нормы германского материального права (п. 1 ст. 4). Однако в отношении обязательственных договорных отношений под подлежащим применению правом иностранного государства «понимаются действующие в этом государстве материальные нормы» (ст. 35).

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

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

2. В нашей стране отрицательное отношение к применению обратной отсылки было выражено прежде всего по поводу применения права к внешнеторговым сделкам в практике МКАС.

При рассмотрении Внешнеторговой арбитражной комиссией (преобразованной в МКАС) еще в 1967 г. иска английской фирмы «Ромулус филмс лтд» к В/О «Совэкспортфильм» возник следующий вопрос: договор о прокате советского фильма «Спящая красавица» был заключен в Лондоне, и, следовательно, в соответствии с действующей тогда коллизионной нормой ст. 126 Основ гражданского законодательства 1961 г. к нему должно было применяться английское право. Однако ответчик, ссылаясь на английские коллизионные нормы, доказывал, что они отсылают, в свою очередь, к советскому праву. Арбитраж отверг этот довод

ответчика, указав в своем решении, в частности, следующее: «Как бы ни решался этот вопрос по английскому коллизионному праву, принятие обратной отсылки во всяком случае зависит от советского коллизионного права», а последнее в соответствии с господствующей доктриной и практикой не применяет «обратной отсылки при разрешении споров по внешнеторговым сделкам, за исключением случаев, предусмотренных в заключенных СССР международных договорах».

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

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

Приведем текст этой статьи:

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

2. Обратная отсылка иностранного права может приниматься в случаях отсылки к российскому праву, определяющему правовое положение физического лица».

Из приведенного текста следует, что общее правило неприменения обратной отсылки и отсылки к закону третьей страны установлено не только в отношении договоров. Согласно этому правилу, любая отсылка к иностранному праву должна пониматься как отсылка к материальному праву, а не к коллизионному праву соответствующей страны. Хотя коллизионные нормы, включенные в разд. VI части третьей ГК РФ, предусматривают отсылку не к конкретному, изолированному предписанию



иностранного права, а к иностранной правовой системе в целом, однако в эту систему не включаются коллизионные нормы (нормы международного частного права) соответствующей страны. Применению подлежат лишь материальное право, материально-правовые нормы соответствующей страны.

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

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

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

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

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

определения личного закона физического лица, способствует большей стабильности и определенности в отношении определения прав личности.

Общий отрицательный подход к применению обратной отсылки, проявленный в части третьей ГК РФ, естественно, не означает, что она не будет применяться в случаях, когда такая отсылка прямо предусмотрена в международных соглашениях (например, во вступившей в силу в 1985 г. Конвенции о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ) от 9 мая 1980 г., заменившей бернские конвенции о железнодорожных перевозках). Согласно этой Конвенции, общая коллизионная норма отсылает к праву страны суда, включая его коллизионные нормы. Хотя Россия не является участницей КОТИФ, положения этого документа, связанные с этим инструкции и другие нормативные акты, применяются при перевозках российских внешнеторговых грузов в страны Европы и из этих стран в Россию (см. подробнее в гл. 11 учебника).

3. Модельный гражданский кодекс стран СНГ предлагает принимать обратную отсылку и отсылку к праву третьей страны лишь в строго определенных случаях (определение личного закона физического лица, гражданской дееспособности в отношении сделок и обязательств, возникающих вследствие причиненного вреда, и др.). Любая иная отсылка к иностранному праву должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву соответствующей страны. Эти положения были восприняты в гражданских кодексах Армении (ст. 1260), Белоруссии (ст. 1096), Казахстана и других государств.

Согласно Закону о международном частном праве Азербайджана обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны применяется в отношении физических лиц, их правоспособности и дееспособности, а также семейных и наследственных отношений (ст. 3).

### **Оговорка о публичном порядке**

1. Оговорка о публичном порядке (*ordre public*, *public policy*, *Vorbehaltsklausel*) относится к числу таких общих понятий международного частного права, при помощи которых может быть ограничено применение норм иностранного права, к которым отсылает коллизионная норма. Тем самым путем применения этой оговорки ограничивается действие отечественной коллизионной нормы. Подход такого рода проявился еще в Средние века, но своим развитием оговорка обязана Французскому гражданскому кодексу 1804 г., в ст. 6 которого было сформулировано правило о том, что «не могут быть изменены частными соглашениями законы, касающиеся публичного порядка и основ нравственности». Под частными соглашениями понимались соглашения между лицами и имелся в виду сугубо внутренний публичный порядок, однако затем во Франции путем толкования ст. 6 стало действовать положение о том, что оговорка о публичном порядке ограничивает применение в данной стране иностранного права, которое должно применяться в силу предписания коллизионной нормы. Публичный порядок стал в этом случае именоваться «международным публичным порядком». Как и многие другие термины в области международного частного права, этот термин носит условный характер. И в той же Франции было предложено использовать более точную формулировку «публичный порядок в смысле международного частного права». Суть оговорки состоит в том, чтобы ограничить действие собственной коллизионной нормы, исключив применение иностранного закона в случае, если его применение несовместимо с публичным порядком страны суда.

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

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

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

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

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

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

Иначе аналогичное правило было сформулировано в действующем Вводном законе к ГГУ (в редакции Закона от 25 июля 1986 г.). В ст. 6 «Публичный порядок» («Ordre

public») говорится: «Какая-либо правовая норма другого государства не применяется, если ее применение ведет к результату, который явно не совместим с существующими принципами германского права. Она в особенности не применяется, если это применение не совместимо с основными правами». Отметим, что под основными правами в современном праве ФРГ понимаются права человека и гражданина. Формулировка ст. 6 была воспроизведена в Гражданском процессуальном кодексе Германии. В немецком праве центр тяжести перенесен на иностранное право.

Такой подход именуется в доктрине как «негативная концепция публичного порядка». Именно эта концепция отражена в современных кодификациях в области международного частного права в подавляющем большинстве стран (Австрии, Испании, Италии, Швейцарии, Эстонии и др.).

Регламент ЕС «Рим I» содержит следующую оговорку о публичном порядке: «В применении указанного настоящим Регламентом положения права любой страны может быть отказано лишь в том случае, если такое применение является явно несовместимым с публичным порядком суда».

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

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

Из практики судов Франции заслуживает внимания дело о картинах Пикассо, рассмотренное в 1954 г. судом департамента Сена. Несколько картин этого художника были вывезены из СССР в Париж и выставлены в одном из французских музеев. До революции картины принадлежали С. И. Щукину, затем были национализированы и стали достоянием Советского государства. Иск был предъявлен дочерью С. И. Щукина — Екатериной Щукиной-Келлер, которая требовала признать ее право собственности на картины и просила наложить на них

арест. Иск был отклонен, причем французский суд в своем решении указал, что французский публичный порядок в данном деле не был задет в такой мере, чтобы требовалось принятие срочных мер, ибо эти картины были приобретены уже много лет назад иностранным сувереном от его собственных граждан, на его собственной территории и в соответствии с законами страны.

В аналогичном деле о картинах Матисса иск был предъявлен в 1993 г. другой дочерью С. И. Щукина — Ириной Щукиной (подробнее об этом см. в гл. 6 учебника). Суд также отклонил ссылку истца на то, что проведение национализации без компенсации представляет собой нарушение французского публичного порядка и поэтому акт национализации не может быть признан во Франции.

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

2. В законодательстве РФ основное правило о публичном порядке содержится в ст. 1193 ГК РФ. Приведем текст этой статьи:

«Норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами настоящего раздела, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом. В этом случае при необходимости применяется соответствующая норма российского права.

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

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

Как отмечалось в комментариях А. Н. Жильцова к этой статье, она сформулирована с учетом как отечественных правовых традиций, так и современной общемировой тенденции к максимальному сужению сферы применения оговорки о публичном порядке, к сокращению случаев обращения судов и других правоприменительных органов к этому защитному механизму. В ст. 1193 говорится о том, что норма иностранного права не применяется в исключительных случаях, и при этом лишь тогда, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. На использование в ст. 1193 слов «последствия применения» следует обратить особое внимание. Известно, что существует глубокое заблуждение в понимании самой сущности оговорки о публичном порядке, когда исходят из того, что эта оговорка применяется в случае противоречия содержания правовой нормы иностранного права, подлежащей применению в стране суда, основополагающим принципам права этой страны. Речь же должна идти, на что неоднократно обращалось внимание в нашей доктрине (Л. А. Лунц, В. П. Звеков и др.), о неприемлемости для страны суда последствий применения иностранной нормы. В ст. 1193 предусмотрено, что в случае применения оговорки о публичном порядке «при необходимости применяются соответствующие нормы российского права». Имеется в виду, что в этом случае будет применена материально-правовая норма российского права.

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

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

может быть отказано, если это признание и исполнение противоречат публичному порядку Российской Федерации (п. 2 ч. 1 ст. 417 ГПК РФ).

В разд. VII Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г. воспроизведено положение Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о том, что арбитражные решения не исполняются, если будет найдено, что признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации (ст. 36).

Соответствующие положения о возможности применения оговорки о публичном порядке содержатся также в ст. 244 АПК РФ, ст. 167 СК РФ.

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

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

Следует обратить внимание на то, что в приведенных статьях говорится не о случаях противоречия самого иностранного закона основам нашего строя, а о противоречии этим основам применения иностранного закона. Приведем пример: обычное право иностранного государства, допускающее полигамию, противоречит основам российского семейного права, но из этого не вытекает, что полигамные браки, заключенные в стране, где они действительны, не могут порождать юридические последствия, которые были бы признаны в России (требование об уплате алиментов на содержание детей и т.п.).

Для нашей практики характерен крайне осторожный подход к вопросу об использовании оговорки о публичном порядке, хотя возможность неприменения иностранного права есть. Наличие принципиального различия между нашим законом и законом другого государства не может само по себе быть основанием для



применения оговорки о публичном порядке, поскольку такое применение этой оговорки могло бы привести к отрицанию применения в России права иностранного государства вообще.

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

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

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

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

Верховный Суд РФ в одном из своих определений, вынесенных в 1998 г., признал неправильным вывод Московского городского суда о противоречии решения МКАС

публичному порядку Российской Федерации на том основании, что это решение не соответствует российскому законодательству.

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

Содержание понятия «публичный порядок» не совпадает с содержанием национального законодательства РФ. Поскольку законодательство РФ допускает применение норм иностранного государства (ст. 28 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г.), наличие принципиального различия между российским законом и законом другого государства само по себе не может быть основанием для применения оговорки о публичном порядке. Такое применение этой оговорки означало бы отрицание применения в Российской Федерации права иностранного государства вообще (см. определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 25 сентября 1998 г.).

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

Практика применения арбитражными судами оговорки о публичном порядке была обобщена Высшим Арбитражным Судом РФ и изложена в информационном письме от 26 февраля 2013 г. «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».

Обращает на себя внимание тот факт, что в данном документе сформулировано развернутое определение публичного порядка, под которым в целях применения

названных норм понимаются фундаментальные правовые начала (принципы), обладающие высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляющие основу построения экономической, политической, правовой системы государства. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещенных сверхимперативными нормами законодательства РФ (ст. 1192 ГК РФ), если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц.

Киевское соглашение 1992 г. не содержит такого основания для отказа в приведении в исполнение решения иностранного суда, как противоречие публичному порядку. Перечень оснований отказа в приведении в исполнение судебного решения, установленный ст. 9 Соглашения, является исчерпывающим. О том, что в исполнении решения иностранного суда государства — участника Соглашения не может быть отказано по мотиву противоречия публичному порядку государства, в котором испрашивается приведение в исполнение, было указано в консультативном заключении Экономического Суда СНГ от 20 июня 2001 г. № 01-1/3-10 «О толковании статьи 9 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г.».

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

Возможность отказа в оказании правовой помощи по основаниям нарушения публичного порядка предусмотрена и в подготовленном к подписанию Соглашении о сотрудничестве государств — членов Евразийского экономического сообщества по оказанию правовой помощи и обмену информацией при осуществлении принудительного исполнения судебных актов, актов других органов и должностных лиц. В ст. 9 Соглашения предусмотрено, что «в оказании правовой помощи отказывается, если исполнение запроса (поручения) может нанести ущерб

суверенитету, безопасности либо противоречит законодательству или международным обязательствам государства запрашиваемой Стороны».

### **Применение императивных норм**

В современном международном частном праве применение к соответствующим отношениям иностранного права в силу отсылки к нему коллизионных норм или же на основании выбора права сторонами в договоре (на основе принципа автономии воли сторон — см. об этом принципе в § 6 гл. 9 учебника) ограничивается не только в силу действия оговорки о публичном порядке, но и в силу действия императивных норм. Говоря о применении императивных норм, необходимо прежде всего обратить внимание на различие между обычными императивными нормами и так называемыми сверхимперативными нормами. В литературе (Е. В. Кабатова) отмечалось, что проблема определения сверхимперативных норм, их отграничений от обычных императивных норм представляет собой одну из самых сложных проблем в современном международном частном праве. Для пояснения этого различия обратимся опять к практической проблеме применения исковой давности, о которой, в частности, говорилось в § 5 настоящей главы. Приведем отдельные примеры.

Бельгийская фирма предъявила иск к российской организации в связи с неоплатой товара, поставленного по договору международной купли-продажи. Решением от 31 мая 2002 г. МКАС было отклонено заявление ответчика (российской организации) о пропуске бельгийской фирмой срока исковой давности, установленного ГК РФ. Состав арбитража исходил из того, что к отношениям сторон по договору международной купли-продажи должно быть применимо бельгийское право как право страны продавца, поскольку на дату заключения контракта Бельгия не участвовала в Венской конвенции 1980 г. (дело № 120/2001, решение от 31 мая 2002 г.). Состав арбитража признал не подлежащими применению и положения других конвенций, исходящих из применения права страны покупателя, поскольку Россия не является участником гаагских конвенций (Конвенции о законе, применимом к

международной купле-продаже, от 15 июня 1955 г. и заменяющей ее Конвенции от 22 декабря 1986 г.).

Однако положения Конвенции 1986 г., установившей четырехгодичный срок исковой давности, должны применяться к отношениям с участием российских организаций, если к этим отношениям применимо национальное право государства — участника этой Конвенции и Протокола к ней от 11 апреля 1980 г. и если это государство не сделало специальной оговорки о том, что будет ее применять только к отношениям сторон контракта, имеющих коммерческие предприятия в государствах ее участников.

В другом деле, рассмотренном МКАС в 2005 г., иск был предъявлен германской фирмой (продавцом) к российской организации (покупателю). Ответчик ходатайствовал об отказе в иске в связи с его предъявлением по истечении срока исковой давности, предусмотренного ст. 196 ГК РФ, применимого к отношениям сторон в силу их соглашения.

МКАС в своем решении исходил из того, что в гл. 7.1 контракта было предусмотрено, что этот «контракт регулируется нормами действующего гражданского права Российской Федерации». Довод истца о применении к данной ситуации Конвенции ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. является ошибочным, поскольку Российская Федерация не участвует в ней и в Протоколе о ее изменении 1980 г.

МКАС, руководствуясь ст. 196, 200, 204 и 207 ГК РФ, пришел к выводу о том, что требования истца о взыскании с ответчика суммы неустойки не подлежат удовлетворению ввиду пропуска истцом срока исковой давности.

Напомним, что именно в ст. 1208 ГК РФ исковая давность определяется по праву страны, подлежащему применению к соответствующему отношению.

То, что норма ст. 198 ГК РФ о сроках исковой давности, согласно которой сроки исковой давности и порядок их исчисления носят императивный характер и что она не может быть изменена соглашением сторон, не имеет значения, поскольку эта норма не применяется к гражданским правоотношениям с иностранным элементом.

Применительно к этим отношениям соглашение сторон о выборе права в силу принципа автономии воли сторон пользуется приоритетом.

В отличие от обычных императивных норм иное действие в современном международном частном праве оказывают так называемые сверхимперативные нормы. Нормы, относящиеся к категории сверхимперативных, подлежат применению к правоотношению независимо от того, какое право призвано регулировать отношения сторон. Устранить их применение не могут ни соглашение сторон о выборе права, ни коллизионные нормы страны суда. Правило о таких сверхимперативных нормах содержится во Вводном законе к ГГУ, в Законе Швейцарии о международном частном праве 1987 г., в законах других стран, а также в Регламенте ЕС «Рим I». В ст. 9 Регламента говорится:

- «1. Преобладающими императивными положениями являются положения, соблюдение которых признано страной в качестве имеющего принципиальное значение для охраны ее публичных интересов, таких как ее политическое, социальное или экономическое устройство, в такой степени, что они подлежат применению к любой ситуации, подпадающей под их действие, независимо от того, какое право в ином случае подлежало бы применению к договору согласно настоящему Регламенту.
2. Ничто в настоящем Регламенте не ограничивает применение преобладающих императивных положений права суда.
3. Также может придаваться действие преобладающим императивным положениям права страны, где возникающие на основании договора обязательства должны быть или были исполнены, в той мере, в какой эти положения делают исполнение договора незаконным. При решении вопроса о придании действия этим положениям должны учитываться их характер и цель, а также последствия их применения или неприменения».

Аналогичное положение предусмотрено в ст. 18 Закона Швейцарии о международном частном праве: императивные нормы швейцарского права в силу особого их назначения применяются независимо от того, право какого государства подлежит применению согласно настоящему Закону.

В разд. VI ГК РФ сделаны попытки решить сложную проблему взаимодействия коллизионных норм и императивных норм материального права как страны суда, так и третьей страны. В ст. 1192 предусмотрено следующее:

«1. Правила настоящего раздела 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 настоящего 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».

Статья, регулирующая данный вопрос, впервые включена в российское законодательство в области международного частного права. В ней в соответствии с международной практикой закреплён разный подход к двум категориям сверхимперативных норм, а именно: сверхимперативные нормы страны суда должны применяться в обязательном порядке, а сверхимперативные нормы третьей страны, право которой тесно связано с правоотношением, могут применяться или же не применяться по усмотрению суда. Общим для императивных норм этих двух категорий является то, что их нормы должны применяться независимо от подлежащего применению права.

Так же, как в случае применения оговорки о публичном порядке, разумный предел применения сверхимперативных норм, исключающих применение иностранного права, может быть найден только путем долголетней практики применения этих норм.

## **Применение и установление содержания норм иностранного права**

В современных условиях после перехода нашего государства от, по существу, закрытого к открытому обществу, когда резко возрос объём гражданско-правовых отношений с иностранным элементом, когда не только суд, но и другие государственные органы должны применять иностранное право не только в силу действия принципа автономии воли сторон, но и в силу коллизионных норм, установленных внутренним законодательством или международным договором, вопрос об установлении содержания иностранного права из чисто теоретической категории стал переходить в проблему практического характера.

Перед судами, рассматривающими споры в области международного частного права, возникает непростая проблема — установить содержание иностранного права. Иностранное право подлежит применению не только в силу отсылки к нему коллизионных норм, но и в других случаях (определение статуса иностранного лица — стороны в процессе, полномочий представителя такого лица и др.). Кроме того, иностранное право применяется не только третейскими судами, судами общей юрисдикции, арбитражными судами, но и другими государственными органами (нотариат, загс и т.д.). В ст. 166 СК РФ говорится об установлении содержания норм иностранного права судом или загсами.

Согласно действующему в России законодательству, суды применяют иностранное право в случаях, предусмотренных законом и международным договором.

В ГПК РФ установлено, что суд в соответствии с федеральным законом или международным договором РФ при разрешении дел применяет нормы иностранного права (ч. 5 ст. 11). Более развернутая формулировка применяется в АПК РФ. Согласно ч. 5 ст. 13 АПК РФ арбитражный суд в соответствии с международным договором РФ, федеральным законом, соглашением сторон, заключенным в соответствии с ними, применяет нормы иностранного права.



В рамках настоящего параграфа рассматривается вопрос об обязанности суда устанавливать содержание иностранного права и о последствиях неустановления его содержания. О порядке установления таких норм и о последствиях неправильного толкования и применения иностранного права судом говорится в § 7 гл. 18 учебника, посвященной проблемам международного гражданского процесса.

2. Включение в ГК РФ ст. 1191 «Установление содержания норм иностранного права» имеет принципиальное значение. В п. 1 этой статьи предусмотрено следующее.

При применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.

Из этого положения ГК РФ, а также из ГПК РФ (ч. 5 ст. 11) и АПК РФ (ч. 5 ст. 13) следует, что судья обязан применять в соответствующих случаях нормы иностранного права. Однако правило такого рода легче сформулировать в законе, чем применить на практике.

В суде любой страны применение иностранного права связано с большими трудностями, поскольку судей нельзя обязать знать право другого государства. Сложность применения иностранного права для российских судов объясняется и тем, что до 90-х гг. XX в. практика применения иностранного права в государственных судах (в отличие от международных третейских судов) была крайне незначительной. К тому же она и не публиковалась.

Гражданский кодекс РФ (п. 1 ст. 1191) в виде общего правила возлагает именно на суд установление содержания норм иностранного права исходя из общепринятого в России и многих других странах принципа, согласно которому иностранное право должно применяться таким же образом, как оно применяется в соответствующем государстве. При этом предусмотрен четкий порядок определения содержания норм иностранного права. Российский суд не вправе основываться только на тексте таких норм. Он должен учитывать их официальное толкование и судебную практику применения, а также доктрину в соответствующем иностранном государстве. Очередность использования того или иного способа установления содержания норм

иностранного права, на что обращалось внимание в литературе (М. Г. Розенберг), определяется в порядке, действующем в государстве, право которого подлежит применению. В связи с этим следует учитывать несовпадающие подходы к значению судебной практики, в частности, в государствах континентальной Европы и в государствах, где действует англо-американская система «общего права» (common law).

В силу коллизионных норм, установленных законодательством или международным договором в одном государстве, должны применяться материальные нормы иностранного права именно как правовые нормы, а не как фактические обстоятельства. Но такое применение не может быть идентичным применению отечественного материального права. Особенность применения иностранной нормы состоит в том, что она должна применяться так, как в стране, ее принявшей, и толковаться так, как она толкуется в этой стране.

Если суд применяет иностранное право, то он должен применять не только иностранные законы, но учитывать обычаи, судебную практику (судебные прецеденты) в тех пределах, в каких они признаются источниками права в этих государствах.

Так, если речь идет о какой-либо статье Гражданского кодекса Бельгии, то она должна применяться так, как ее положения толкуются бельгийским Кассационным судом. То обстоятельство, что в Бельгии, как и во Франции, действует один и тот же Кодекс Наполеона и что Кассационный суд Франции толкует эту статью иначе, значения не имеет. Неправильное применение иностранного закона в той же мере, как и ошибка в применении отечественного закона, служит в России основанием для пересмотра судебного решения (в отличие, например, от практики ФРГ, Франции и ряда других стран).

Таким образом, как отмечалось А. С. Комаровым в комментариях к ст. 1191 ГК РФ, применение иностранного права в России в принципе осуществляется судом во исполнение своих правоприменительных функций (т.е. *ex officio*). Из такого же подхода исходит законодательство ряда государств (Австрии, Венгрии, Италии,

Турции и др.). Согласно п. 1 ст. 16 Закона Швейцарии о международном частном праве 1987 г. «содержание иностранного права устанавливается судом. При этом суд может обратиться за содействием к сторонам. При рассмотрении имущественных дел доказывание содержания иностранного права может быть возложено на стороны».

Из такого подхода исходит и российский законодатель, поскольку ст. 1191 ГК РФ предусматривает возможность для стороны представлять документы, подтверждающие содержание норм иностранного права, на которые стороны ссылаются в обоснование своих требований или возражений, а также иным образом содействовать суду в установлении содержания этих норм (п. 2 ст. 1191). Более того, в отношении требований, связанных с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, бремя доказывания содержания норм иностранного права может быть возложено судом на стороны (п. 2 ст. 1191 ГК РФ).

Для права ряда стран англо-американской системы характерно, что применение судом иностранного права не рассматривается как обязанность суда.

В нашей стране имеются различные способы установления содержания иностранного права; к ним, в частности, относятся следующие:

- обращение за содействием и разъяснениями к Министерству юстиции РФ и иным компетентным органам или организациям (например, в ТПП РФ, научно-исследовательские организации);
- обращение к органам или организациям иностранных государств;
- привлечение в качестве экспертов соответствующих специалистов.

Поскольку практика показала недостаточную эффективность использования этих способов для установления содержания иностранного права, в современных условиях проявляется тенденция более активного обращения к сторонам в деле. Так, в одном из решений федеральный арбитражный суд, отменяя решения нижестоящих инстанций, указал, что в целях установления содержания иностранного права и практики его применения суд вправе обратиться к лицам, участвующим в деле, с предложением представить документы, подтверждающие содержание соответствующих норм иностранного права.

Для более эффективного установления содержания иностранного права наряду с новым подходом к вопросам возложения бремени доказывания содержания иностранного права на стороны и более активным использованием органами юстиции новых технических возможностей в области информации большое значение приобретает развитие международного сотрудничества в этой области. Отметим, что Россия стала участницей Европейской конвенции об информации относительно иностранного законодательства от 7 июня 1968 г. Эта Конвенция предусматривает, что договаривающиеся стороны обязуются предоставлять друг другу в соответствии с ее положениями информацию относительно своего законодательства и процедур в гражданской и коммерческой сферах, а также относительно их судебной системы. Особое внимание уделяется в России сотрудничеству в этой области со странами СНГ, а также с государствами Балтии, в которых проживает большое число российских граждан и соотечественников. Согласно ст. 15 Минской конвенции 1993 г. и Кишиневской конвенции 2002 г. центральные учреждения юстиции стран СНГ по запросу предоставляют друг другу сведения о действующем или действовавшем на их территориях внутреннем законодательстве своих стран и о практике его применения. Аналогичные положения в отношении предоставления информации высшими судебными органами и министерствами юстиции предусмотрены Киевским соглашением 1992 г. (ст. 12). В двусторонних договорах о правовой помощи, заключенных Россией с Азербайджаном, Киргизией, Литвой, Молдавией, Эстонией, предусмотрено, что сведения о действующем или действовавшем в этих государствах законодательстве и практике его применения будут давать министерства юстиции и прокуратура, а в договорах с Латвией в качестве таких органов определены министерства юстиции. Отметим также, что в 1999 г. Высший Арбитражный Суд РФ и Верховный суд Республики Казахстан заключили Соглашение о взаимном сотрудничестве и обмене информацией. Высший Арбитражный Суд РФ заключил аналогичные соглашения с соответствующими судами Белоруссии, Украины и Узбекистана.

3. В законах ряда стран нашла отражение ситуация, при которой суду не удастся установить содержание подлежащего применению иностранного права. В ст. 16 швейцарского Закона о международном частном праве установлено, что если содержание иностранного права не поддается установлению, применяется швейцарское право. По этому пути пошло законодательство Грузии и Азербайджана. Согласно Закону Грузии о международном частном праве 1998 г., если установление сути правовых норм иностранного государства, несмотря на осуществление соответствующих мер, остается безрезультатным или потребует неоправданных расходов и одна из сторон в процессе не сможет установить сути этих норм и обосновать их принципы, суд будет применять право Грузии. Аналогичное правило содержится в Законе Азербайджана о международном частном праве 2000 г.

В п. 3 ст. 1191 ГК РФ предусмотрено, что, если содержание норм иностранного права, несмотря на принятые в соответствии со ст. 1191 меры, в разумные сроки не установлено, применяется российское право.

Поскольку определение понятия «разумные сроки» в приведенном пункте ст. 1191 не дается, это может быть установлено после того, как сложится практика в нашей стране. Это положение ГК РФ (ст. 1191) аналогично правилам, содержащимся в законодательстве многих других стран, например Венгрии, Италии и Швейцарии.

Применение данного правила предусмотрено в качестве крайней меры, когда, несмотря на предпринятые усилия, суду не удастся установить содержание норм иностранного права. Законодательство некоторых стран (например, Италии) закрепляет для суда обязанность до того, как прибегнуть к этой мере, использовать другие коллизионные нормы, если таковые существуют, установленные в отношении тех же фактических обстоятельств. Как вытекает из закона, в правоприменительной практике российских судов использование правила, закрепленного в п. 3 ст. 1191 ГК РФ, допустимо также лишь в исключительных случаях (см. об этом подробнее в гл. 18 учебника).

## **Глава 4. Гражданско-правовое положение физических лиц**

### **Общие вопросы правового положения иностранцев**

1. Термин «физические лица» применяется в гражданском законодательстве и в международных соглашениях для обозначения людей как субъектов права. Понятие физического лица позволяет отграничить этих субъектов частноправовых отношений от лиц юридических. С позиций международного частного права к физическим лицам относятся все участники соответствующих правоотношений независимо от их гражданства, это могут быть российские граждане, граждане других государств и лица без гражданства. Иностранцами гражданами признаются лица, не являющиеся гражданами РФ и имеющие доказательства наличия гражданства (подданства) иностранного государства. В настоящем учебнике для удобства термин «иностранец» применяется в ряде случаев как адекватный термину «иностраный гражданин», хотя под ним должны пониматься и иностранные граждане, и лица без гражданства. Лицо без гражданства — это лицо, не являющееся гражданином РФ и не имеющее доказательств наличия гражданства (подданства) иностранного государства. Для проблематики международного частного права имеют значение и определения понятий беженца и переселенца (см. § 4 настоящей главы).

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

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

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

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

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

Указом Президента РФ от 6 сентября 2008 г. № 1315 «О некоторых вопросах государственного управления в области международного сотрудничества» Федеральное агентство по делам Содружества Независимых Государств было переименовано в Федеральное агентство по делам Содружества Независимых Государств, соотечественников, проживающих за рубежом, и по международному гуманитарному сотрудничеству (Россотрудничество). Россотрудничество подведомственно Министерству иностранных дел РФ, и его руководитель назначается на должность Президентом РФ по представлению Председателя Правительства РФ. Несомненно, что создание такого ведомства свидетельствует о

повышении внимания органов государственной власти к защите прав соотечественников за рубежом.

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

Основополагающее значение для определения правового положения иностранцев в любой стране должны иметь общепризнанные принципы и нормы общего международного права о правах и свободах человека. Общепризнанные принципы и нормы международного права содержатся во Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 г., Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г., Международном пакте о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. и Факультативных протоколах к этому Пакту, Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г., Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека от 26 мая 1995 г.

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

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



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

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

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

Таким образом, «право иностранцев» — это комплекс норм, определяющих специальный статус иностранцев, это не нормы коллизионного характера, а исключительно материально-правовые, регулирующие соответствующие отношения по существу. Обычно «право иностранцев» определяет правовой статус иностранцев как в узком, так и в широком смысле. В узком смысле это нормы в основном административно-правового характера; они касаются отличий правового статуса иностранца от правового статуса отечественных граждан. В широком смысле — это комплекс всех норм, определяющих статус иностранца в любом отношении: как устанавливающих отличия, так и признающих равный режим с отечественными гражданами, в том числе необходимых для осуществления деятельности иностранца как такового в пределах данного государства.

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

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

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

4. Положение иностранцев в России определяется прежде всего Конституцией РФ. Напомним, что согласно Конституции, иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с

гражданами России, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ (ч. 3 ст. 62).

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

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

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

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

В Законе о правовом положении иностранных граждан 2002 г. наряду с общим определением правового положения иностранных граждан в Российской Федерации регулируются их отношения с органами государственной власти, органами местного самоуправления. В Законе содержатся правила, касающиеся пребывания (проживания) иностранных граждан в России и осуществления ими на территории

России трудовой, предпринимательской и иной деятельности. Закон содержит следующие главы: «Общие положения»; «Порядок оформления приглашений на въезд в Российскую Федерацию»; «Миграционный учет иностранных граждан и федеральный государственный контроль (надзор) в сфере миграции», «Передача и прием иностранных граждан в соответствии с международными договорами Российской Федерации о реадмиссии», «Ответственность за нарушение настоящего Федерального закона»; «Содержание иностранного гражданина в специальном учреждении», «Заключительные положения». Из приведенного перечня видно, что в Законе в основном содержатся административно-правовые правила.

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

- иностранные граждане пользуются теми же правами и свободами и несут те же обязанности, что и граждане РФ;
- иностранные граждане равны перед законом независимо от происхождения, социального и имущественного положения, расовой и национальной принадлежности, пола, образования, языка, отношения к религии, рода и характера занятий и других обстоятельств;
- в отношении граждан тех государств, в которых имеются специальные ограничения прав и свобод отечественных граждан, могут быть установлены ответные ограничения;
- использование иностранными гражданами своих прав в Российской Федерации не должно наносить ущерба интересам общества и государства, правам и законным интересам граждан РФ и других лиц. Как и остальные участники гражданского оборота, иностранцы обязаны соблюдать действующие в Российской Федерации законы, включая и те, которые определяют порядок осуществления субъектами своих гражданских прав.

Наличие у гражданина РФ гражданства иностранного государства не умаляет его прав и не освобождает его от обязанностей, вытекающих из российского гражданства,

если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором РФ.

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

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

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

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

5. Положения о правах иностранцев содержатся в различных международных договорах, заключенных Россией с другими странами (торговых договорах, консульских конвенциях, договорах о правовой помощи, по вопросам налогообложения и т.д.). В этих актах закрепляется уравнивание иностранцев в правах либо с отечественными гражданами (предоставление национального режима), либо с гражданами любого другого государства, с которым заключен договор на аналогичных условиях (предоставление режима наибольшего благоприятствования). Так, предоставление национального режима предусмотрено Договором о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам

между Россией и Эстонией от 26 января 1993 г. Граждане Эстонии в России точно так же, как и граждане России на территории Эстонии, должны пользоваться в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой в судах и других учреждениях, как и собственные граждане каждого из государств.

### **Гражданско-правовое положение иностранцев в России**

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

Приведем текст ст. 1195 ГК РФ:

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

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

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

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

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

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

Из приведенного текста следует, что для части третьей ГК РФ характерно сочетание двух коллизионных привязок: привязки к закону гражданства лица и привязки к

закону места жительства лица. Наряду с этим учитывается применяемый в российском праве подход, согласно которому гражданин, имеющий также иное гражданство, рассматривается Российской Федерацией только как гражданин РФ, за исключением случаев, предусмотренных международным договором РФ или федеральным законом (п. 1 ст. 6 Закона «О гражданстве Российской Федерации»). Несмотря на такой подход, гражданин обязан уведомить о наличии у него права на постоянное проживание в другом государстве. В ст. 6 Закона «О гражданстве Российской Федерации» также установлено, что «если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации или федеральным законом, гражданин Российской Федерации (за исключением граждан Российской Федерации, постоянно проживающих за пределами Российской Федерации), имеющий также иное гражданство либо вид на жительство или иной действительный документ, подтверждающий право на его постоянное проживание в иностранном государстве (далее также — документ на право постоянного проживания в иностранном государстве), обязан подать письменное уведомление о наличии иного гражданства или документа на право постоянного проживания в иностранном государстве в территориальный орган федерального органа исполнительной власти, уполномоченного на осуществление функций по контролю и надзору в сфере миграции, по месту жительства данного гражданина в пределах Российской Федерации (в случае отсутствия такового — по месту его пребывания в пределах Российской Федерации, а в случае отсутствия у него места жительства и места пребывания в пределах Российской Федерации — по месту его фактического нахождения в Российской Федерации) в течение шестидесяти дней со дня приобретения данным гражданином иного гражданства или получения им документа на право постоянного проживания в иностранном государстве» (введено Федеральным законом от 4 июня 2014 г.).

Новым для российского законодательства является включение правила о личном законе иностранных граждан, имеющих место жительства в России (п. 3 ст. 1195 ГК РФ). Как отмечалось в комментариях к части третьей ГК РФ (Н. И. Марышева), эта

норма отражает стремление увязать применение принципа гражданства, как основного принципа, с территориальным принципом (указанием на место жительства). Эта норма представляет собой изъятие из основного правила о применении права страны гражданства, причем она носит односторонний характер, поскольку речь идет о применении только российского права. Таким образом, в отношении иностранного гражданина, проживающего в России, вместо права страны его гражданства должно применяться право страны места его жительства, а в отношении российских граждан, проживающих за границей, таких изъятий из общего правила и применения права страны гражданства не предусмотрено. Понятие места жительства определено в ГК РФ следующим образом: под местом жительства понимается «место, где лицо постоянно или преимущественно проживает» (ст. 20). Принцип места жительства применяется согласно п. 4 ст. 1195 и в отношении лиц, являющихся гражданами нескольких иностранных государств. Поскольку к лицам без гражданства применение общего принципа невозможно в силу отсутствия у них гражданства, п. 5 ст. 1195 предусматривает применение права страны, в которой такое лицо имеет место жительства.

2. Основное правило в отношении гражданской правоспособности физического лица содержится в ст. 1196 ГК РФ. Приведем текст этой статьи: «Гражданская правоспособность физического лица определяется его личным законом. При этом иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами, кроме случаев, установленных законом».

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



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

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

В нашей литературе обращалось внимание на то, что в области гражданского права национальный режим применяется шире, чем в какой-либо иной правовой сфере. Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства, если иное не предусмотрено федеральным законом (ст. 2 ГК РФ). Речь идет о правилах, определяющих правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, а также регулирующих договорные и иные обязательства, другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. Иностранные граждане могут иметь имущество на праве собственности; наследовать и завещать имущество; заниматься предпринимательской и иной деятельностью, если занятие такой деятельностью не исключается законом; создавать в установленном порядке юридические лица самостоятельно или совместно с физическими, а также юридическими лицами РФ. В то же время в отношении прав иностранцев на землю ЗК РФ и Законом об обороте земель сельскохозяйственного назначения 2002 г. установлен ряд ограничений для иностранцев. Названный Закон в п. 2 ст. 2 и ст. 3 установил, что иностранные граждане, иностранные юридические лица, лица без гражданства, а также российские юридические лица, в уставном (складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более чем 50%, могут обладать земельными участками из земель сельскохозяйственного назначения только на праве аренды.

Иностранные граждане, как и российские, вправе заниматься в России предпринимательской деятельностью без образования юридического лица. Иностранные граждане как субъекты предпринимательской деятельности могут быть пользователями недр, если законодательством они будут наделены правом заниматься соответствующим видом деятельности. Речь идет о деятельности по разведке и использованию недр. В этом и в ряде других случаев определенными видами деятельности иностранные физические (и юридические) лица могут заниматься при наличии лицензии или лицензионного свидетельства. Согласно ст. 10 Федерального закона от 17 ноября 1995 г. «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации» они могут принимать участие в архитектурной деятельности на территории России только совместно с архитектором — гражданином РФ, имеющим лицензию.

Иностранные граждане могут быть членами производственных кооперативов и сельскохозяйственных потребительских кооперативов, но лишены права участия в сельскохозяйственных производственных кооперативах (ст. 13 Федерального закона от 15 ноября 1995 г. «О сельскохозяйственной кооперации»). Кроме того, следует обратить внимание на возможность установления изъятий в отношении предоставления иностранцам равных прав с российскими гражданами. Эти изъятия немногочисленны и могут быть сведены к двум группам.

К первой группе относятся изъятия в отношении возможности для иностранцев занимать определенные должности или заниматься той или иной профессией на равных началах с нашими гражданами. Они не могут находиться на государственной или муниципальной службе, быть принятыми на работу на объекты и в организации, деятельность которых связана с обеспечением безопасности РФ, замещать должности в составе экипажа морского судна, плавающего под флагом Российской Федерации, в соответствии с ограничениями, предусмотренными КТМ РФ, быть командирами воздушного судна гражданской авиации, заниматься иной деятельностью и занимать иные должности, допуск иностранных граждан к которым ограничен федеральным законом (ст. 14 Закона о правовом положении иностранных граждан 2002 г.).

Установлен особый порядок замещения иностранными гражданами руководящих должностей в организациях, в уставном капитале которых более 50% акций или долей принадлежит Российскому государству.

Вторую группу изъятий составляют правила, устанавливающие особый режим прав иностранцев, определяемый характером охраняемых прав, особенностями их юридической природы. Так, в силу территориального характера авторских прав (согласно ст. 1256 ГК РФ) национальный режим в отношении авторских прав иностранцев установлен применительно к произведениям, обнародованным на территории РФ или не обнародованным, но находящимся на территории РФ в какой-либо объективной форме. В отношении других произведений иностранцев авторские права признаются за авторами (их правопреемниками) — гражданами других государств и лицами без гражданства в соответствии с международными договорами РФ (см. гл. 14 учебника).

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

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

Осуществление прав, предоставленных в Российской Федерации иностранным гражданам в соответствии с нашим законодательством, неотделимо от исполнения ими обязанностей. Общее правило в отношении обязанностей иностранцев сформулировано в ч. 3 ст. 62 Конституции РФ. Они несут обязанности наравне с гражданами РФ, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ.

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

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

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

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

2. Физическое лицо, не обладающее 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.

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

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

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

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

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

В понятие «имя», согласно ГК РФ, входит имя, отчество, фамилия лица, если иное не вытекает из законодательства или национального обычая. Федеральный закон от 15 ноября 1997 г. «Об актах гражданского состояния» позволяет отдельным субъектам РФ применять свои правила, регулирующие присвоение ребенку фамилии (в том случае, если фамилии его родителей различны) и отчества. Ребенку может вообще не присваиваться отчество, если это обусловлено национальной традицией, получившей закрепление в нормативном акте субъекта РФ. В соответствии с п. 2 ст. 19 ГК РФ в случае перемены имени любой гражданин обязан принимать необходимые меры для уведомления об этом своих должников и кредиторов и несет риск последствий, вызванных отсутствием у этих лиц сведений о перемене его имени. Российский закон (п. 4 ст. 19 ГК РФ) не допускает приобретения прав и обязанностей под именем другого лица. Защита права на имя имеет существенное значение, поскольку встречаются случаи искажения имени, использования имени таким образом, что затрагиваются честь, достоинство и деловая репутация его носителя.

Следует иметь в виду, что регулирование вопроса об имени лица не ограничивается только пределами гражданского законодательства. Изменение имени возможно лишь на основании акта государственного органа, а им может быть только орган страны гражданства. В случае вступления в брак или усыновления вопрос об имени,

например женщины, вступающей в брак, или усыновленного, будет определяться правом, которое должно применяться к отношениям такого рода.

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

Известны и случаи из практики.

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

5. Поскольку в отличие от предшествующего российского гражданского законодательства новый ГК РФ рассматривает в качестве институтов гражданского права опеку и попечительство, коллизионные правила опеки и попечительства включены в часть третью ГК РФ (ст. 1199). Приведем текст этой статьи:

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

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

3. Отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой назначило

опекуна (попечителя). Однако, когда лицо, находящееся под опекой (попечительством), имеет место жительства в Российской Федерации, применяется российское право, если оно более благоприятно для этого лица».

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

Основной коллизионной привязкой является личный закон лица, в отношении которого устанавливается опека или попечительство, иными словами, закон гражданства (п. 1 ст. 1199), а в отношении обязанностей опекуна (попечителя) — закон гражданства лица, назначаемого опекуном или попечителем (п. 2 ст. 1999).

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

В Минской конвенции 1993 г. (п. 4 ст. 33) и в Кишиневской конвенции 2002 г. (п. 4 ст. 36), а также в ряде договоров о правовой помощи установлена возможность назначения опекуном или попечителем лица, являющегося гражданином другого государства, лишь при условии, что оно проживает на территории, где будет осуществляться опека (попечительство). Статья 1199 ГК РФ такого ограничения не устанавливает. Отношения, возникающие между опекуном (попечителем) и подопечным, как это следует из п. 3 ст. 1199, должны определяться правом страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Как отмечено в комментариях (Н. И. Марышева), независимо от гражданства соответствующих лиц (опекуна и подопечного) при установлении опеки (попечительства) российским учреждением должно применяться российское законодательство.



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

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

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

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

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

Статья 1201 ГК РФ гласит: «Право физического лица заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица в качестве индивидуального предпринимателя определяется по праву страны, где такое физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. Если это правило не может быть применено ввиду отсутствия обязательной регистрации, применяется право страны основного места осуществления предпринимательской деятельности».

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

Российское законодательство исходит из того, что иностранный гражданин может быть индивидуальным предпринимателем, если он будет соответствующим образом зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица (п. 1 ст. 23 ГК РФ, п. 2 ст. 2, ст. 13 Закона о правовом положении иностранных граждан 2002 г.). Именно поэтому ст. 1201 предусматривает отсылку к праву страны, где физическое лицо также зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя.

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

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

## **Правовое положение беженцев и переселенцев**

Правовое положение беженцев в России определяется Конвенцией о статусе беженцев от 28 июля 1951 г. и Протоколом, касающимся статуса беженцев, от 31 января 1967 г., а также Федеральным законом от 19 февраля 1993 г. «О беженцах». Под беженцем в Законе «О беженцах» понимается лицо, которое не является российским гражданином и которое в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может или не желает пользоваться защитой этой страны вследствие таких опасений либо, не имея определенного гражданства и находясь вне страны своего прежнего обычного места жительства в результате подобных событий, не может или не желает вернуться в нее вследствие таких опасений.

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

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

оказавшихся в России. С учетом особого статуса беженцев п. 6 ст. 1195 предусматривает, что их личным законом является право страны, предоставившей им убежище.

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

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

В соглашениях о регулировании процесса переселения и защите прав переселенцев таковыми считаются лица, добровольно покидающие государство своего проживания и переезжающие на постоянное место жительства на территорию другого государства.

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

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

государства выезда и в соответствии с его законодательством и упомянутыми соглашениями.

Применяется также категория «вынужденные переселенцы». Закон РФ от 19 февраля 1993 г. «О вынужденных переселенцах» именует вынужденным переселенцем гражданина РФ, 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 поводом для проведения враждебных кампаний в отношении конкретного лица или группы лиц, массовых нарушений общественного порядка. При наличии обстоятельств, предусмотренных этим определением, вынужденным переселенцем признается гражданин РФ, вынужденный покинуть: 1) место жительства на территории иностранного государства и прибывший на территорию РФ; 2) место жительства на территории одного субъекта РФ и прибывший на территорию другого. Закон относит к вынужденным переселенцам также иностранного гражданина и лицо без гражданства, постоянно проживающих на законных основаниях на территории РФ, изменивших место жительства в пределах этой территории по указанным обстоятельствам (ст. 1 Закона «О вынужденных переселенцах»).

### **Гражданско-правовое положение российских граждан за рубежом**

Правовое положение российских граждан за рубежом определяется как российским законодательством, так и многочисленными актами законодательства страны пребывания (конституциями, законами о правах иностранцев и др.). Российские граждане, проживающие за рубежом, находятся в двойственном положении: с одной стороны, их правовой статус определяется соответствующим иностранным законодательством, с другой — они пользуются правами и несут обязанности наравне с российскими гражданами, проживающими на территории РФ, за исключением

случаев, установленных международными договорами РФ и законодательством России. Лица, имеющие двойное гражданство, одно из которых российское, не могут быть ограничены в правах и свободах и не освобождаются от обязанностей, вытекающих из гражданства Российской Федерации, если иное не предусмотрено международным договором РФ или законодательством России.

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

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

Не умаляя значения различных общественных организаций (российских общин) за рубежом, выполнение этой задачи должно обеспечиваться посольствами и консульскими учреждениями России в соответствующих странах. К основным задачам и функциям посольств относится защита в государстве их пребывания прав и интересов российских граждан и российских юридических лиц с учетом законодательства государства пребывания (п. 6 Положения о Посольстве Российской Федерации, утвержденного Указом Президента РФ от 28 октября 1996 г.). На российские консульства возложены обязанности принимать меры к тому, чтобы российские граждане пользовались в полном объеме всеми правами, предоставленными им законодательством государства пребывания и

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

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

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

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

2. На вопросах, касающихся прав соотечественников, следует остановиться особо. Федеральный закон от 24 мая 1999 г. «О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом» в ст. 1 дает определение соотечественников:

«1. Соотечественниками являются лица, родившиеся в одном государстве, проживающие либо проживавшие в нем и обладающие признаками общности языка,

истории, культурного наследия, традиций и обычаев, а также потомки указанных лиц по прямой нисходящей линии.

2. Соотечественниками за рубежом (далее — соотечественники) являются граждане Российской Федерации, постоянно проживающие за пределами территории Российской Федерации.

3. Соотечественниками также признаются лица и их потомки, проживающие за пределами территории Российской Федерации и относящиеся, как правило, к народам, исторически проживающим на территории Российской Федерации, а также сделавшие свободный выбор в пользу духовной, культурной и правовой связи с Российской Федерацией лица, чьи родственники по прямой восходящей линии ранее проживали на территории Российской Федерации, в том числе:

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 или лицами без гражданства».

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

3. Большое значение для обеспечения соблюдения законных прав и интересов граждан и соотечественников за границей имеют положения международных



договоров России с иностранными государствами. Предоставление в договорном порядке на основе взаимности определенного режима преследует цель предотвращения какой бы то ни было дискриминации российских граждан, изменения их правового положения в одностороннем порядке.

Было заключено большое число как многосторонних, так и двусторонних договоров, направленных на обеспечение прав и свобод человека в государствах СНГ. К ним относятся прежде всего документы многостороннего характера: Соглашение о создании Содружества Независимых Государств от 8 декабря 1991 г., Декларация глав государств — участников Содружества Независимых Государств о международных обязательствах в области прав человека и основных свобод от 24 сентября 1993 г., Конвенция СНГ о правах и основных свободах человека от 26 мая 1995 г., конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. и от 7 октября 2002 г.

К двусторонним относятся: договоры о правовой помощи, о правовом статусе российских граждан, постоянно проживающих на территории государств СНГ, и граждан этих государств — на территории РФ, консульские конвенции и др. 24 января 2006 г. Российской Федерацией было заключено Соглашение с Белоруссией об обеспечении равных прав граждан на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства на территории государств — участников Союзного государства. Это Соглашение было ратифицировано Россией 27 октября 2008 г. Ряд соглашений был заключен Россией со странами Балтии (Латвией, Литвой, Эстонией), в которых проживает большое число российских граждан. В качестве примера приведем Договор о правовой помощи между Россией и Латвией, заключенный 3 февраля 1993 г. и вступивший в силу 29 марта 1995 г. Согласно этому Договору граждане Латвии в России точно так же, как и граждане России на территории Латвии, пользуются в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и собственные граждане каждого из государств.

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

## **Глава 5. Правовое положение юридических лиц**

### **Личный закон и государственная принадлежность юридического лица**

В международном частном праве в отношении юридических лиц применяется понятие личного закона или личного статута юридического лица (*lex societatis*). Личным законом (личным статутом) юридического лица принято называть право, регулирующее основные вопросы правового положения (статуса) юридического лица как субъекта права. Примерный перечень вопросов, определяемых на основании личного закона юридического лица, сформулирован в российском коллизионном законодательстве в п. 2 ст. 1202 ГК РФ.

Вопрос о критериях определения личного закона юридических лиц решается по-разному в различных государствах.

В странах англо-американской правовой семьи традиционно используется критерий места учреждения (инкорпорации) юридического лица: личный закон компании определяется по праву той страны, в которой были выполнены регистрационные формальности, необходимые для создания нового юридического лица. Критерий места учреждения юридического лица стал применяться в Великобритании уже в XVIII в. В настоящее время критерий места учреждения, помимо Великобритании и США, продолжает применяться в большинстве государств, входящих в британское Содружество, а также используется в некоторых странах Латинской Америки (Бразилия, Венесуэла, Мексика, Перу). Данный критерий применяется и в российском коллизионном праве. Критерий места учреждения юридического лица также нашел свое закрепление в ст. 1211 Модельного гражданского кодекса стран СНГ, откуда он был заимствован большинством стран — участниц СНГ, включая Армению, Белоруссию, Казахстан, Киргизию, Узбекистан.

Основными преимуществами критерия места учреждения юридического лица являются легкость практического применения (достаточно проанализировать учредительные документы юридического лица), а также предсказуемость правового

регулирования (в течение всего периода существования юридического лица его правовой статус подчиняется одной правовой системе, независимо от изменения места ведения деятельности, состава участников и органов управления). Однако указанные преимущества имеют и обратную сторону: учредители юридического лица получают возможность выбрать государство с наиболее привлекательной для них правовой системой и учредить там юридическое лицо, которое в реальности будет осуществлять свою деятельность и управляться на территории других стран (так называемые компании почтового ящика, Briefkastenfirmen). При этом очевидно, что при выборе удобной правовой системы учредители будут руководствоваться интересами доминирующих акционеров и менеджмента компании, что может отрицательно повлиять на положение миноритарных акционеров, работников и кредиторов, которые будут лишены защиты, предоставляемой нормами материального права по месту осуществления реальной деятельности данной компании.

В этой ситуации нельзя считать случайным появление другого критерия определения личного закона юридического лица — места нахождения центра управления юридическим лицом, который получил название критерия реальной оседлости (siège réel, Sitztheorie). Согласно данному критерию к вопросам правового статуса юридического лица применяется право того государства, на территории которого находится орган, оказывающий решающее влияние на управление делами компании. Исторически критерий реальной оседлости впервые стал применяться в середине XIX в. во французской судебной практике именно как реакция на злоупотребления учредителей, стремившихся переносить место учреждения компаний в Бельгию и Швейцарию, законодательство которых предоставляло более удобный правовой режим.

В свою очередь, критерий реальной оседлости имеет ряд серьезных недостатков. Наиболее важной проблемой, порождаемой применением критерия реальной оседлости, является проблема признания иностранных юридических лиц. Данная проблема, как правило, не возникает для государств, применяющих критерий места

учреждения юридического лица, поскольку они обращают внимание на формальное выполнение процедуры государственной регистрации юридического лица, не учитывая последующие фактические изменения места нахождения и места ведения деятельности юридического лица. Совсем иное преломление этот вопрос получает при использовании критерия реальной оседлости. Можно представить себе ситуацию, когда юридическое лицо учреждено в государстве, придерживающемся критерия места учреждения юридического лица (например, в Великобритании или Нидерландах), но органы юридического лица фактически находятся (регулярно проводят свои заседания) на территории государства, использующего критерий реальной оседлости (например, в Германии). Или обратную ситуацию, когда юридическое лицо зарегистрировано в стране, где доминирует критерий реальной оседлости, но фактически управляется с территории другого государства.

В приведенных примерах соответствующие юридические лица не будут признаны на территории стран, использующих критерий реальной оседлости, либо будут признаны в ином качестве (не в качестве самостоятельных юридических лиц, участники которых не несут ответственности по их долгам). Для признания соответствующего образования юридическим лицом необходимо в стране реальной оседлости вновь выполнить все необходимые формальности, связанные с созданием юридического лица (включая внесение такого юридического лица в реестр другого государства). Однако с точки зрения материального права после этого появляется новое (второе) юридическое лицо, пусть и со сходным наименованием и составом участников.

Не случайно на протяжении XX в. шел постоянный поиск более удачных решений. В качестве одного из возможных подходов рассматривалось использование других критериев определения личного закона юридического лица.

Критерий места осуществления основной деятельности юридического лица, называемый также критерием центра эксплуатации, берет свои истоки, как и критерий реальной оседлости, во французской судебной практике середины XIX в. Суть данного критерия применительно к коммерческим организациям выражается в

применении в качестве личного закона юридического лица права того государства, на территории которого юридическое лицо преимущественно ведет свою предпринимательскую деятельность (осуществляет основную массу деловых операций). На сегодняшний день данный критерий можно встретить в коллизионном законодательстве развивающихся стран, которые таким образом стремятся обеспечить применение собственного права к зарегистрированным за рубежом компаниям, ведущим активную деятельность на территории этих государств (прежде всего в сфере добычи природных ресурсов).

Однако очевидны недостатки рассматриваемого критерия: его неопределенность (юридическое лицо может одновременно осуществлять свою деятельность на территории нескольких стран) и неустойчивость (на протяжении короткого периода времени юридическое лицо может сменить несколько мест своей предпринимательской деятельности).

Заметную роль в XX в. стал также играть критерий государственной принадлежности участников юридического лица (или критерий контроля). Активное использование этого критерия связано с событиями Первой и Второй мировых войн, когда на повестку дня встал вопрос о запрещении юридических лиц, принадлежащих к враждебным государствам, а также об экспроприации их имущества.

Данный вопрос впервые возник в английской судебной практике в известном деле Даймлера (1916). В Англии была учреждена акционерная компания, капитал которой состоял из 25 тыс. акций, из них только одна принадлежала англичанину, а остальные находились в руках германских акционеров. Компания была зарегистрирована по английским законам. С точки зрения сложившихся к тому времени английских коллизионных норм компания имела английский личный закон. Однако суд признал, что в данном случае надо установить, кто контролирует юридическое лицо, и в соответствии с этим принял решение об экспроприации имущества компании.

В настоящее время критерий контроля продолжает активно использоваться в международных договорах, в том числе регулирующих вопросы иностранных инвестиций (Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между

государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г., Договор к Энергетической хартии 1994 г., некоторые двусторонние международные договоры о защите и поощрении иностранных капиталовложений). Принцип контроля используется при введении Советом Безопасности ООН экономических санкций. Этот критерий также находит свое выражение и во внутреннем законодательстве в целях защиты экономических интересов государства от влияния иностранного капитала (путем ограничения допуска создаваемых иностранными компаниями юридических лиц в определенные отрасли экономики, такие как земледелие, банковская и страховая деятельность, средства массовой информации). Вместе с тем критерий контроля не может стать доминирующим в сфере коллизионного регулирования вследствие присущих ему недостатков: очевидна его непригодность для определения личного закона юридических лиц с многонациональным составом участников или юридических лиц, чьи акции котируются на фондовой бирже и могут менять своих владельцев несколько раз в день.

Другим подходом к решению проблемы стали многочисленные предложения, связанные с поиском компромиссных вариантов применения сразу нескольких из описанных выше критериев определения личного закона юридического лица.

Данный подход был положен в основу проектов международных договоров, направленных на унификацию регулирования правового статуса юридических лиц (Гаагская конвенция о признании правосубъектности иностранных обществ, ассоциаций и учреждений от 1 июня 1956 г., Европейская конвенция об учреждении компаний от 20 января 1966 г., Брюссельская конвенция ЕЭС о взаимном признании компаний от 29 февраля 1968 г.). Однако указанные международные договоры так и не вступили в силу из-за недостаточного количества присоединившихся государств. Определение личного закона юридических лиц на основе сочетания различных критериев характерно для коллизионного законодательства целого ряда государств. Так, согласно Гражданскому кодексу Египта 1948 г. правовой статус иностранных юридических лиц подчиняется закону государства, на территории которого

находится местопребывание основного органа управления юридического лица. Однако, если это лицо осуществляет свою основную деятельность в Египте, применимым является египетский закон. В Италии Закон о реформе итальянской системы международного частного права 1995 г. исходит из применения права страны, на территории которой был завершен процесс учреждения юридического лица, т.е. из критерия инкорпорации. Однако в случае, когда орган управления таких правовых образований находится в Италии, применению подлежит итальянское право.

Вопрос о совместимости сложившихся в национальном законодательстве различных стран Европейского Союза подходов к определению личного закона с зафиксированной в ст. 43 и 48 Договора о ЕС свободой учреждения (свободой выбора места ведения деятельности, *freedom of establishment*) был вынужден разрешать Европейский Суд. Вынесенная этим судебным органом серия решений привела к необходимости радикального пересмотра сложившихся в Европе подходов к решению проблемы определения личного закона юридического лица.

В 1999 г. в решении по делу *Centros* № C-212/97 Европейский Суд отметил, что создание компании в государстве — участнике ЕС, в котором соответствующие корпоративные нормы более либеральны, с последующим открытием в других государствах ЕС филиалов такой компании само по себе не является злоупотреблением свободой учреждения. Более того, Европейский Суд определил, что даже то обстоятельство, что компания не осуществляет никакой деятельности по месту регистрации, не дает другой стране ЕС права отказать в регистрации филиала на своей территории и допуске этой компании к коммерческой деятельности в данной стране.

Огромное значение имело вынесение Европейским Судом в 2002 г. решения по делу *Uberseering* № C-208/00. Спор по данному делу выявил те отрицательные последствия, к которым приводило на практике последовательное применение критерия реальной оседлости.

Учрежденное в Нидерландах общество с ограниченной ответственностью («Uberseering b.v.») в 1992 г. заключило с немецкой компанией-подрядчиком договор на выполнение строительных работ в зданиях, расположенных на территории Германии. В 1994 г. все доли в уставном капитале компании «Uberseering b.v.» были приобретены двумя немецкими гражданами, которые продолжали управлять делами компании с территории Германии. В связи с нарушением подрядчиком своих договорных обязательств компания «Uberseering b.v.» предъявила в немецком суде иск о взыскании убытков. Однако немецкий суд пришел к выводу, что личным законом компании «Uberseering b.v.» должно считаться немецкое право, поскольку именно на территории Германии находилась реальная оседлость компании; требования немецкого права о внесении компании в реестр выполнено не было; следовательно, компания «Uberseering b.v.» не обладает правосубъектностью и не может выступать истцом в немецком суде.

Европейский Суд пришел к выводу, что отказ немецкого суда в признании правосубъектности законным образом учрежденной в Нидерландах компании противоречит Договору о ЕС, а также что правосубъектность компании в подобных случаях должна определяться по праву места учреждения компании, нанеся, таким образом, разрушительный удар по теории реальной оседлости юридического лица, традиционно применявшейся в Германии.

Важное значение также имеет вынесенное в 2003 г. решение Европейского Суда по делу Inspire Art № C-167/01.

Данное дело было связано с тем, что Нидерланды в 1997 г. приняли Закон о псевдоиностранных компаниях (Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen). Согласно ст. 1 указанного Закона под псевдоиностранный компанией понимается имеющая правосубъектность и обособленное имущество компания, учрежденная за пределами Нидерландов, осуществляющая всю или большую часть своей деятельности в Нидерландах и не имеющая реальной связи с государством места своего учреждения. Данный Закон возлагал на компании, подпадающие под определение псевдоиностранный компании, обязанность по представлению



голландским властям дополнительных документов, занесению в таком качестве в реестр юридических лиц и обозначению своего особого статуса на всей исходящей документации. Кроме того, на директоров таких компаний возлагалась обязанность обеспечить наличие оплаченного уставного капитала в размере, не меньшем установленного для голландских компаний. В качестве санкции за невыполнение указанных требований вводилась неограниченная солидарная ответственность директоров псевдоиностранной компании по долгам самой компании.

В своем решении Европейский Суд постановил, что свобода учреждения, гарантированная Договором о ЕС, не допускает наложение на компанию, учрежденную в другой стране ЕС, местных ограничений, связанных с минимальным уставным капиталом и ответственностью директоров. Европейский Суд подчеркнул, что причины, по которым компания была учреждена в другом государстве, а также тот факт, что компания осуществляет всю или большую часть своей деятельности за пределами государства места учреждения, не препятствует реализации свободы учреждения, за исключением особых случаев злоупотреблений, которые должны устанавливаться индивидуально.

Таким образом, в практике Европейского Суда был сформулирован принцип, в соответствии с которым страна — участница ЕС не только не может отказать в признании правосубъектности компании, учрежденной в другой стране ЕС (дело *Uberseering*), но и не может распространять на учрежденные за рубежом компании положения местного корпоративного права, если такие положения затрудняют доступ к деятельности на территории данной страны (дело *Inspire Art*).

Указанные решения касались вопроса об изменении фактического места нахождения органов юридического лица (реальной оседлости, *real seat*). При вынесении в 2012 г. решения по делу *VALE* № C-378/10 Европейский Суд столкнулся с желанием итальянского общества с ограниченной ответственностью изменить формальное место нахождения (*registered seat*) путем реинкорпорации на территории Венгрии с соответствующим изменением личного закона юридического лица. Итальянские органы согласились внести в итальянский реестр компаний запись об исключении

этой компании с отметкой «компания изменила свое местонахождение на Венгрию», однако венгерские органы, осуществляющие государственную регистрацию юридических лиц, посчитали невозможным внесение в местный реестр записи о том, что венгерская компания является правопреемницей итальянского общества и внесена в венгерский реестр в связи с изменением формального места нахождения бывшей итальянской компании.

Европейский Суд пришел к выводу о том, что если национальное законодательство страны ЕС допускает преобразование местных юридических лиц из одной организационно-правовой формы в другую, то такая страна не может отказать компаниям, первоначально инкорпорированным на территории другой страны ЕС, но желающим изменить формальное место нахождения, во внесении в местный реестр компаний в качестве правопреемника юридического лица, ранее инкорпорированного в другой стране ЕС.

Из приведенных выше решений Европейского Суда следует, что в рамках ЕС государства не могут отказаться от применения в отношении иностранных компаний из других стран ЕС критерия инкорпорации при определении личного закона юридического лица. Вместе с тем в ряде решений (дело *Daily Mail* № C-81/87 и дело *Cartesio* № C-210/06) Европейский Суд отметил, что каждая страна — участница ЕС сама решает, при каких условиях юридическое лицо может быть инкорпорировано на территории соответствующей страны (получить ее личный закон), а также может сохранять статус юридического лица по местному праву. Так, в деле *Cartesio* Европейский Суд признал обоснованным отказ венгерских властей внести в венгерский реестр компаний указание на то, что венгерское юридическое лицо будет иметь фактическое место нахождения (реальную оседлость) на территории Италии, поскольку по венгерскому праву компания только тогда может иметь статус венгерского юридического лица, когда в Венгрии находится фактическое место ее нахождения. Европейский Суд пришел к выводу о том, что, прежде чем решить вопрос о наличии у компании свободы учреждения (*freedom of establishment*), гарантированной Договором о ЕС, необходимо ответить на предварительный вопрос,

признается ли данное лицо надлежащим образом учрежденным в той или иной стране ЕС в соответствии с местными правилами и не утрачивает ли она данный статус в соответствии с правом места инкорпорации. Иными словами, Европейский Суд разрешил странам ЕС ограничивать возможности по изменению фактического места нахождения (реальной оседлости) для местных компаний, инкорпорированных в этом государстве, но указал на недопустимость аналогичных действий для государств, которые имеют дело с иностранными компаниями, учрежденными в другой стране ЕС.

От частноправовых вопросов, лежащих в плоскости коллизионного права (вопросов о признании иностранных юридических лиц и определении права, регулирующего их частноправовой статус), необходимо отличать вопросы публично-правового воздействия (налогообложение, применение антимонопольного законодательства, валютного и таможенного регулирования, допуска к занятию определенными видами деятельности и владению определенными видами имущества). Для обозначения правовой связи юридического лица с территорией определенного государства для целей публичного права часто используются понятия «национальность», «резидентство» или «государственная принадлежность» юридического лица. Эти понятия также могут использоваться в международном публичном праве для определения круга лиц, на которых распространяется действие того или иного международного договора (например, двустороннего международного договора о защите и поощрении иностранных капиталовложений) либо которым предоставляется дипломатическая защита.

Сегодня в большинстве стран мира наблюдается тенденция, в соответствии с которой в национальном законодательстве используются различные подходы для определения личного закона юридических лиц для целей коллизионного права, с одной стороны, и национальности компаний для целей публичного права, с другой стороны. В результате одна и та же организация может иметь личный закон одной страны (например, страны по месту государственной регистрации), являться налоговым резидентом другой страны (например, страны по месту фактического

нахождения исполнительного органа или по месту фактического ведения основной деятельности) и пользоваться правами, вытекающими из международного договора с участием третьей страны (например, вследствие того, что единственным участником этой организации является гражданин такой третьей страны). Описанное явление получило в литературе название тенденции отделения личного закона юридического лица от его государственной принадлежности (национальности).

Данный подход позволяет, с одной стороны, создать удобные и предсказуемые правила коллизионного регулирования правового статуса юридических лиц, сведя к минимуму случаи отказа в признании правосубъектности иностранных компаний, а с другой стороны, защитить важные публично-правовые интересы государств, на территории которых юридические лица осуществляют свои коммерческие операции и оказывают влияние на экономическую жизнь.

### **Правовое положение иностранных юридических лиц в России**

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

Основные положения о применении права к юридическим лицам содержатся в п. 1 ст. 1202 ГК РФ. Современное российское гражданское законодательство исходит при определении «национальности» юридического лица преимущественно из критерия инкорпорации. Этот принцип применялся и в прежнем законодательстве. Из этого следует, что, для того чтобы установить, является ли то или иное образование юридическим лицом, необходимо выяснить, какую государственную принадлежность оно имеет.

Согласно ст. 1203 ГК РФ личным законом иностранной организации, не являющейся юридическим лицом по иностранному праву, считается право страны, где эта организация учреждена. Например, если личным законом полного товарищества будет английский закон, тогда такое товарищество не признается юридическим

лицом. В случае же, когда установлено, что личным законом является французский закон, аналогичное образование будет рассматриваться как юридическое лицо.

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

Во многих двусторонних международных соглашениях, заключенных СССР, а затем Россией с иностранными государствами о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений, применяется тот же критерий инкорпорации, в некоторых соглашениях (например, с Аргентиной, Грецией и Японией) действуют одновременно два критерия — инкорпорации и местонахождения, в соглашениях с ФРГ и Италией использован только критерий местонахождения. Принцип контроля применен в некоторых соглашениях Российской Федерации (с Бельгией, Кувейтом, Люксембургом, Филиппинами и Швейцарией). Так, по договору с Филиппинами он установлен применительно к компаниям, созданным не в рамках законов Филиппин, но реально контролируемым гражданами или компаниями, созданными в соответствии с законами Филиппин, однако в отношении России этот принцип в договоре не применен.

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

Закон об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности 2003 г. (ст. 2) относит к иностранным лицам, в частности, юридическое лицо или не являющуюся юридическим лицом по праву иностранного государства организацию,

которые не являются российскими лицами, а под российским лицом понимается юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством РФ. Таков общий подход российского законодательства. Однако в некоторых специальных областях (в налоговом, валютном, банковском законодательстве), а также в соответствующих международных соглашениях в качестве основного критерия применяется критерий местонахождения юридического лица, в соответствии с которым определяются «резиденты» и «нерезиденты» (о применении этого критерия для определения права, подлежащего применению к внешнеторговым сделкам, см. в гл. 9 учебника).

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

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

Согласно п. 2 ст. 1202 на основе личного закона юридического лица определяются, в частности:

- 1) статус организации в качестве юридического лица;
- 2) организационно-правовая форма юридического лица;
- 3) требования к наименованию юридического лица;
- 4) вопросы создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, в том числе вопросы правопреемства;
- 5) содержание правоспособности юридического лица;

- 6) порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей;
- 7) внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками;
- 8) способность юридического лица отвечать по своим обязательствам;
- 9) вопросы ответственности учредителей (участников) юридического лица по его обязательствам.

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

Все приведенные в перечне вопросы имеют существенное практическое значение. В качестве примера остановимся только на вопросах создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, а также на вопросах правопреемства (п. 4 приведенного перечня). Без учета требований, предъявляемых российским законодательством к учреждению юридического лица, иностранный участник не сможет создать или участвовать в создании такого юридического лица в России, точно так же российский предприниматель должен знать, что будет в случае рассмотрения в российском суде (третейском суде) спора, связанного с ликвидацией или правопреемством такого юридического лица, созданного им за рубежом, в котором он участвует. Как и большинство других коллизионных норм части третьей ГК РФ, рассматриваемое положение носит двусторонний характер. Это значит, что в качестве личного закона созданных в России юридических лиц с иностранным участием независимо от объема этого участия, т.е. доли участия в них иностранного капитала, должно признаваться российское право (иными словами, эти юридические лица будут признаваться в качестве российских юридических лиц). Точно так же

компаний, созданные и зарегистрированные на Бермудских островах, на Кипре или острове Мэн российскими лицами с полностью или частично российским капиталом, должны признаваться в качестве юридического лица соответствующего государства или территории. К внутренним отношениям, о которых говорится в п. 7 приведенного перечня п. 2 ст. 1202, наряду с указанными следует отнести вопросы формирования уставного складочного капитала, принятия решений органами юридического лица и др.

Прежде всего возникает вопрос: что следует понимать под статусом юридического лица? Приведем пример из практики МКАС.

Российская организация предъявила к фирме из США иск в связи с неисполнением этой фирмой ряда обязательств. В постановлении от 25 мая 2005 г. по делу № 163/2003 МКАС отметил, что вопросы ликвидации юридического лица относятся к личному статусу юридического лица, который регулируется не обязательственным статутом сделки, а личным законом соответствующего лица. Руководствуясь ст. 1202 ГК РФ, арбитраж определил, что личным законом ответчика является право США, поскольку ответчик учрежден и зарегистрирован в г. Хьюстоне, штат Техас, США.

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

Однако согласно п. 3 ст. 1202 ГК РФ «юридическое лицо не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, не известное праву страны, в которой орган или представитель юридического лица совершил сделку, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанном ограничении». В этом



положении выражена, как отмечалось в литературе, приобретающая все большее значение защита добросовестности стороны (Г. К. Дмитриева).

Согласно Минской конвенции 1993 г. правоспособность юридического лица определяется законодательством государства, по законам которого оно было учреждено. Так же определяется правоспособность юридического лица и в Кишиневской конвенции 2002 г.

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

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

Итак, в торговых договорах с иностранными государствами, во-первых, определяется, к какому государству относится соответствующее юридическое лицо, поскольку там устанавливается принцип определения национальности юридических лиц; во-вторых, предусматривается взаимное признание правосубъектности этих юридических лиц; и наконец, в-третьих, содержатся правила о режиме юридических лиц, о режиме наибольшего благоприятствования или национальном режиме. По торговым договорам иностранным юридическим лицам обычно предоставляется режим наибольшего благоприятствования. Что же касается национального режима, то он предоставляется в определенных сферах (право на судебную защиту, в области

торгового мореплавания). Если торговым договором предусматривается режим наибольшего благоприятствования, то это значит, что ко всем иностранным юридическим лицам должны применяться одинаковые положения. Никакой дискриминации в отношении иностранного юридического лица какого-либо государства, с которым заключен договор на основе принципа наибольшего благоприятствования, не допускается.

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

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

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

- заключать внешнеэкономические сделки без каких-либо специальных разрешений (имеются в виду сделки купли-продажи товаров, бартерные сделки, лизинговые операции, строительный подряд и др.). При этом не требуется, чтобы иностранное юридическое лицо было зарегистрировано в реестре юридических лиц, состояло на учете в налоговых органах, если оно не осуществляет свою деятельность в России через постоянное представительство;
- арендовать земельные участки, здания и помещения для офисов, осуществлять производственную деятельность, а также приобретать право собственности на недвижимое имущество (с учетом установленных ограничений);

- совершать связанные со сделками расчеты, кредитно-финансовые, транспортные и иные операции (в частности, в области рекламы товаров и услуг в соответствии с Федеральным законом от 13 марта 2006 г. «О рекламе»);
- быть учредителями и участниками создаваемых в России обществ и товариществ;
- создавать полностью принадлежащие им предприятия, хозяйственные общества и товарищества или же совместно с российскими лицами в организационно-правовых формах, предусмотренных российским законодательством (в частности, в форме акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью);
- заключать инвестиционные соглашения, концессионные соглашения, соглашения о разделе продукции и в иных формах участвовать в разработке недр и природных ресурсов (Закон РФ «О недрах», Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. «О континентальном шельфе Российской Федерации», Закон о соглашениях о разделе продукции 1995 г.);
- учреждать на территории России свои представительства, филиалы;
- принимать участие в приватизации государственных и муниципальных предприятий;
- регистрировать товарные знаки и наименования мест происхождения товаров;
- быть учредителями и участниками некоммерческих и благотворительных организаций.

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

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

участием, иными словами, во внутреннем законодательстве был применен принцип контроля, о котором говорилось выше. Приведем примеры. Согласно п. 2 ст. 2 и ст. 3 Закона об обороте земель сельскохозяйственного назначения 2002 г. права собственности на земельные участки из числа этих земель не могут иметь не только иностранные юридические лица, но и российские юридические лица, в уставном капитале которых доля иностранных граждан, лиц без гражданства или иностранных юридических лиц составляет более 50%. О российских юридических лицах с долей участия в них иностранного капитала ЗК РФ не упоминает.

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

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

В ГК РФ подробно определен статус хозяйственных товариществ, а для обществ установлены лишь общие правила, детализация которых осуществляется в специальных законах. В Российской Федерации действуют федеральные законы от 26 декабря 1995 г. «Об акционерных обществах» и от 8 февраля 1998 г. «Об обществах с ограниченной ответственностью».

Хозяйственные товарищества согласно ст. 66 ГК РФ могут создаваться в организационно-правовой форме полного товарищества или товарищества на вере (п. 3), а хозяйственные общества — в форме акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью (п. 4).

Хозяйственные товарищества и общества определены в ГК РФ как корпоративные коммерческие организации с разделенным на доли (вклады) учредителей (участников) уставным (складочным) капиталом. В свою очередь, хозяйственные общества разделены на публичные и непубличные. К первым относятся акционерные общества, акции которых и конвертируемые в такие акции ценные бумаги публично размещаются (путем открытой подписки) или публично обращаются на условиях, установленных законами о ценных бумагах. Положения о публичных обществах применяются также к акционерным обществам, устав и фирменное наименование которых содержат указание на то, что общество является публичным. К непубличным обществам относятся общества с ограниченной ответственностью и акционерные общества, которые не отвечают признакам публичного общества (п. 1 и 2 ст. 663 ГК РФ).

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

Поскольку основными иностранными инвесторами, выступающими в качестве учредителей соответствующих предприятий на территории РФ, являются иностранные юридические лица, приведем применяемое в Законе об иностранных инвестициях 1999 г. понятие «иностранный инвестор», используемое для целей этого Закона. Согласно ст. 2 названного Закона иностранный инвестор — это:

- иностранное юридическое лицо, гражданская правоспособность которого определяется в соответствии с законодательством государства, в котором оно

учреждено, и которое вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории РФ;

- иностранная организация, не являющаяся юридическим лицом, гражданская правоспособность которой определяется в соответствии с законодательством государства, в котором она учреждена, и которая вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории РФ;
- иностранный гражданин, гражданская правоспособность и дееспособность которого определяются в соответствии с законодательством государства его гражданства и который вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории РФ;
- лицо без гражданства, которое постоянно проживает за пределами Российской Федерации, гражданская правоспособность и дееспособность которого определяются в соответствии с законодательством государства его постоянного места жительства и которое вправе в соответствии с законодательством указанного государства осуществлять инвестиции на территории РФ;
- международная организация, которая вправе в соответствии с международным договором РФ осуществлять инвестиции на территории РФ;
- иностранные государства в соответствии с порядком, определяемым федеральными законами.

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

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

О Законе об инвестициях в стратегические отрасли 2008 г. см. в гл. 8 учебника.

6. Действующее в России законодательство не устанавливает для российских и иностранных участников предприятия с иностранными инвестициями какого-либо обязательного соотношения долей. Этот вопрос решается соглашением сторон (учредительным договором). Иные правила по данному вопросу установлены в отношении совместных страховых организаций.

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

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

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

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

Закон об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности 2003 г. рассматривает коммерческое присутствие в качестве формы организации предпринимательской и экономической деятельности иностранного лица на территории РФ в целях оказания услуг, в том числе путем создания юридического лица, филиала или представительства юридического лица либо участия в уставном (складочном) капитале юридического лица (ст. 2). Свои представительства в России могут открывать иностранные банки, авиационные предприятия и др. Согласно установленному порядку, иностранные юридические лица могут открывать на территории России свои представительства только с разрешения, выдаваемого специально уполномоченным на то аккредитуемым органом.

Иностранная фирма или организация, заинтересованная в открытии представительства, подает в соответствующий аккредитуемый орган письменное заявление, в котором оговаривается цель открытия представительства, дается описание деятельности фирмы, ее планов и перспектив сотрудничества с российскими партнерами. К заявлению прилагаются официальные документы, в числе которых можно назвать: устав иностранного юридического лица, открывающего представительство; выписку из торгового реестра и банковскую справку о платежеспособности иностранной фирмы; положение о представительстве и решение компетентного органа управления иностранного предприятия о его



открытии. Разрешение на открытие обычно выдается на срок от одного года до трех лет и может быть продлено по просьбе соответствующего иностранного юридического лица.

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

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

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

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

Юридические лица, являющиеся коммерческими организациями с иностранными инвестициями, подлежат государственной регистрации в порядке, определяемом Федеральным законом от 8 августа 2001 г. «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей». Государственная услуга по государственной регистрации юридических лиц предоставляется Федеральной налоговой службой (ее инспекциями).

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

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

Предприятия с иностранными инвестициями являются юридическими лицами по российскому законодательству. Они могут от своего имени заключать договоры, приобретать имущественные и личные неимущественные права и нести обязанности, быть истцами и ответчиками в суде и третейском суде. Предприятия имеют самостоятельный баланс и действуют на основе полного хозяйственного расчета, самоокупаемости и самофинансирования. В принципе на них как на юридические лица российского права распространяются общие положения российского законодательства о юридических лицах. Но в отношении таких предприятий действуют и некоторые специальные положения, прямо установленные законодательством.

С учреждением предприятия с иностранными инвестициями в России рождается новое юридическое лицо, но независимо от того, находится ли в руках иностранного инвестора 100% капитала такого лица или только его часть, оно полностью подпадает под действие российского права. Это означает, что все правила, касающиеся

лицензирования, применяются и к его деятельности (например, в секторе энергетики, здравоохранения, транспорта, строительства).

Из других юридических вопросов следует остановиться на вопросе о праве, подлежащем применению к взаимоотношениям участников предприятия с иностранными инвестициями.

Наряду с договором об учреждении общества в соответствии со ст. 672 ГК РФ участники хозяйственного общества или некоторые из них вправе заключить между собой договор об осуществлении своих корпоративных (членских) прав (корпоративный договор), в соответствии с которым они обязуются осуществлять эти права определенным образом или воздерживаться (отказаться) от их осуществления, в том числе голосовать определенным образом на общем собрании участников общества, согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом, приобретать или отчуждать доли в его уставном капитале (акции) по определенной цене или при наступлении определенных обстоятельств либо воздерживаться от отчуждения долей (акций) до наступления определенных обстоятельств.

Поскольку и договор об учреждении такого предприятия, и корпоративный договор — это всегда договоры с иностранным участником (фирмой, компанией, корпорацией), во взаимоотношениях участников всегда присутствует «иностраннный элемент». Это означает необходимость решения так называемой коллизионной проблемы, т.е. вопроса о том, правом какого государства эти отношения будут регулироваться.

В соответствии со ст. 1214 ГК РФ стороны вправе самостоятельно определить право, применимое к их отношениям, однако этот выбор не может затрагивать действие императивных норм права страны места учреждения юридического лица по вопросам, касающимся сферы действия личного закона юридического лица, определенного положениями п. 2 ст. 1202 ГК РФ. Если же стороны самостоятельно не определили право, применимое к их договорам, то решение этой проблемы российским судом или третейским судом (арбитражем) возможно на основе норм и принципов коллизионного права, входящего в ГК РФ: «При отсутствии соглашения

сторон о подлежащем применению праве к договору о создании юридического лица и к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица, применяется право страны, в которой учреждено или подлежит учреждению юридическое лицо».

Статья 1214, как это видно из ее текста, должна применяться к договорам о создании любых юридических лиц с иностранным участием. По своему характеру это диспозитивная норма. Стороны такого договора не могут своим соглашением предусмотреть применение иного права, чем право страны места учреждения юридического лица.

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

Так, в договорах о поощрении и защите капиталовложений определяется, как уже отмечалось выше, какие юридические лица государств, заключивших договор, рассматриваются в качестве инвесторов, т.е. решается вопрос о «национальности» юридических лиц. Объясняется это тем, что задача этих международных соглашений состоит в возможно более точном определении того юридического лица другой стороны, в отношении которого должны применяться положения договора.

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

### **Правовое положение российских юридических лиц за рубежом**

1. Правовое положение российских юридических лиц за рубежом определяется российским законодательством, которым должны руководствоваться юридические

лица, осуществляющие свою деятельность вне пределов страны, внутренним законодательством страны, в которой они осуществляют свою деятельность, а также международными договорами.

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

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

Деятельность по экспорту или импорту лишь отдельных товаров, на которые установлена государственная монополия, может осуществляться на основе

лицензирования. Лицензии на такую деятельность выдаются только государственным унитарным предприятиям. Имеются особые правила об экспортном контроле, согласно которым определена система обязательного лицензирования в отношении операций с контролируемыми товарами и технологиями. Установлен также особый порядок военно-технического сотрудничества, согласно которому определен круг тех организаций, которым разрешено заключать контракты.

По обязательствам предприятия, основанного на праве оперативного управления (федерального казенного предприятия), Россия как государство будет нести субсидиарную ответственность при недостаточности имущества такого казенного предприятия.

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

В решении ВТАК по иску израильской фирмы «Джордан инвестмент лтд» против В/О «Союзнефтеэкспорт» от 19 июня 1958 г. было признано, что запрещение со стороны Министерства внешней торговли СССР исполнения договора и отказ в выдаче лицензии на вывоз нефти из СССР, будучи обязательными для В/О «Союзнефтеэкспорт», являются обстоятельствами форс-мажора, освобождающими его от ответственности. Истец в данном деле, в частности, утверждал, что эти действия не могут рассматриваться в качестве форс-мажора для ответчика, поскольку ответчик и Министерство внешней торговли являются органами одного и того же государства. В решении ВТАК признана самостоятельная правосубъектность объединения и отмечено, что объединение не является органом государственной власти. Поэтому попытка фирмы отождествить объединение с министерством лишена основания.

В связи с этим нельзя согласиться с утверждениями, часто высказываемыми на Западе, что государственное юридическое лицо частного права (применительно к

СССР и Российской Федерации — советского и российского гражданского права) идентично стоящему за ним государству.

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

Таким образом, общее для всех российских субъектов международного частного права в области внешнеэкономической деятельности состоит в том, что они являются юридическими лицами, несущими, как правило, самостоятельную имущественную ответственность по своим обязательствам. (В особом положении находятся лишь федеральные казенные предприятия, поскольку собственник казенного предприятия несет субсидиарную ответственность по обязательствам такого предприятия при недостаточности его имущества.)

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

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

Таким образом, применение норм российского законодательства имеет ограниченное значение.

2. Главную роль призвано играть внутреннее законодательство страны, в которой российские юридические лица осуществляют свою деятельность. Все вопросы, касающиеся порядка осуществления деятельности на территории иностранного

государства, допуска юридического лица к соответствующей деятельности, условий такой деятельности, решаются во внутреннем законодательстве той страны, где действует российское юридическое лицо, и в соответствии с положениями договора, заключенного Россией с данным государством.

Этот принцип международного частного права признается нашим законодательством. Так, согласно ст. 5 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. «Об обществах с ограниченной ответственностью» создание обществом филиалов и представительств за пределами территории РФ осуществляется в соответствии с законодательством иностранного государства, если иное не предусмотрено международным договором.

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

Поэтому, например, если в Испании или в Бельгии создается компания с участием российских юридических лиц или общество, полностью принадлежащее российским юридическим или физическим лицам, то условия его деятельности будут определяться не российским правом, а испанским или бельгийским законодательством. Если же речь идет о российском юридическом лице, то в отношении его учреждения и ликвидации, а также внутренней структуры подлежит применению российское право.

В конце XX в. для российских юридических лиц определенное практическое значение приобрело создание в так называемых офшорных зонах компаний с участием российского капитала. Эти компании, которые часто именуют компаниями международного бизнеса, как правило, не могут осуществлять хозяйственную деятельность внутри таких территорий или государств, где они учреждены и зарегистрированы и где находится их центр управления (офис, дирекция). Эти компании созданы для деятельности в других странах, в том числе в России. Само



название «офшорная зона» происходит от англ. off-shore — находящийся вдали от берега. Обычно они создаются в островных государствах. Однако такие зоны имеются и на территориях неостровных государств (например, одной из наиболее известных является зона в Лихтенштейне).

В отечественной литературе справедливо обращалось внимание на то, что во многих странах негативно относятся к созданию таких зон и к международной деятельности соответствующих юридических лиц, зарегистрированных в них. Так, на Бермудских островах была создана и зарегистрирована компания «Каспийский трубопроводный консорциум» («КТК») для реализации проектирования, финансирования, строительства и эксплуатации трубопровода для транспортировки сырой нефти из Казахстана. Ряд компаний был создан в других офшорных зонах (Кипр, Лихтенштейн, острова Мэн, Джерси, Антильские и др.). Естественно, что при создании таких компаний в полном объеме должно применяться весьма детальное местное законодательство о компаниях (например, закон о компаниях Бермудских островов или закон о компаниях острова Джерси), а такие компании с точки зрения прежде всего их налогообложения, а также с позиций международного частного права должны рассматриваться как юридические лица соответствующего государства или территории.

Правовое положение российских юридических лиц за рубежом будет также определяться соответствующими международными соглашениями. В отношении европейских государств — членов ЕС важную роль играло Соглашение о партнерстве и сотрудничестве 1994 г., вступившее в силу в 1997 г. Согласно этому Соглашению в отношении условий, касающихся учреждения компаний на территории ЕС и соответственно России, предоставлялся режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый любой третьей стране. Такой же режим предоставлялся дочерним компаниям и филиалам (ст. 28—35 Соглашения). В отношении юридических лиц стран СНГ следует иметь в виду, что положения Минской конвенции 1993 г. применяются к юридическим лицам, созданным в соответствии с законодательством договаривающихся сторон. Положения Кишиневской конвенции 2002 г.

применяются также к юридическим лицам (п. 4 ст. 1). Особое значение для обеспечения всем хозяйствующим субъектам стран — участниц СНГ равных возможностей для защиты своих прав и законных интересов имело заключение Киевского соглашения 1992 г. Под хозяйствующими субъектами в этом Соглашении понимаются все предприятия, их объединения, организации любых организационно-правовых форм, созданные в соответствии с законодательством каждой страны-участницы.

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

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

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

Организационные формы совместной деятельности отличаются большим разнообразием. Однако общим для них, как правило, является то, что происходит объединение капиталов, принадлежащих участникам из различных стран, осуществляется совместное управление с целью достижения определенного результата, имеет место совместное несение рисков и убытков.

Одной из возможных организационно-правовых форм является консорциум. Обычно во внешнеэкономической сфере консорциумы создавались на договорной основе для реализации, как правило, крупномасштабных проектов, которые требуют

объединения усилий нескольких организаций (на практике применялись, в частности, банковские консорциумы при получении кредитов, консорциумы для участия в торгах при переговорах о строительстве объектов за рубежом). Известны различные виды консорциумов.

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

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

Такого рода консорциумы юридическими лицами не являются.

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

В этом Законе под консорциумом как одной из сторон в соглашениях о разделе продукции понимаются «создаваемые на основе договора о совместной деятельности

и не имеющие статуса юридического лица объединения юридических лиц, осуществляющие вложение собственных заемных или привлеченных средств (имущества и (или) имущественных прав) в поиски, разведку и добычу минерального сырья и являющиеся пользователями недр на условиях соглашения».

### **Материально-правовая унификация правового регулирования статуса юридических лиц**

До последнего времени большинство исследователей считало бесперспективным исследование возможностей материально-правовой унификации правового регулирования статуса юридических лиц вследствие фундаментальных различий, присущих корпоративному праву различных стран. Однако опыт последних лет, и прежде всего развитие общеевропейского права показывают, что постановка такого вопроса является не только возможной, но и необходимой.

Если на всемирном (универсальном) уровне усилия различных государств направлены в основном на формулирование общих стандартов привлечения и правового регулирования иностранных инвестиций (см. гл. 8 учебника), то страны ЕС на региональном уровне добились существенных успехов в материальной унификации собственно корпоративных частноправовых норм.

Первое направление материальной унификации корпоративного права в ЕС связано с принятием директив, которые преследуют своей целью гармонизацию (сближение) национальных законодательств различных стран ЕС. В настоящее время принято 11 директив по праву компаний, специально посвященных вопросам корпоративного права.

Второе направление материальной унификации корпоративного права в ЕС связано с разработкой новых общеевропейских организационно-правовых форм юридических лиц. Речь идет об уникальных попытках преодолеть национальную разобщенность систем юридических лиц, при которой каждое государство имеет свой особый набор разновидностей компаний. Идея создания общеевропейской компании, которая

имела бы одинаковый правовой статус на территории всех европейских стран и подчинялась бы единым корпоративным нормам, возникла еще в конце 1950-х гг. Первые проекты создания европейской компании (*Societas Europaea*) предполагали, что европейская компания будет в полной мере наднациональным образованием, т.е. не будет иметь непосредственной юридической связи с национальным корпоративным правом государств — участников ЕС, поскольку данные вопросы будут исчерпывающим образом разрешены в общеевропейском акте. Однако последующие 40 лет непрерывных дискуссий показали практическую неосуществимость данной прогрессивной по своему содержанию идеи.

После серии сложных компромиссов в 2001 г. были утверждены Регламент № 2157/2001 о статуте европейской компании и Директива № 2001/86/ЕС, дополняющая статут европейской компании по вопросам участия наемных работников. В итоговом тексте произошел отказ от идеи исчерпывающего урегулирования положений корпоративного права на уровне Регламента: в ст. 9 Регламента прямо указано, что по вопросам, не предусмотренным в тексте Регламента, подлежит применению национальное право стран — членов ЕС (национальные правила, специально посвященные европейским компаниям, а при отсутствии таковых — даже нормы, регулирующие статус национальных акционерных обществ). Изучение Регламента показывает, что европейским странам не удалось единообразно сформулировать большое количество вопросов, традиционно относящихся к корпоративному праву, включая такие, как: изменение уставного капитала, выпуск акций, облигаций и иных эмиссионных ценных бумаг, определение исключительной компетенции общего собрания участников, порядок созыва и проведения таких собраний, определение круга сделок, требующих одобрения наблюдательного совета или правления европейской компании, порядок привлечения членов органов управления к ответственности за убытки, причиненные европейской компании их действиями, процедура ликвидации европейской компании. Окончательный текст Регламента делает еще одно отступление от первоначальной идеи о наднациональной природе европейской компании: вместо создания особого общеевропейского реестра всех

европейских компаний предусматривается внесение европейских компаний в обычные национальные реестры отдельных стран.

С учетом изложенного следует констатировать, что европейская компания не стала наднациональной организационно-правовой формой юридического лица, имеющей единый правовой статус на территории всех государств ЕС. Правовое положение европейских компаний в разных странах весьма существенно различается, поскольку различным образом решаются вопросы корпоративного права, не урегулированные в Регламенте. В связи с этим особое значение приобретает вопрос о коллизионной привязке, которая используется в Регламенте для определения субсидиарно применимых правил национального законодательства. Регламент различает понятия формального места нахождения (registered office) и фактического места нахождения (head office) компании. При этом в ст. 7 вводится жесткое правило, согласно которому как формальное, так и фактическое места нахождения европейской компании должны быть в пределах одного государства ЕС под страхом принудительной ликвидации компании. Поэтому указание в п. 1 ст. 3 Регламента на применение национального права по формальному месту нахождения компании не должно расцениваться как использование коллизионного критерия места учреждения (инкорпорации) юридического лица. В действительности сформулированное правило скорее предполагает победу критерия реальной оседлости, при котором недопустим перенос фактического места нахождения юридического лица за пределы государства, территория которого определена в качестве формального места нахождения.

Отмечается два основных преимущества формы европейской компании, которые должны способствовать распространению таких юридических лиц.

В качестве первого преимущества выделяется четкое регулирование процедуры переноса формального места нахождения европейской компании из одной страны ЕС в другую. В ст. 8 Регламента подробно регулируется процедура такой смены места нахождения компании, предполагающая исключение европейской компании из реестра юридических лиц одного государства ЕС и внесение этой компании в реестр юридических лиц по новому месту нахождения без прохождения процедуры

ликвидации и без утраты первоначальной правосубъектности. Несмотря на то что Европейский Суд в решении по делу VALE № C-378/10 признал возможность переноса формального места нахождения также для национальных юридических лиц из стран ЕС, из-за отсутствия регламента или директивы, регулирующих соответствующую процедуру, реализация этой возможности для национальных юридических лиц продолжает оставаться весьма затруднительной.

Вторым преимуществом считается открывающаяся с помощью фигуры европейской компании возможность транснациональных слияний и присоединений. До последнего времени транснациональные слияния и присоединения как разновидности реорганизации юридических лиц были практически неосуществимы из-за отсутствия соответствующих национальных норм. Неудачей окончилась подготовка соответствующего международного договора, текст которого обсуждался в 1960-х гг. На практике поглощение компаний осуществлялось либо путем приобретения 100% акций (долей) в уставном капитале, либо путем создания в государстве по месту нахождения поглощаемой компании нового юридического лица с последующим слиянием или присоединением двух юридических лиц, имеющих один и тот же личный закон.

Однако ситуация изменилась после вынесения Европейским Судом в 2005 г. решения по делу SEVIC Systems № C-411/03. В данном решении Европейский Суд пришел к выводу о том, что отказ немецких органов зарегистрировать присоединение компании из Люксембурга к германскому юридическому лицу нарушает положения Договора о ЕС. В настоящее время процедура транснациональных слияний и присоединений национальных обществ с ограниченной ответственностью регулируется Директивой ЕС от 26 октября 2005 г. № 2005/56/ЕС.

Необходимо отметить, что европейская компания является не единственной формой общеевропейского юридического лица. Еще в 1985 г. был утвержден Регламент № 2137/85 о европейских объединениях с общей экономической целью (European Economic Interest Grouping). Эти европейские объединения могут создаваться исключительно для оказания организационной и управленческой помощи в

осуществлении деятельности своих участников, но не вправе заниматься какой-либо предпринимательской деятельностью, отличной от предмета деятельности своих участников. Европейское объединение не имеет собственного уставного капитала, его участники несут неограниченную солидарную ответственность по долгам. Более того, в соответствии с национальным законодательством европейское объединение вообще может не считаться юридическим лицом (например, в Германии и Италии). Таким образом, в правовой конструкции европейского объединения с общей экономической целью были использованы элементы, присущие товариществам, кооперативам и ассоциациям юридических лиц.

В 2003 г. был утвержден Регламент ЕС № 1435/2003, посвященный еще одной общеевропейской организационно-правовой форме юридического лица — европейскому кооперативному обществу (European Cooperative Society). В настоящее время идет работа над проектами документов о европейской ассоциации (European Association), европейском взаимном обществе (European Mutual Society), европейском фонде (European Foundation) и европейской частной компании (European Private Company). Наибольший интерес представляет последний проект, который предполагает создание общеевропейского аналога формы общества с ограниченной ответственностью, доступной для использования не только компаниям, имеющим связь с территорией сразу нескольких стран ЕС, но и физическим лицам, имеющим место жительства в ЕС.

Таким образом, опыт ЕС показывает возможность эффективного использования метода материальной унификации для правового регулирования статуса юридических лиц. Причем имеющиеся достижения не ограничиваются гармонизацией национальных корпоративных норм, а свидетельствуют о возможности построения особых организационно-правовых форм юридических лиц, получающих единообразное правовое регулирование для стран — участниц соответствующего регионального объединения государств. Среди прочего данный опыт может быть с успехом использован в практике интеграционных объединений на постсоветском пространстве.



### **Группы коммерческих организаций (транснациональные корпорации)**

Современная мировая экономика характеризуется высокой степенью концентрации капитала, которая приводит к образованию особо крупных игроков, контролирующих целые отрасли производства во многих странах мира. Отличительной чертой таких экономических образований является наличие общей системы контроля за предпринимательской деятельностью всей производственной группы, единого центра управления делами и принятия ключевых решений. В экономической литературе для обозначения описанного феномена сложилось определение «транснациональная корпорация» (ТНК).

С юридической точки зрения основная сложность заключается в том, что ТНК, как правило, представляет собой не один субъект права (одну коммерческую организацию, пусть и имеющую свои обособленные подразделения в различных странах мира), а совокупность (группу) юридических лиц, к тому же имеющих личный закон (национальность) разных стран мира. По меткому замечанию Л. А. Лунца, экономическое единство при юридической множественности — таково существо многонационального предприятия. Поэтому устоявшийся в литературе термин «ТНК» следует признать не вполне удачным, поскольку он ошибочно указывает на наличие всего одного субъекта — корпорации. В связи с этим в западной литературе более предпочтительным считается использование выражения «многонациональное предприятие» (multinational enterprise), при котором предприятие понимается не как субъект права, а как имущественный комплекс, подчиняющийся единому управлению.

Транснациональные корпорации могут иметь самую разнообразную внутреннюю структуру, что затрудняет выработку их общепризнанного определения и классификации. Как правило, выделяют две основные разновидности ТНК: группы, основанные на системе участия в уставных капиталах юридических лиц (институциональные ТНК), и группы, участники которых связаны договорными

отношениями (договорные ТНК). В основе договорных ТНК могут лежать так называемые договоры подчинения, признаваемые правом отдельных государств, а также иные договорные обязательства, прямо или скрытым образом оформляющие отношения экономической зависимости субъектов (договоры о совместной деятельности, лицензионные и дистрибьюторские договоры, договоры франчайзинга).

На протяжении последних десятилетий предпринимались попытки для регулирования ТНК привлечь инструментарий разных систем и отраслей права. Начиная с 1970-х гг. активно обсуждается возможность применения средств международного публичного права. Так, после принятия Генеральной Ассамблеей ООН по инициативе развивающихся стран в 1974 г. Декларации нового международного экономического порядка и Хартии экономических прав и обязанностей государств была образована Комиссия ООН по ТНК. На протяжении 1980-х гг. она работала над проектом кодекса поведения ТНК, который был призван зафиксировать на международном уровне основные права и обязанности ТНК по отношению к государствам. Однако данный проект так и не был реализован вследствие существенных разногласий государств относительно правовой природы данного документа и объема подлежащих фиксации обязанностей ТНК. Организация экономического сотрудничества и развития в 1976 г. утвердила Руководство по многонациональным предприятиям (OECD Guidelines on Multinational Enterprises), которое определяет рекомендуемые модели поведения ТНК в принимающих государствах (обновленная редакция этого Руководства была утверждена в 2011 г.). Международная организация труда в 1977 г. издала Трехстороннюю декларацию принципов, касающихся многонациональных предприятий и их социальной политики.

В 2003 г. Подкомиссия по поощрению и защите прав человека Комиссии по правам человека ООН подготовила проект Норм, касающихся обязанностей транснациональных корпораций и других предприятий в области прав человека (Norms on Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises

with Regard to Human Rights), который формулировал обязанности ТНК в части соблюдения основных прав и свобод человека. Предполагалось, что этот документ должен был устанавливать обязательные правила для государств и ТНК. Однако впоследствии этот проект не получил развития: вместо него в 2011 г. Комитет по правам человека ООН принял Руководящие принципы для бизнеса и прав человека (Guiding Principles for Business and Human Rights), которые носят рекомендательный характер.

Следует отметить, что непосредственное закрепление в документах международного характера прав и обязанностей ТНК неизбежно означает наделение ТНК международной правосубъектностью, приравнивание их правового статуса к положению суверенных государств и международных организаций. Такой подход до сих пор является неприемлемым для большинства государств. Не случайно имеющиеся примеры попыток непосредственного правового воздействия на ТНК средствами международного публичного права либо окончились неудачей, либо имеют своим результатом нормы сугубо рекомендательного характера.

Таким образом, на сегодняшний день проблема правового регулирования ТНК остается в плоскости международного частного права. Свойственное ТНК наличие в ее системе целой совокупности юридических лиц, имеющих различный личный закон, делает весьма сложной проблему адекватного правового регулирования деятельности ТНК. Существует два основных подхода к правовому регулированию ТНК средствами национальных правовых систем.

Первый подход, получивший название субъектного подхода (entity approach), исходит из традиционных постулатов международного частного права, которые предлагают определять применимое право в отдельности для каждого юридического лица, входящего в структуру ТНК. Соответственно, использование классических коллизионных привязок (прежде всего критерия места учреждения юридического лица) приводит к территориальному регулированию: каждое государство вправе распространить действие своих норм на те юридические лица — составные части ТНК, которые учреждены по законодательству данного государства.

Очевидно, что в ряде случаев такой традиционный подход не будет достигать целей законодательного регулирования. Например, наложение запрета на экспорт товаров в определенные страны при таком подходе не будет иметь необходимого эффекта, поскольку ТНК сможет осуществить необходимые поставки через структурные единицы, расположенные на территории других стран мира. Аналогичным образом многие иные важные для государств интересы (например, лежащие в области антимонопольного, налогового или валютного права) могут затрагиваться действиями структурных единиц ТНК, формально не зарегистрированных на территории данного государства.

В связи с этим второй подход к правовому регулированию ТНК, получивший название подхода с точки зрения имущественного комплекса (enterprise approach), подчиняет деятельность всех структурных единиц ТНК одной правовой системе. Применение данного подхода также связано с серьезными проблемами из-за сложностей в выборе критериев определения правовой системы, которая могла бы претендовать на регулирование деятельности всей ТНК.

В литературе были предприняты попытки формулирования особых коллизионных привязок для определения личного закона (национальности) ТНК. В качестве таких критериев предлагалось использовать критерий контроля или критерий центра принятия управленческих решений. По мнению сторонников данных критериев, их использование позволяет учесть экономическое единство ТНК, невзирая на различную национальность юридических лиц, входящих в состав ТНК. Однако практическое применение указанных критериев весьма затруднительно. Современные ТНК обычно имеют многозвенную и многоуровневую структуру, в которой невозможно с точностью определить единственный центр принятия решений или место, из которого осуществляется основной контроль за деятельностью всей ТНК. В связи с этим теории о выделении особых коллизионных привязок для ТНК не получили широкого признания.

В отсутствие общепризнанных критериев определения национальности ТНК использование enterprise approach неизбежно предполагает принятие государствами

норм права, обладающих экстерриториальным эффектом. Такая ситуация имеет серьезную опасность столкновения правовых норм разных стран. Подход «enterprise approach» особенно активно использовался в практике США, где на протяжении последних десятилетий возникал ряд сложных правоприменительных коллизий.

В качестве примера можно привести известное дело «Fruehauf». В 1960-е гг. в США были ограничены торговые отношения с Китаем в соответствии с положениями американского законодательства о торговле с враждебными иностранцами. Французская компания «Fruehauf France SA», которая на две трети контролировалась американской материнской корпорацией «Fruehauf International», заключила договор на продажу трейлеров с французской компанией «Berliet», которая после доукомплектации автомобилей должна была поставить их в Китай. Американские государственные органы направили американской корпорации «Fruehauf International» требование о запрете продажи трейлеров, которое распространялось и на дочерние компании американской корпорации. Покупатель отказался добровольно расторгнуть заключенный договор и пригрозил предъявить иск к «Fruehauf France SA» в связи с нарушением договора. Тогда французские директора компании «Fruehauf France SA» обратились во французский суд с требованием о признании недействительным решения совета директоров компании о расторжении договора, принятого большинством из американских директоров, ссылаясь на нарушение интересов самой компании. Парижский апелляционный суд подтвердил решение суда первой инстанции о назначении временного администратора для решения вопроса об исполнении заключенного договора, поскольку решение совета директоров действительно было способно причинить значительный ущерб интересам самой компании и ее миноритарным французским акционерам.

В настоящее время эти проблемы вновь приобретают большую актуальность в контексте введения некоторыми иностранными государствами санкций против отдельных российских физических и юридических лиц, а также контрсанкций со стороны российского государства. Эти меры, запрещающие заключение договоров с определенными категориями лиц или в определенных секторах экономики, как

правило, носят экстерриториальный характер и распространяются вводящими их государствами не только на лица, имеющие личный закон соответствующей страны, но и на любые другие лица, которые находятся под прямым или косвенным контролем (например, дочерние компании, зарегистрированные в иностранных государствах).

Таким образом, можно сделать вывод о том, что в частноправовой сфере доминирующим пока остается *entity approach*, который предполагает использование традиционных положений коллизионного права в отношении отдельно взятых структурных единиц ТНК. В результате определение личного закона таких юридических лиц, как правило, не имеет значительных особенностей за пределами законодательства об иностранных инвестициях.

Вместе с тем в некоторых сферах правового регулирования, где публично-правовые интересы государств являются наиболее значимыми (эмбарго на торговлю с определенными странами, борьба с коррупцией, трансграничное банкротство, антимонопольное законодательство и правила о запрете недобросовестной конкуренции), в современной практике активно используется *enterprise approach*. Возникающие при этом коллизии, связанные с экстерриториальным применением национальных правовых норм, могут быть устранены путем использования метода материальной унификации (принятия международных договоров, типовых законов и т.п.), что позволяет выработать единые стандарты правового регулирования деятельности ТНК. В качестве успешного примера использования такого подхода можно привести Конвенцию Организации экономического сотрудничества и развития по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок от 17 декабря 1997 г., а также Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности от 30 мая 1997 г.

**Глава 6. Правовое положение государства  
как участника гражданско-правовых отношений  
Государство как субъект имущественных отношений**

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

Российское государство может:

- предоставлять и получать кредит (Российская Федерация может заключать как заемщик кредитные соглашения с кредитными организациями, иностранными государствами и международными финансовыми организациями. Кредитные соглашения и договоры могут заключать и субъекты Федерации);
- использовать форму займов, осуществленных путем выпуска ценных бумаг (от имени Российской Федерации);
- предоставлять гарантии по займам и кредитам (Россия может заключать договоры о предоставлении государственных гарантий в России. Решение о предоставлении государственных гарантий принимается Правительством РФ в порядке, определяемом Федеральным конституционным законом от 17 декабря 1997 г. «О Правительстве Российской Федерации» и Указом Президента РФ от 23 июля 1997 г. «О предоставлении гарантий и поручительств по займам и кредитам»);
- заключать концессионные соглашения с иностранным инвестором (в России этот вопрос регулируется Федеральным законом от 21 июля 2005 г. «О концессионных соглашениях»);
- заключать соглашения о разделе продукции, и прежде всего соглашения о крупных капиталовложениях, рассчитанных на длительный период, в первую очередь в

нефтедобывающую и нефтеперерабатывающую промышленность (в России этот вопрос регулируется Законом о соглашениях о разделе продукции 1995 г.);

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

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

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

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



имущественных отношений выступает государство и когда субъектом отношений являются государственные юридические лица или любые другие юридические лица. В области имущественных отношений государство выступает как особый субъект права, поскольку оно не является юридическим лицом.

Категория юридического лица — это категория внутреннего национального права каждого государства. Само государство наделяет какое-либо образование правами юридического лица, т.е. само государство устанавливает, что то или иное образование является юридическим лицом. Кто же может наделить государство правами юридического лица? Только какой-либо правопорядок, существующий над государством, или какое-либо всемирное правительство, о создании которого много писали в юридической и общественно-политической литературе, но такого надгосударственного органа нет.

Современная концепция участия государства в гражданско-правовых отношениях, которая стала складываться в 1990-е гг. в СССР, а затем в России, получила отражение в Основы 1991 г. и ГК РФ. Согласно ст. 124 ГК РФ государство участвует в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений — гражданами и юридическими лицами. По своим гражданско-правовым обязательствам государство отвечает принадлежащим ему на праве собственности имуществом, не закрепленным за юридическими лицами на праве хозяйственного ведения или оперативного управления.

### **Иммуниет государства и его виды**

1. Термин «иммуниет» происходит от латинского слова *immunitas* (освобождение от чего-либо).

Само понятие «иммуниет государства» сложилось в международном праве сначала в качестве обычной нормы, а затем стало определяться судебной практикой, законодательством и международными договорами. Иммуниет иностранного государства, существующий в международных отношениях, отличается от

иммунитета государства от предъявления к нему исков в его собственных судах. Установление последнего и определение его пределов входит исключительно в сферу компетенции государства и определяется только его законодательством и международными договорами, заключенными этим государством.

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

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

Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности получили общее признание в качестве одного из принципов обычного международного права. Под государством в Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности понимается «государство и его различные органы управления; составные части федеральных государств», учреждения государств «либо другие образования в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства».

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

Иммунитет государства основывается на том, что оно обладает суверенитетом, что все государства равны. Это начало международного права выражено в следующем изречении: «*Par in parem non habet imperium*» («Равный над равным не имеет власти»). В теории и практике государств обычно различают несколько видов иммунитета: судебный, от предварительного обеспечения иска и от принудительного исполнения решения.

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

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

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

Концепция абсолютного иммунитета исходит из того, что: а) иски к иностранному государству не могут рассматриваться без его согласия в судах другого государства; б) в порядке обеспечения иска имущество какого-либо государства не может быть подвергнуто принудительным мерам со стороны другого государства; в) недопустимо обращение мер принудительного исполнения на имущество государства без его согласия.

Согласно концепции функционального (ограниченного) иммунитета иностранное государство, его органы, а также их собственность пользуются иммунитетом только тогда, когда государство осуществляет суверенные функции, т.е. действия *jure*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Суд согласился с этими доводами и признал, что при отсутствии согласия государства на рассмотрение дела иски не могут быть предметом рассмотрения суда. На этом же

основании суд отказал истцам в признании их требований об осуществлении мер принудительного характера в отношении картин.

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

Во-вторых, в случае возникновения аналогичной ситуации в России необходимо решить вопрос, будет ли в России пользоваться иммунитетом иностранное государство и принадлежащее ему имущество. При этом, что следует подчеркнуть особо, признание в одной стране абсолютного иммунитета за иностранными государствами не влечет за собой автоматического признания в судах другой страны иммунитета в отношении страны, законодательство и практика которой продолжают исходить из концепции абсолютного иммунитета.

Во многих государствах иммунитет Российского государства и его собственности будет признаваться в ограниченных пределах. Такой вывод следует сделать на основе следующих данных: в ряде государств были приняты законы, ограничивающие иммунитет государства, — в Австралии, Аргентине, Великобритании, Канаде, Пакистане, Сингапуре, США, ЮАР.

Как уже отмечалось выше, в Законе США 1976 г. был закреплен переход от позиции признания абсолютного иммунитета к позиции признания так называемого функционального иммунитета.

Напомним, что в этом Законе был определен критерий отнесения действий к публично-правовым или частноправовым. В Законе США 1976 г. в качестве такого критерия избрана не цель, а характер, природа операции или отдельной сделки.

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

Ряд европейских стран — Австрия, Бельгия, Великобритания, Кипр, Люксембург, Нидерланды, ФРГ, Швейцария — заключили 16 мая 1972 г. Европейскую конвенцию об иммунитете государств, согласно которой иммунитет не признается как в случаях, исходящих из концепции абсолютного иммунитета (иностранное государство отказалось от иммунитета или же само предъявило иск), так и в случаях, когда спор возник в связи с коммерческой или иной аналогичной деятельностью иностранного государства на территории государства, где происходит судебное разбирательство.

4. Генеральная Ассамблея ООН 2 декабря 2004 г. приняла Конвенцию о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, которая учитывает теорию ограниченного иммунитета. Эту Конвенцию подписали 28 государств, 6 государств ее ратифицировали.

Приведем текст ст. 10 «Коммерческие сделки» Конвенции:

«1. Если государство заключает коммерческую сделку с иностранным физическим или юридическим лицом и, в силу применимых норм международного частного права, разногласия относительно этой коммерческой сделки подлежат юрисдикции суда другого государства, это государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве дела, возникшего из этой коммерческой сделки.

2. Пункт 1 не применяется:

- а) в случае коммерческой сделки между государствами; или
- б) если стороны коммерческой сделки явно договорились об ином.

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

- а) предъявлять иск или являться ответчиком по иску; и



b) приобретать имущество, иметь его в своей собственности или владеть и распоряжаться им, включая имущество, которое это государство передает в его пользование или под его управление, участвует в разбирательстве, которое связано с коммерческой сделкой, заключенной этим образованием, то иммунитет от юрисдикции, которым пользуется это государство, не затрагивается».

5. Комплексный характер сложных проблем, возникающих на практике при решении вопросов предоставления иммунитета, с одной стороны, и необходимость четко определить отказ государства от иммунитета и пределы действия такого отказа — с другой, можно проиллюстрировать на примере рассмотрения в судах ряда стран исков швейцарской фирмы «Нога» (Noga) к Российскому государству.

Швейцарская фирма «Нога» заключила 29 января 1992 г. кредитное соглашение с Правительством РСФСР в лице, действовавших в то время Министерства сельского хозяйства и Министерства экономики и финансов. В тот же день было подписано гарантийное письмо. В соответствии с этим соглашением компания «Нога» открыла кредитную линию Российскому правительству на общую сумму 1 млрд. 426 млн. долларов США. Россия должна была расплачиваться поставками нефти, мазута и газа через своих уполномоченных экспортеров по специальному графику.

В ходе исполнения соглашения между партнерами возникли разногласия, которые не удалось разрешить мирным путем. Начиная с 1993 г. компания «Нога» предъявила ряд исков в судах различных стран. В результате по решению суда Люксембурга в качестве обеспечительной меры были наложены аресты на вклады Банка России в Швейцарии и Люксембурге.

Впоследствии компания «Нога» обратилась с иском в Арбитражный институт при Стокгольмской торговой палате, как это предусматривала арбитражная оговорка в кредитном соглашении. На основании принятых в 1997 г. решений этого третейского суда (см. гл. 19 учебника) она добилась наложения ареста на банковский счет посольства Российской Федерации во Франции. Французский суд, рассматривавший это ходатайство, пришел к выводу, что банковский счет посольства пользуется иммунитетом от исполнительных действий на основании ст. 25 Венской конвенции о

дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 г. Согласно этой статье государство пребывания обязано предоставлять все возможности для выполнения функций дипломатического представительства. Суд исходил из того, что иммунитет банковского счета посольства является составной частью иммунитета дипломатического представительства. Арест банковского счета посольства препятствует выполнению задач дипломатического представительства.

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

В дальнейшем иски предъявлялись в отношении ввезенных во Францию (в Ле-Бурже) и в Англию самолетов для демонстрации на авиасалонах, картин в Италии и Швейцарии (см. гл. 19 учебника) и др.

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

В ряд заключенных Российским государством и его органами контрактов с иностранными юридическими лицами и иностранными государствами было включено согласие российской стороны на отказ (или изъятие) от юрисдикционного иммунитета и его видов. Эта практика закреплена в Законе о соглашениях о разделе продукции 1995 г. (см. гл. 8 учебника), в котором впервые было установлено, что в соглашениях, заключаемых с иностранными гражданами и юридическими лицами, может быть предусмотрен в соответствии с законодательством РФ отказ государства

от судебного иммунитета, иммунитета в отношении предварительного обеспечения иска и исполнения судебного и (или) арбитражного решения (ст. 23).

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

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

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

В российском процессуальном законодательстве (ГПК РФ и АПК РФ) имеется существенное расхождение, касающееся принципа иммунитета. В ч. 1 ст. 401 ГПК РФ предусмотрено следующее: «Предъявление в суде в Российской Федерации иска

к иностранному государству, привлечение иностранного государства к участию в деле в качестве ответчика или третьего лица, наложение ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории Российской Федерации, и принятие по отношению к этому имуществу иных мер по обеспечению иска, обращение взыскания на это имущество в порядке исполнения решений суда допускаются только с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации или федеральным законом».

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

## **Правовой режим гражданско-правовых отношений государства.**

### **Вопросы ответственности государства**

Для российского законодательства характерно отрицательное отношение к выступлениям государства в качестве непосредственного субъекта внешнеторговых

сделок. Эта возможность у государства имеется, но она должна быть ограничена, поскольку любой такой случай может повлечь за собой возникновение общей ответственности государства. В ст. 11 Закона об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности 2003 г. предусмотрено, что Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования осуществляют внешнеторговую деятельность только в случаях, установленных федеральными законами. Государство должно нести ответственность тогда, когда оно само становится стороной в отношениях такого рода (кредитные соглашения, инвестиционные соглашения, соглашения о разделе продукции и др.) либо когда оно даёт гарантии по сделкам юридических лиц и тем самым, в случае невыполнения обязательства этими юридическими лицами, должно будет нести ответственность по соответствующим обязательствам. Так, в Федеральном законе от 4 января 1999 г. «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации» говорится, что федеральные органы государственной власти не несут ответственности по внешнеэкономическим договорам, заключенным субъектами РФ, за исключением случаев, когда такие договоры заключены с согласия Правительства РФ либо когда оно предоставило гарантии по такому договору (ст. 8). Согласно положениям Бюджетного кодекса РФ государственным долгом Российской Федерации являются долговые обязательства Российской Федерации перед физическими и юридическими лицами, иностранными государствами, международными организациями и иными субъектами международного права, включая обязательства по государственным гарантиям, предоставленным Российской Федерацией.

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

В объем государственного внешнего долга Российской Федерации включаются: объем основного долга по полученным Российской Федерацией кредитам правительств иностранных государств, кредитных организаций, фирм и

международных финансовых организаций, а также объем обязательств по государственным гарантиям, предоставленным Российской Федерацией.

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

Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования отвечают по своим обязательствам, принадлежащим им на праве собственности имуществом. Государственные и муниципальные юридические лица не отвечают по долгам государства и муниципальных образований, а те, в свою очередь, не несут ответственности по обязательствам созданных ими юридических лиц, за исключением случаев, предусмотренных законом (ст. 126 ГК РФ). Согласно п. 5 ст. 115 ГК РФ собственник имущества казенного предприятия несет субсидиарную ответственность по обязательствам казенного предприятия при недостаточности его имущества. Если государство или муниципальное образование создали учреждение, то при недостаточности его имущества они несут субсидиарную ответственность (п. 2 ст. 120 ГК РФ).

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

Гражданский кодекс РФ (часть первая), как уже отмечалось выше, исходит из того, что в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, Россия как государство выступает на равных началах с иными участниками этих отношений — гражданами и юридическими лицами. К Российскому государству и к субъектам РФ применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов (ст. 124 ГК РФ). В этой статье говорится о

применении права к внутренним отношениям. О применении права к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, следует говорить особо.

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

Это положение сформулировано как двусторонняя коллизионная норма. Оно не ограничено в отношении только Российского государства или его субъектов, а подлежит применению и к гражданско-правовым отношениям, в которых участвует иностранное государство в тех случаях, когда к нему будут применяться нормы российского международного частного права, установленные в разд. VI части третьей ГК РФ. Иные нормы могут применяться, если они установлены в другом законе, именно в законе, а не в акте меньшей юридической силы. Именно поэтому в таких случаях не будет действовать принцип автономии воли сторон, в силу которого стороны могут выбрать право, подлежащее применению. Так, в ст. 6 Закона о соглашениях о разделе продукции 1995 г. указано, что такие соглашения заключаются в соответствии с законодательством РФ. В литературе обращалось внимание на то, что в случае применения ст. 6 отпадает вопрос о выборе применимого права, поскольку она не дает возможности применить иное право, кроме российского.

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

вытекающих из установления возможности применения иностранного права, а не российского.

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

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



## **Глава 7. Право собственности и другие вещные права**

### **Общие положения**

Нормы о праве собственности устанавливают принадлежность того или иного имущества определенным лицам, закрепляют полномочия собственника по владению, пользованию и распоряжению принадлежащим ему имуществом, предусматривают правовые средства охраны прав и интересов собственника. Для законодательства о праве собственности разных стран характерны существенные различия. К вещным правам наряду с правом собственности российское гражданское законодательство относит также право залога, право пожизненного наследуемого владения земельным участком, право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком, сервитуты и другие права.

Современное российское законодательство исходит из деления имущества на недвижимое и движимое. Недвижимым имуществом признаются земельные участки, участки недр, леса, здания и сооружения. Согласно российскому законодательству, к недвижимым вещам относятся также подлежащие государственной регистрации воздушные, морские и речные суда, космические объекты. Вещи, не относящиеся к недвижимости, в том числе деньги и ценные бумаги, признаются движимым имуществом. Для признания прав иностранцев, под которыми обычно понимаются иностранные граждане и лица без гражданства, а также иностранных юридических лиц прежде всего в отношении земельных участков существенное значение имеет разграничение вещного права (прежде всего права собственности на вещь) и обязательственного (прежде всего права аренды).

В аспекте международного частного права основным вопросом для нашего государства после национализации частной собственности стал вопрос о признании его права за рубежом на имущество такого рода. Вопрос о национализации имеет значение и в современных условиях, однако в основном в ином плане, а именно в связи с предоставлением гарантий иностранному инвестору от возможной

национализации в стране, куда он вкладывает капитал (см. гл. 8 учебника). В современных условиях центр тяжести в области международного частного права переместился в сторону определения того, какое право подлежит применению, т.е. к коллизионным проблемам, а также к признанию и осуществлению прав собственности иностранных граждан и иностранных юридических лиц.

### **Коллизионные вопросы права собственности и иных вещных прав**

1. Коллизионные нормы о праве собственности и иных вещных правах в части третьей ГК РФ разделены на две основные группы. К одной относятся нормы о праве, подлежащем применению к вещным правам и сфере его действия (ст. 1205, 1205.1), к другой — нормы об их возникновении и прекращении (ст. 1206). Кроме того, сформулировано специальное коллизионное правило в отношении применения права к вещным правам на суда и космические объекты (ст. 1207).

Статья 1205 «Право, подлежащее применению к вещным правам» ГК РФ гласит: «Право собственности и иные вещные права на недвижимое и движимое имущество определяются по праву страны, где это имущество находится».

Из приведенного текста следует, что в России, как и во многих других государствах, исходным коллизионным началом для определения права, подлежащего применению в отношении вопросов права собственности, признается закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*).

По праву страны, где находится имущество, согласно ст. 1205.1 ГК РФ определяются, в частности:

- 1) виды объектов вещных прав, в том числе принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам;
- 2) оборотоспособность объектов вещных прав;
- 3) виды вещных прав;
- 4) содержание вещных прав;

- 5) возникновение и прекращение вещных прав, в том числе переход права собственности;
- 6) осуществление вещных прав;
- 7) защита вещных прав.

На основе этого же принципа определяется принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам.

В комментариях к этой статье (А. Л. Маковский) обращалось внимание на то, что главной причиной использования именно этого принципа во многих странах является учет интересов гражданского оборота.

Подчинение правомочий собственника и обладателей иных вещных прав на имущество в течение всего времени, пока эти их субъективные права существуют, праву того места, где вещь находится, делает для других участников оборота (как контрагентов этих правообладателей, так и третьих лиц) очевидным, правом какого государства определяются содержание, осуществление и защита соответствующего права на вещь.

Под правом страны, в которой имущество находится, следует понимать, как отмечалось в комментарии А. Л. Маковского, фактическое, действительное место нахождения соответствующего имущества, независимо от местонахождения собственника этого имущества или обладателя иных вещных прав на это имущество, от того, где выданы или находятся правоустанавливающие документы на это имущество, от того, в какой стране оно взято на учет или зарегистрировано (за исключением судов и космических объектов, подлежащих государственной регистрации).

Согласно ГК РФ правомочия собственника (право владения, пользования и распоряжения своим имуществом) определяются как ГК РФ, так и другими законами, в частности ЗК РФ, Законом об обороте земель сельскохозяйственного назначения 2002 г. и законами о других природных ресурсах. В отношении иностранцев и иностранных юридических лиц этими законами установлены ограничения в отношении прав собственности на земельные участки в городах и поселениях или же

полный запрет в отношении земель сельскохозяйственного назначения (см. гл. 4 учебника). Таким образом, в приведенном случае реализуется принцип применения права страны места нахождения имущества. Наряду с этим, и на это также обращалось внимание в комментариях к ст. 1205, для конкретного собственника в его взаимоотношениях с контрагентами создается еще и правовой режим соответствующего имущества, основанный на договоре (например, договоре аренды). Отношения сторон по таким сделкам не подпадают под действие коллизионного правила, сформулированного в ст. 1205, а определяются по коллизионным правилам разд. VI ГК РФ, относящимся к договорам и односторонним сделкам (см. гл. 9 учебника).

Принцип *lex rei sitae* подлежит применению как в отношении недвижимого, так и в отношении движимого имущества. Различие, однако, состоит в том, что в отношении недвижимого имущества всегда будет применяться право одного и того же государства, а в отношении движимого оно будет меняться в зависимости от того, на территории какого государства это имущество будет находиться.

Существенное практическое значение имеет определение права, подлежащего применению в случае необходимости осуществления защиты права собственности. Например, путем применения такого классического метода защиты, как предъявление виндикационного иска, целью которого является изъятие вещи собственником от незаконного владельца.

В случае если бы виндикационный иск предъявлялся в России к добросовестному приобретателю, перед судом мог возникнуть вопрос о том, как понимать в таком случае принцип *lex rei sitae*, а именно что понимать под местом нахождения вещи: место (т.е. территорию государства), где вещь находилась в момент, когда она выбыла из владения собственника, или же место, в котором она была приобретена добросовестным приобретателем. В зависимости от ответа на этот вопрос результаты рассмотрения виндикационного иска могут оказаться различными, так как условия защиты добросовестного приобретателя в праве разных стран неодинаковы. По мнению А. Л. Маковского, предпочтение должно быть отдано праву страны, где

данная вещь находилась в тот момент, когда она была собственником утеряна (украдена у него или иным образом вышла из его обладания помимо его воли). Стороны спора уже не могут изменить это место в своих интересах, в то время как место отчуждения этой вещи третьему лицу могло быть специально выбрано с целью затруднить собственнику защиту его прав.

Другая группа коллизионных норм в области вещных прав содержится в ст. 1206 ГК РФ. Эта статья, в свою очередь, делится на четыре пункта. Приведем их последовательно. Пункт 1 ст. 1206 гласит: «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».

Из приведенного текста следует, что в России будут признаваться вещные права на имущество, возникшие в иностранном государстве на основании норм иностранного права, если иное прямо не предусмотрено российским законом. Правом страны места нахождения вещи определяется в данном споре правомерность возникновения вещных прав на эту вещь. В комментариях к этому пункту ст. 1206 отмечалось, что не имеет значения то обстоятельство, что основания для возникновения права собственности в России и в иностранном государстве в ряде случаев не совпадают (например, при передаче имущества в доверительную собственность).

Пункт 2 ст. 1206 гласит: «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».

В этом пункте под движимым имуществом, «находящимся в пути», понимаются вещи, находящиеся в процессе транспортировки, независимо от того, на основании какой сделки — внешнеторговой или любой иной — эти вещи перемещаются. Практически обычно имеются в виду прежде всего договоры купли-продажи товаров. Как отмечалось в комментариях к этой статье, при быстром изменении места

нахождения вещи во время ее транспортировки привязка к месту отправления вещи призвана обеспечить необходимую определенность при осуществлении права, подлежащего применению.

Следует обратить внимание на то, что в этом вопросе в законодательстве других стран может применяться и иной подход. Так, согласно ст. 52 Закона о реформе итальянской системы международного частного права 1995 г. вещные права на имущество, находящееся в пути, регулируются правом места назначения имущества.

В п. 3 ст. 1206 ГК РФ предусмотрено, что «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».

То есть иначе эти вопросы могут быть решены, если стороны договора в соответствии с принципом автономии воли сторон при его заключении или в последующем избрали право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору. В этом случае избранное сторонами право применяется к возникновению и прекращению права собственности и иных вещных прав на движимое имущество без ущерба для третьих лиц. Смысл последней оговорки состоит в том, что действие принципа автономии воли не может выходить за пределы отношений между сторонами.

Особое значение в международной купле-продаже товаров имеют вопросы перехода права собственности и риска случайной гибели вещи. Сложности в международной практике вызывают случаи, когда предметом сделки является товар, который перевозится по железной дороге, водным или воздушным транспортом.

В международной торговле товары продаются чаще всего на определенных условиях, сложившихся в торговой практике; эти условия называются базисными. Ими определяются права и обязанности сторон, связанные с передачей товаров и, в частности, касающиеся места и момента сдачи товара и момента перехода риска. В России признаны базисные условия, сформулированные в Инкотермс.

Остановимся на вопросе о приобретательной давности. Пункт 4 ст. 1206 ГК РФ гласит: «Возникновение права собственности и иных вещных прав на имущество в силу приобретательной давности определяется по праву страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности».

В российском коллизионном праве этим пунктом впервые решен вопрос о применении права в отношении возникновения права собственности и иных вещных прав на имущество в силу приобретательной давности. Возникновение права собственности по этому основанию возможно лишь в случае длительного, открытого и непрерывного владения вещью как своим собственным имуществом. Сроки приобретательной давности, установленные в различных странах, не совпадают.

2. В международной практике определение права, подлежащего применению в случаях такого рода, имеет важное значение при решении споров о культурных ценностях. Возникновение права собственности определяется в ряде стран в соответствии с правом страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности. Приведем пример.

Предметом спора, рассмотренного в английском суде в 1980 г., было собрание японских произведений искусства, украденных в Англии и затем привезенных в Италию. В Италии они были куплены добросовестным приобретателем, который не знал о том, что произведения были похищены. Приобретатель отправил их в Лондон на аукцион фирмы «Кристи», где они были предложены для продажи. Об этом узнал собственник, у которого они были похищены, и потребовал как от фирмы «Кристи», так и от итальянского приобретателя возврата произведений либо выплаты суммы, за которую они будут выкуплены на аукционе.

Исходя из принципа *lex rei sitae*, суд применил итальянское право, как право государства, в котором культурные ценности находились в момент передачи приобретателю. Поскольку ст. 1153 Гражданского кодекса Италии допускает возможность добросовестного приобретения и в отношении похищенных вещей, ответчик мог стать правомерным собственником. Поэтому в иске было отказано. Если бы суд применил английское право, право собственности не было бы признано.

Более сложная ситуация возникла при рассмотрении спора о судьбе картины «Святое семейство».

Фирма «Коберт», зарегистрированная в Панаме, принадлежавшая гражданину США и относящаяся к категории компаний почтового ящика (см. § 1 гл. 5 учебника), приобрела в 1989 г. картину известного голландского художника Йоахима Вгевала «Святое семейство» (XVII в.) и представила ее для продажи на аукционе фирмы «Сотби» в Лондоне. Первоначально немецкий город Гота, а затем и ФРГ в качестве истца предъявили иск к панамской фирме и фирме «Сотби» о возврате картины, исходя из того, что она перед концом Второй мировой войны была похищена из Готского собрания. В 1945 г. картина была вывезена в Советский Союз, а затем нелегально переправлена на Запад в багаже жены одного из дипломатов.

По версии ответчика (фирмы «Коберт»), картина была подарена немецкой семьей советскому офицеру, а позднее его сыном продана. После неоднократной смены собственников она была нелегально вывезена в 1987 г. в Западный Берлин. Судьба картины с 1987 по 1989 г. осталась невыясненной, однако, как установил английский суд, представитель фирмы в 1989 г. купил ее в Лондоне. Первоначально ответчик утверждал, что картина была куплена им как добросовестным приобретателем, однако во время рассмотрения дела в Высоком суде (High Court) в 1989 г. в Лондоне он от этого утверждения отказался и ссылаясь на истечение срока давности как по германскому, так и по английскому праву.

Рассмотрение дела длилось несколько лет. В 1992 г. картина была снята с аукциона фирмы «Сотби». Решение по делу было вынесено в конце 1998 г. Суд в своем решении исходил также из того, что ответчик знал или должен был знать (предполагать), что картина похищена и что только истечение срока давности ставит его в благоприятное положение, поскольку законный владелец в течение этого времени не мог знать, где находится картина.

Суд, применив положение об исковой давности германского права, истолковал его в пользу собственника (истца) таким образом, что к требованию истца о возврате ему



похищенной или иным образом утраченной культурной ценности исковая давность не применяется.

Вопросы, связанные с защитой права собственности на культурные ценности, приобрели в условиях широкого развития международного культурного сотрудничества большую актуальность, что делает необходимым остановиться на них специально ниже (см. § 7 настоящей главы).

3. Особый характер носят положения ст. 1207 ГК РФ, посвященной определению права, подлежащего применению к праву собственности и иным вещным правам на транспортные средства, которая гласит: «Право собственности и иные вещные права на воздушные суда, морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты, подлежащие государственной регистрации, определяются по праву страны, где эти суда и объекты зарегистрированы».

В комментариях к этой статье обычно отмечается, что к транспортным средствам не может применяться традиционный для вещных прав коллизионный принцип *lex rei sitae*, поскольку эти объекты постоянно передвигаются из одной страны в другую. Поэтому с помощью отсылки к праву страны, где эти суда и объекты зарегистрированы, создается, как отмечает А. Л. Маковский, фикция постоянного нахождения судов и космических объектов в одном месте и обеспечивается определенность и стабильность их правового режима почти в такой же степени, как и вещей, недвижимых по своей природе.

Применять «закон местонахождения вещи» к судну, находящемуся в открытом море, или к самолету, летящему в воздушном пространстве над морем, просто невозможно. Именно поэтому такой подход принят в законодательстве ряда стран (Австрия, Испания, Эстония и др.). Так, согласно п. 1 ст. 20 Закона Эстонии о международном частном праве 2002 г. «к возникновению и прекращению на основании сделки вещного права в отношении вещи, находящейся в пути, применяется право государства по месту назначения вещи».

Коллизионные нормы в отношении вещных прав содержатся также в КТМ РФ, согласно ст. 417 которого права на имущество, затонувшее во внутренних морских

водах или в территориальном море, а также отношения, возникающие в связи с затонувшим имуществом, определяются законом государства, в котором имущество затонуло.

К затонувшим в открытом море судам, находящимся на них грузам и иному имуществу, применяется закон государства флага судна.

4. Для стран СНГ по этим вопросам действуют правила ст. 38 Минской конвенции 1993 г. и ст. 41 Кишиневской конвенции 2002 г., а именно:

- право собственности на недвижимое имущество определяется по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой находится недвижимое имущество. Вопрос о том, какое имущество является недвижимым, решается в соответствии с законодательством договаривающейся стороны, на территории которой находится это имущество;
- право собственности на транспортные средства, подлежащие внесению в государственные реестры, определяется по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой находится орган, осуществивший регистрацию транспортного средства;
- возникновение и прекращение права собственности или иного вещного права на имущество определяется по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием возникновения или прекращения такого права;
- возникновение и прекращение права собственности или иного вещного права на имущество, являющееся предметом сделки, определяется по законодательству места совершения сделки, если иное не предусмотрено соглашением договаривающихся сторон.

## **Применение за границей законов о национализации**

1. Под национализацией понимается изъятие имущества, находящегося в частной собственности, и передача его в собственность государства. В результате национализации в собственность государства переходят не отдельные объекты, а целые отрасли экономики. Экспроприацию и национализацию как общие меры государства по осуществлению социально-экономических изменений следует отличать от реквизиции, под которой понимается изъятие имущества государством в случаях неотложной необходимости (например, во время военных действий и т.д.), и от конфискации как меры наказания индивидуального порядка. Эти различия могут играть определенную роль и при решении вопросов, относящихся к сфере международного частного права.

Право любого государства на национализацию частной собственности, в том числе и принадлежащей иностранным физическим и юридическим лицам, вытекает из такого общепризнанного принципа международного права, как суверенитет государства.

Международное публичное право признает право государства на проведение национализации, но оно не регулирует и не может регулировать отношения собственности, возникающие между государством и частными физическими и юридическими лицами. Условия проведения национализации определяются не международным правом, а внутренним правом государства, осуществляющего национализацию.

При всех отличиях, связанных с историческими, политическими и экономическими условиями проведения национализации в различных странах, с точки зрения проблематики международного частного права важно выявление некоторых общих черт, характерных для правовой природы национализации.

Во-первых, всякий акт национализации — это акт государственной власти; во-вторых, это социально-экономическая мера общего характера, а не мера наказания отдельных лиц; в-третьих, национализация может осуществляться в отношении

собственности независимо от того, кому она принадлежит (отечественным или иностранным физическим и юридическим лицам); в-четвертых, каждое государство, проводящее национализацию, определяет, должна ли выплачиваться иностранцам компенсация за национализированную собственность, а если должна, то в каком размере. Внутренний закон государства может предусмотреть предоставление компенсации, условия и время ее выплаты, что имело место в ряде стран.

Классический западный подход, нашедший свое отражение, в частности, в Руководстве по регулированию прямых иностранных инвестиций Международного банка реконструкции и развития, признает право государства на осуществление экспроприации и национализации любой собственности, в том числе и иностранной, при соблюдении следующих условий: во-первых, эти меры должны осуществляться для достижения общественно полезных целей, во-вторых, на законных основаниях «в соответствии с применимой к данным обстоятельствам юридической процедурой», в-третьих, без дискриминации, в-четвертых, при условии «быстрой, адекватной и эффективной компенсации».

В российском Законе об иностранных инвестициях 1999 г. предусматривается, что в случае национализации иностранному инвестору или организации с иностранными инвестициями «возмещается стоимость национализируемого имущества и другие убытки» (ст. 8). Как и в ряде других случаев, касающихся иностранных инвестиций, более детальное регулирование содержится в заключенных Россией с другими государствами двусторонних соглашениях о взаимном поощрении и защите инвестиций, в которых прямо предусматривается быстрая, адекватная и эффективная компенсация. Развернутая формулировка по этому вопросу содержится, например, в Соглашении с Японией 1998 г. Там говорится, что капиталовложения и доходы инвесторов каждой договаривающейся стороны не будут подвергнуты экспроприации, национализации или любым другим мерам, равным по последствиям экспроприации или национализации, на территории другой договаривающейся стороны, за исключением случаев, когда эти меры принимаются в общественных интересах в соответствии с законом, не являются дискриминационными и

предусматривают быструю, адекватную и эффективную компенсацию. Эта компенсация должна соответствовать нормальной рыночной стоимости капиталовложений и доходов на момент, когда об экспроприации, национализации или любых других мерах, равных им по последствиям, было публично объявлено или когда экспроприация, национализация или такие меры были предприняты, в зависимости от того, что произошло раньше, без снижения этой стоимости из-за предполагаемой конфискации, которая в конце концов произойдет. Такая компенсация выплачивается без задержки и учитывает соответствующие проценты за весь период времени до момента платежа. Она должна быть практически осуществимой, свободно конвертироваться, переводиться и выплачиваться в такой форме, которая ставила бы инвесторов в положение не менее благоприятное, чем то, в котором они находились бы, будь компенсация выплачена незамедлительно в день экспроприации, национализации или принятия любых других мер, равных по последствиям экспроприации или национализации (ст. 5 Соглашения).

Советский Союз, а затем Россия и другие страны СНГ признали в заключенных ими соглашениях принцип быстрой, адекватной и эффективной компенсации. Естественно, что такое признание принципа компенсации не имеет обратной силы и не может быть распространено на национализацию, проведенную в нашей стране в период до заключения этих соглашений.

Законы о национализации имеют экстерриториальное действие, т.е. должны признаваться и за пределами государства, их принявшего. Это означает, что государство, осуществившее национализацию, должно быть признано за границей собственником как имущества, которое находилось в момент национализации в пределах его территории, так и национализированного имущества, находившегося в момент национализации за границей.

В настоящее время, как правило, ни судебной практикой, ни юридической доктриной стран Запада не оспаривается экстерриториальное действие законов о национализации в отношении имущества, которое в момент национализации находилось на территории государства, осуществившего национализацию, а затем

было вывезено за границу в порядке ведения внешней торговли, в качестве экспонатов на выставки или для иных целей.

Решающее значение для признания судами принципа экстерриториального действия законов о национализации имела длительная борьба Советского государства, которую оно вело за признание своих прав на имущество, приобретенное в силу законов о национализации.

Первым решением, которым было признано экстерриториальное действие советских законов о национализации, было решение Высокого суда Великобритании от 12 мая 1921 г. по делу «А. М. Лютер против Д. Сегора».

Суть этого известного дела сводилась к следующему. В августе 1920 г. Наркомвнешторг РСФСР продал английской фирме «Сегор» партию фанеры. До национализации фанера была собственностью акционерного общества «Лютер». Национализированный товар (фанера) в момент национализации находился на складе предприятия общества «Лютер» в Новгороде. После прибытия фанеры в Великобританию бывшие собственники общества «Лютер» предъявили иск фирме «Сегор» о возврате фанеры. Первоначально иск был удовлетворен, однако при вторичном рассмотрении дела уже после заключения первого торгового договора между РСФСР и Великобританией в 1921 г. английский суд отклонил иск. Судья Скретон (Scrutton), в частности, указал, что если Л. Б. Красин (глава советской торговой делегации) привез товары в Англию от имени своего правительства и объявил, что они принадлежат правительству, то ни один английский суд не может проверять такое заявление. Как заявил судья Варингтон (Warrington), суд не может «входить в рассмотрение вопроса о действительности актов, коими право собственности на спорные товары было изъято от истцов и перенесено на ответчиков». Судьи отвергли довод истца о том, что советские законы о национализации противоречат принципам справедливости и морали и поэтому действие их не может быть признано в Великобритании.

Из решений судов других стран следует указать на решение федерального суда США от 5 июня 1931 г. по делу о советском золоте (по иску Банка Франции к американским

банкам), в котором было признано, что акты национализации должны рассматриваться как действительные. В решениях американских судов по делу «Правительство США против банкирского дома М. Бельмонт» (1937) и по делу Пинка (1942) было признано экстерриториальное действие советских законов о национализации в отношении имущества отделений национализированных русских юридических лиц, находившегося в момент национализации на территории США.

В решении французского суда от 16 июня 1993 г. по искам И. Щукиной и И. Коновалова к Российской Федерации, Государственному Эрмитажу и Музею изобразительных искусств имени А. С. Пушкина суд признал, что акт национализации — это акт государственной власти. И особенно важно, что факт проведения национализации собственности без компенсации не меняет природы акта национализации как акта осуществления суверенитета государства со всеми вытекающими отсюда последствиями.

В 2000 г. внуком С. И. Щукина — французским гражданином А.-М. Делонем-Фурко были предъявлены в Италии требования о наложении ареста на картины, привезенные из музея Эрмитажа и помещенные на выставке в Риме, а в декабре 2002 г. тот же внук потребовал выплаты ему компенсации в связи с выставкой картин французских импрессионистов из коллекции С. И. Щукина в Хьюстоне (США).

В силу применяемых в каждой стране коллизионных норм моменты возникновения и перехода права собственности определяются по принципу *lex rei sitae*. Отсюда следует, что при рассмотрении иностранными судами вопросов, касающихся национализированного имущества, подлежат применению законы государства, осуществившего национализацию.

Признание права собственности государства на национализированное имущество, вывозимое им за границу, является необходимой предпосылкой осуществления международной торговли. Без признания экстерриториального действия национализации была бы невозможной международная торговля.

2. Если право собственности на вывезенное за границу национализированное имущество получило повсеместное признание, то иное положение сложилось в

судебной практике государств Запада в отношении национализированного имущества, находившегося в момент национализации за границей. Суды ссылаются при этом на то, что приобретение права собственности на имущество может определяться исключительно законами страны места его нахождения. С этим обоснованием нельзя согласиться. Если обратиться к практике проведения национализации Советским государством, то следует прежде всего отметить, что по советскому законодательству не имело юридического значения, где находилось имущество национализируемого предприятия в момент национализации, поскольку национализация распространяется на все такое имущество независимо от места его нахождения. В большинстве случаев речь шла о том, что за границей находились лишь отдельные составные части национализированного имущественного комплекса, отдельные вклады в банках, отдельные имущественные требования (права и т.п.). Что же касается филиалов национализированных юридических лиц, то личный закон юридического лица регулирует, согласно признанным повсеместно правилам международного частного права, порядок ликвидации такого юридического лица и предусматривает, какие последствия при этом наступают.

«Судьба зарубежного имущества национализированных предприятий, — отмечает Л. А. Лунц в своей работе «Международное частное право», — может определяться лишь законом той страны, к которой данное предприятие принадлежало в момент национализации. Например, бывшие русские частные банки и русские страховые общества, уставы которых были в свое время утверждены в России в соответствии с действующими в то время российскими законами и правления которых находились в Петербурге или Москве, имели, очевидно, русский личный статут. Национализация их по декретам советского правительства не могла не получить экстерриториального действия».

Признание одним государством национализации собственности его граждан и юридических лиц, проведенной другим государством, часто становится в международной практике предметом международных соглашений. В таком соглашении могут быть урегулированы и взаимные имущественные претензии,



возникшие в связи с проведением национализации. Урегулирование подобных претензий вытекает из самого факта признания действия национализации.

Первым соглашением такого рода в советской договорно-правовой практике был Советско-германский договор, заключенный в Рапалло 16 апреля 1922 г. По ст. 2 Договора Германия признала национализацию, проведенную в Советской России, поскольку она прямо отказалась от предъявления претензий в отношении имущества германских граждан, национализированного Советским государством без какой-либо компенсации, «при условии, что правительство РСФСР не будет удовлетворять аналогичные претензии других государств».

Советско-американским соглашением 1933 г. (Соглашением Литвинов — Рузвельт), а затем обменом нотами в 1937 г. по вопросу об урегулировании долговых претензий и претензий на национализированное имущество со стороны США была признана национализация, проведенная Советским государством. Правительство США получило от СССР право истребовать некоторое находящееся на территории Соединенных Штатов Америки имущество, перешедшее к Советскому государству в силу законов о национализации.

### **Приобретение иностранными гражданами и иностранными юридическими лицами прав собственности и иных вещных прав в России**

Предоставление в России национального режима иностранным гражданам и лицам без гражданства действует и в отношении права собственности. Указанные лица могут приобретать и отчуждать имущество, отдавать его в залог, осуществлять право владения, пользования и распоряжения на равных основаниях с российскими гражданами и юридическими лицами за изъятиями и ограничениями, установленными федеральными законами.

Как и в ряде других государств (см. § 5 настоящей главы), в России основные ограничения касаются прав собственности на землю. Согласно Закону об обороте

земель сельскохозяйственного назначения 2002 г. иностранные граждане, иностранные юридические лица, лица без гражданства не могут приобретать земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения в собственность. Им может предоставляться только право аренды. Обладать земельными участками на праве аренды могут также юридические лица, в уставном (складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более чем 50% (ст. 3).

Согласно Закону иностранные юридические лица, иностранные граждане и лица без гражданства, а также российские юридические лица с таким иностранным капиталом отнесены к числу лиц, которые обязаны произвести отчуждение земельного участка или доли в праве общей собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения, которые не могут им принадлежать на праве собственности (ст. 5 этого Закона). В соответствии с этой статьей установлен следующий порядок отчуждения.

В случае если в собственности лица по основаниям, допускаемым законом, оказались земельный участок или доля в праве общей собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения и это влечет за собой нарушение требований этого Закона, такие земельный участок или доля должны быть отчуждены собственником. Отчуждение земельного участка или доли в праве общей собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения, приобретенных до вступления в силу этого Закона, должно быть осуществлено в течение года со дня вступления его в силу. Земельные участки или доли в праве общей собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения, приобретенные после вступления в силу этого Закона, подлежат отчуждению в течение года со дня возникновения права собственности на эти земельные участки или на доли в праве общей собственности на земельный участок.

В случае если при нарушении требований этого Закона собственник не произведет в течение указанного выше срока отчуждение земельного участка или доли в праве общей собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного

назначения, орган, осуществляющий государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, обязан в течение 10 дней в письменной форме известить об этом орган государственной власти субъекта РФ.

Орган государственной власти субъекта РФ в течение месяца со дня, когда ему стало известно о нарушении требований закона, обязан обратиться в суд с заявлением о понуждении такого собственника к продаже земельного участка или доли в праве общей собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения на торгах (конкурсах, аукционах).

В случае отсутствия лица, изъявившего желание приобрести земельный участок или долю в праве общей собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения, этот земельный участок или долю должен приобрести субъект РФ либо в случаях, установленных законом субъекта РФ, должно приобрести муниципальное образование по рыночной стоимости, сложившейся в данной местности. Таким образом, земельные участки сельскохозяйственного назначения вообще не могут находиться в собственности иностранцев. Иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица могут владеть и пользоваться земельными участками сельскохозяйственного назначения только на праве их аренды.

Не могут находиться в собственности иностранных граждан и юридических лиц участки недр, континентального шельфа, лесного фонда, они могут быть предоставлены им только на правах пользования или аренды при условии, что эти лица наделены правом заниматься соответствующей деятельностью.

Не могут находиться в собственности иностранцев земельные участки, предоставляемые членам садоводческих, огороднических и дачных товариществ.

Эти положения установлены ЗК РФ. Кроме того, этим Кодексом установлены ограничения следующего характера:

- иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица не могут обладать на праве собственности земельными участками, находящимися на приграничных территориях и на иных установленных особо территориях РФ в

соответствии с федеральными законами (п. 3 ст. 15). Перечень приграничных территорий устанавливается Президентом РФ. До установления такого перечня право собственности иностранцев на земельные участки на приграничных территориях не допускается. Под особыми территориями понимаются территории, на которых находятся, в частности, объекты стратегического назначения, военные объекты. Имеются в виду и так называемые закрытые территориальные образования;

- право преимущественной покупки и аренды земельных участков предоставляется иностранным гражданам, лицам без гражданства и иностранным юридическим лицам в случаях, когда они являются собственниками зданий, сооружений и строений, находящихся на чужом земельном участке, но ЗК РФ установлены определенные ограничения. Кроме того, Президент РФ может установить перечень видов зданий, строений и сооружений, на которые это правило не распространяется (п. 5 ст. 35);
- иностранным гражданам, лицам без гражданства и иностранным юридическим лицам могут предоставляться земельные участки для строительства, за исключением случаев, когда участки находятся на приграничных и иных особо установленных территориях;
- для иностранцев и иностранных юридических лиц установлены особые правила в отношении предоставления земельных участков для строительства (п. 12 ст. 30);
- в случаях приватизации установлены ограничения в отношении приобретения иностранцами прав на земельные участки, которые находятся в государственной или муниципальной собственности и на которых расположены здания, строения и сооружения, находящиеся в собственности иностранных лиц.

Земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, могут предоставляться иностранным гражданам, лицам без гражданства и иностранным юридическим лицам в собственность только за плату, размер которой установлен ЗК РФ. Российским гражданам и юридическим лицам в ряде случаев участки могут предоставляться в собственность бесплатно, кроме того, ЗК РФ установлена возможность предоставления им участков в безвозмездное срочное пользование.

В отношении аренды законодательством установлены следующие правила: иностранным гражданам, лицам без гражданства, иностранным юридическим лицам предоставляется право аренды сельскохозяйственных земельных участков, за исключением случаев, предусмотренных ЗК РФ (п. 1 ст. 22). Такие арендаторы не имеют права на льготы и привилегии, которые предоставляются российским сельскохозяйственным товаропроизводителям, а также на государственную финансовую поддержку.

В отношении других земель соответствующие правила о праве собственности иностранцев и иностранных юридических лиц были установлены ЗК РФ. Согласно положениям Кодекса иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица — собственники зданий и сооружений, которые расположены на земельных участках, находящихся в государственной или муниципальной собственности, имеют право на приобретение этих земельных участков в собственность в порядке, установленном ЗК РФ. Это положение не распространяется на участки, находящиеся на приграничных территориях, участки, изъятые из оборота, зарезервированные для государственных или муниципальных нужд, участки, в отношении которых установлен запрет приватизации (п. 9 ст. 36 ЗК РФ).

В течение длительного периода времени в России имела место неопределенность в отношении прав собственности иностранцев на землю. В комментариях к земельному законодательству (под ред. Г. Е. Быстрова и Б. Д. Клюкина) обращалось внимание на то, что ранее действовавший ЗК РСФСР не предусматривал права собственности и права пожизненного наследуемого владения иностранных граждан.

Нормы ст. 7 ЗК РСФСР, закрепившие порядок, согласно которому иностранные граждане могут выступать лишь арендаторами земельных участков, официально утратили юридическую силу 24 декабря 1993 г. Необходимые условия для реализации инвестиционного потенциала земли и развития регулируемого оборота земель заложил Указ Президента РФ от 14 июня 1992 г. № 631, установивший порядок продажи земельных участков при приватизации государственных и муниципальных предприятий, расширении и дополнительном строительстве этих предприятий, а

также участков, предоставленных гражданам и их объединениям для предпринимательской деятельности. Нормы п. 3 данного Указа признавали любых юридических и физических лиц, включая иностранных, покупателями земельных участков.

Тенденция расширения прав собственности иностранных граждан и юридических лиц нашла выражение в Указе Президента РФ от 27 октября 1993 г. № 1767 «О регулировании земельных отношений и развитии аграрной реформы в России», который подтвердил право собственности на землю иностранных инвесторов, если им это право передано российскими партнерами в качестве вклада в уставный фонд корпоративных и кооперативных организаций.

Несмотря на формальное признание законодательством начала 90-х гг. прав иностранных физических и юридических лиц на землю, в действительности земельная правосубъектность иностранцев была неопределенной, так как неясным оставался вопрос, могут ли иностранные граждане и иностранные юридические лица, а также предприятия с иностранным участием, действующие на территории России как российские юридические лица, приобретать в собственность земельные участки несельскохозяйственного назначения.

Более определенно в законодательстве регулировался вопрос о правах иностранных граждан на сельскохозяйственные земли. Закон РСФСР от 22 ноября 1990 г. «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» предоставлял право на создание крестьянского хозяйства и на получение земельного участка для этих целей только гражданину РСФСР.

Предусмотренные в ЗК РФ 2001 г. правила (п. 2 ст. 5 и п. 3 ст. 15) расширяют круг иностранных лиц, которые признаются участниками земельных отношений, включая иностранные юридические лица; устанавливают возможность приобретения земельного участка иностранными гражданами, лицами без гражданства и иностранными юридическими лицами не только на праве аренды, но и на праве собственности, вводя в то же время определенные ограничения, о которых говорилось выше.

## **Приобретение российскими гражданами и юридическими лицами прав собственности и иных вещных прав за рубежом**

Как и в других случаях, касающихся осуществления прав российских граждан и юридических лиц, сама возможность приобретения таких прав определяется нормами российского законодательства и, конечно, в отношении реализации этой возможности в конкретно взятой стране часто весьма детальными правилами законодательства этой страны. Как образно отмечалось в нашей литературе (Л. П. Ануфриева), если российское право говорит «да», то это еще не означает наличие реальной возможности для российского гражданина приобрести недвижимость в той или иной стране, акции или доли в капитале какой-либо компании и т.д.

Российское законодательство не запрещает гражданам и организациям приобретать недвижимость, акции и ценные бумаги иностранных компаний и обществ. Определенные ограничения были установлены валютным регулированием в целях создания препятствий для утечки капиталов за границу. В частности, было установлено правило, в силу которого любая покупка российским физическим или юридическим лицом недвижимости, акций, ценных бумаг за границей должна осуществляться только с разрешения Центрального банка РФ. Но этот запрет на практике не применялся. В дальнейшем требование получения разрешения было заменено требованием представления уведомления. В целях ограничения вывоза капитала Центральным банком РФ был установлен лицензионный (разрешительный) порядок открытия российскими гражданами счетов в банках за рубежом, за исключением случаев открытия ими счетов во время пребывания за границей.

В отношении возможности приобретения иностранцами права собственности на недвижимость, и в первую очередь на земельные участки, в ряде стран установлены запреты или ограничения.

В Канаде в некоторых провинциях ограничиваются права иностранцев на покупку земли (так, в Альберте иностранцы и компании под иностранным контролем не

имеют права покупать и владеть землей, в Саскачеване ограничивается размер сельскохозяйственных земельных участков, которые могут быть проданы иностранцам).

В Финляндии отделения иностранных компаний и компании, в которых иностранным лицам принадлежит более 20% (в отдельных случаях более 40%) акций, не имеют права без разрешения Государственного совета приобретать или продавать недвижимость на срок более двух лет.

В некоторых странах продажа земельных участков не допускается, в США покупка иностранцами недвижимости, особенно земли, ограничивается законами большинства штатов.

В ряде стран для покупки земли иностранцами требуется получение разрешения местных или центральных органов (в Австралии, Австрии, Дании, Швейцарии — с некоторыми изъятиями), требуется разрешение на приобретение недвижимости: на Кипре — Совета министров Кипра, в Польше — министра внутренних дел Польши, в странах Балтии — различных иных органов. Сошлемся в качестве примера на законодательство Литвы.

В 1996 г. ст. 47 Конституции Литвы была дополнена и одновременно был принят конституционный закон, предусматривающий порядок, условия и ограничения в отношении приобретения земельных участков несельскохозяйственного назначения. Согласно этим правовым актам иностранным субъектам разрешается приобретать земельные участки для строительства зданий и в других случаях осуществления предпринимательской деятельности. Под иностранными субъектами понимаются предприятия, зарегистрированные в качестве юридических лиц в Литве, управления которых находятся в Литве и эффективный контроль в отношении которых осуществляют иностранные предприятия или иностранные граждане, а также иностранные предприятия, отделения и представительства которых находятся в Литве.

Запрещено приобретать землю на курортах, взморье, на территории национальных парков и в ряде других случаев. Землю разрешено продавать только иностранным



субъектам, отвечающим критериям избранной Литвой «европейской и трансатлантической интеграции», т.е. из числа государств — членов ЕС, или государств, заключивших соглашения об ассоциации с ЕС, или государств, бывших в момент принятия закона членами Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) или Организации Североатлантического договора (НАТО). Из этого перечня следует, что не допускается покупка земли лицами из России и других государств СНГ.

Порядок и условия приобретения за рубежом российскими гражданами, предприятиями и учреждениями, а также государством недвижимого имущества полностью определяются законодательством страны местонахождения этого имущества. Покупатели, а также арендаторы должны самым тщательным образом выполнять предписания этого законодательства (правила регистрации земельных участков в земельных кадастрах и др.). При этом необходимо проверять, не имеются ли в отношении земельного участка какие-либо обременения, в частности сервитуты (право прохода других лиц, проживание и т.д.), не заложено ли соответствующее имущество и т.д. Игнорирование таких обстоятельств может привести к неблагоприятным последствиям для российского покупателя или арендатора имущества.

### **Правовое положение собственности Российской Федерации и российских организаций за рубежом**

1. Категории государственного имущества, находившегося за границей в различные исторические периоды существования Советского Союза, а затем Российской Федерации, не оставались неизменными. В их число входило имущество, перешедшее в порядке правопреемства от Российской империи к Советскому государству, а также имущество, перешедшее в порядке правопреемства от Советского Союза к Российской Федерации. В Указе Президента РФ от 8 февраля 1993 г. «О государственной собственности бывшего Союза ССР за рубежом» было

заявлено, что «Российская Федерация, как государство — продолжатель Союза ССР, принимает на себя все права на недвижимую и движимую собственность бывшего СССР, находящуюся за рубежом, а также выполнение всех обязательств, связанных с использованием этой собственности».

За границей находилось имущество, перешедшее к Советскому государству после проведения им национализации. После окончания Второй мировой войны значительную категорию советского государственного имущества за границей составляли так называемые активы, которые перешли к Советскому государству в порядке репараций.

Передача СССР германских активов, а также активов бывших союзников Германии (в частности, Италии) была предусмотрена решениями Потсдамской конференции и Мирными договорами 1947 г.

За границей находятся различные категории имущества, входящие в состав государственной собственности. Это имущество посольств, представительств РФ при международных организациях, консульств, торгпредств, вклады Центрального банка РФ и Внешэкономбанка, экспортные товары, временно находящиеся за границей морские и воздушные суда и т.д.

Развитие экономических отношений между Россией и иностранными государствами неизбежно приводит к увеличению объема этого имущества, и прежде всего товаров, вывозимых как для продажи, так и для экспонирования на различных выставках. Активное культурное сотрудничество невозможно без организации за рубежом художественных выставок.

Имущество (движимое и недвижимое) может находиться за рубежом постоянно или временно. В состав этого имущества входят принадлежащие Российскому государству ценные бумаги, доли и паи юридических лиц, находящихся за рубежом. Значительную категорию имущества за рубежом составляет имущество Русской православной церкви, различных благотворительных организаций.

Правовое положение федеральной собственности, находящейся за рубежом, определяется как российским законодательством, так и законодательством страны места нахождения имущества, а также международными договорами РФ.

В отношении находящейся за рубежом российской государственной собственности следует различать собственность Российской Федерации (федеральную собственность) и собственность субъектов Федерации, а также имущество муниципальных образований.

2. Может ли государственная собственность занимать за границей такое же положение, что и собственность, принадлежащая любому частному лицу? Можно ли в иностранном государстве под тем или иным предлогом, в частности под предлогом неисполнения обязательств российских организаций, арестовать государственное имущество, находящееся за границей, продать его с публичных торгов или подвергнуть иным мерам принудительного характера?

На эти вопросы следует дать отрицательный ответ, поскольку собственность государства находится в особом положении — она пользуется иммунитетом. Выше был рассмотрен вопрос об иммунитете государства и его органов (см. гл. 6 учебника). Иммунитет собственности тесно связан с иммунитетом государства, но может рассматриваться как самостоятельный вид иммунитета.

Иммунитет собственности государства заключается в особом режиме такой собственности, обусловленном особым положением субъекта права собственности — суверенного государства. Иммунитет собственности государства, находящейся за границей, сводится к тому, что это имущество не может быть объектом насильственных мер со стороны того государства, где указанное имущество находится.

Собственность государства пользуется неприкосновенностью. Это означает, что она не может без согласия государства-собственника быть подвергнута принудительному отчуждению, аресту, секвестру и другим принудительным мерам; ее нельзя насильно удерживать на иностранной территории; она не должна подвергаться расхищению со стороны другого государства, его органов или частных лиц.

Таким образом, неприкосновенность собственности государства не ограничивается изъятием ее из-под действия принудительных мер судебного характера. К ней не могут применяться и административные меры, она не может быть объектом взыскания по всякого рода внесудебным требованиям.

Иммунитет, которым пользуется собственность иностранного государства, делает недопустимым: 1) предъявление исков непосредственно к такой собственности (исков *in rem* в англо-американском праве); 2) наложение ареста на собственность для обеспечения любого предъявляемого к иностранному государству иска, связанного или не связанного с такой собственностью; 3) принудительное исполнение решения суда, вынесенного в отношении такой собственности иностранного государства.

При рассмотрении вопроса об иммунитете собственности английский ученый А. Дайси различает два случая. В первом случае собственность иностранного государства находится в руках представителя этого государства, пользующегося судебным иммунитетом, и потому иск направлен против суверена. Во втором случае собственность находится в руках третьего лица, не пользующегося судебным иммунитетом, поэтому предъявление иска к такому лицу возможно. Но даже в последнем случае, признает А. Дайси, «иск или процессуальное действие в отношении собственности (суверена) считается... иском или процессуальным действием против такого суверена».

В законах некоторых государств (Австралия, Великобритания, Пакистан) предусмотрено, что иностранное государство не пользуется иммунитетом от разбирательства относительно: а) любой доли этого государства в недвижимой собственности, находящейся на территории государства суда, владения ею или ее использования; б) любого обязательства этого государства, возникающего из его доли в такой собственности.

Согласно Европейской конвенции об иммунитете государств 1972 г. иностранное государство не пользуется иммунитетом в судах другого государства-участника по спорам, касающимся права иностранного государства на недвижимую собственность, которая находится на территории государства суда.

Однако за исключением случаев, прямо предусмотренных в праве отдельных государств и в международных соглашениях, на собственность иностранного государства не распространяется действие рассмотренного выше принципа «закон местонахождения вещи» (*lex rei sitae*), или, иными словами, в отношении этой собственности должны делаться изъятия из общего распространения на собственность иностранных лиц действия закона страны места нахождения имущества. Эти положения должны полностью применяться к государственной собственности Российской Федерации в тех случаях, когда государство или его органы не дали согласия на применение соответствующих принудительных мер в отношении российского имущества.

В условиях широкого распространения в большинстве государств тенденции функционального (ограниченного) иммунитета существенное значение приобретает цель, назначение государственной собственности. Вынесение судебного решения против государства не означает, что взыскание может быть обращено на любое государственное имущество, находящееся за рубежом. Если имущество иностранного государства служит осуществлению суверенных функций, функций публично-правового характера, оно продолжает пользоваться иммунитетом и в странах, перешедших на позиции теории функционального иммунитета, если же имущество предназначено для коммерческих, торговых целей — на такое имущество иммунитет не распространяется.

Иммунитет собственности иностранного государства находит выражение и в том, что органы другого государства не могут входить в рассмотрение вопроса о том, принадлежит ли собственность иностранному государству, когда она находится в его владении, если иностранное государство заявляет, что имущество принадлежит ему. Таким образом, если государство фактически обладает имуществом и заявляет, что имущество принадлежит ему, то в суде иностранного государства это обстоятельство не может подвергаться сомнению. Это положение известно как доктрина акта государства. Она применялась в течение длительного времени в судебной практике ряда государств, и прежде всего в Великобритании и США. Доктрина акта

государства исходит из того, что источником каждого акта государства является его суверенитет. Поскольку принцип суверенитета — это один из основных принципов международного права, доктрину акта государства следует рассматривать как доктрину международного права. Доктрина акта государства запрещает судам одного государства обсуждать законность актов другого государства и выносить решение об их недействительности. В последние годы наметилась тенденция к умалению значения указанной доктрины и к ограничению сферы ее действия. Эта тенденция наиболее ярко проявилась в США.

В отношении правила об иммунитете необходимо отметить, что если имущество государства пользуется иммунитетом, то из этого не вытекает, будто это правило должно применяться во всех случаях, поскольку пользование иммунитетом является правом, а не обязанностью государства. Государство не всегда может претендовать на такой иммунитет, а в ряде случаев может не ссылаться на иммунитет принадлежащей ему собственности. Каждое государство само определяет режим государственной собственности, в том числе и Россия, т.е. она может передать часть этой собственности в полное хозяйственное ведение либо оперативное управление государственным юридическим лицам, закрепить за ними определенное имущество. Предприятие, за которым имущество закреплено собственником этого имущества на праве полного хозяйственного ведения, является юридическим лицом и осуществляет в отношении этого имущества права и обязанности собственника. В России оперативную работу по экспорту и импорту, как отмечалось, ведут внешнеэкономические объединения, созданные в различных правовых формах, в том числе и полностью или частично принадлежащие государству. Поскольку подобное объединение или предприятие — это самостоятельное юридическое лицо и государство не принимает на себя ответственности по его обязательствам, оно не пользуется иммунитетами. В ходе проведения экономических реформ в нашей стране право осуществления внешнеэкономической деятельности получили государственные промышленные предприятия. В отношении их полностью действует принцип раздельной ответственности государства и юридического лица за

некоторыми изъятиями из этого принципа в отношении казенных предприятий. Имущество объединения не пользуется иммунитетом в отношении предварительного обеспечения иска или принудительного исполнения решения только в том случае, если речь идет об обязательствах самого объединения или предприятия. Если же истец требует наложить арест на имущество объединения по претензиям не к данному объединению, а к каким-либо другим государственным юридическим лицам или к самому государству, то на такое имущество взыскание обращено быть не может. Российское государство в отношении такого рода взысканий может ссылаться на иммунитет государственной собственности, поскольку речь уже будет идти о взыскании в отношении государственного имущества вообще, независимо от того, в чем управлении это имущество находится.

Таким образом, государственная собственность, находящаяся в хозяйственном ведении или в оперативном управлении государственных юридических лиц, не пользуется иммунитетом в тех случаях, когда она рассматривается как предмет взыскания по иску к такому юридическому лицу. Если же арест налагается на это имущество как на собственность государства, в чем бы она ни заключалась и где бы она ни находилась, то подобная собственность уже не выделяется из общего фонда государственной собственности. В этом случае такой собственности как собственности государства присущ иммунитет.

В решении французского суда 1993 г. по делу о картинах Матисса из Музея изобразительных искусств имени А. С. Пушкина и Государственного Эрмитажа было обращено внимание на то, что картины, находящиеся в этих музеях, относятся к федеральной собственности государства, а сами музеи осуществляют публичные функции. Поэтому, как считал суд, музеи должны пользоваться судебным иммунитетом и иммунитетом от принудительного исполнения на равных основаниях с государством — Российской Федерацией. После вынесения этого решения во Франции в 1994 г. был принят специальный закон, устанавливающий неприкосновенность культурных ценностей, ввезенных для показа на выставках.

Вопрос об иммунитете собственности иностранного государства часто возникает в связи с иммунитетом государственных судов, используемых для торговых целей.

В Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. дается перечень особых категорий собственности, которые, в частности, не должны рассматриваться как собственность, используемая государством «в иных целях, чем государственные некоммерческие цели». К ним относятся:

- 1) собственность, включая любой банковский счет, используемая или предназначенная для использования при исполнении функций дипломатического представительства государства или его консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях или на международных конференциях;
- 2) собственность военного характера или используемая или предназначенная для использования при исполнении военных функций;
- 3) собственность центрального банка или иного финансового органа государства;
- 4) собственность, составляющая часть культурного наследия государства или часть его архивов и не выставленная или не предназначенная для выставления на продажу;
- 5) собственность, составляющая часть экспозиции объектов, которые представляют научный, культурный или исторический интерес, и не выставленная или не предназначенная для выставления на продажу (ст. 21).

Из КТМ РФ следует, что иммунитет в отношении ареста и в других случаях может предоставляться только военным кораблям и другим судам, находящимся в собственности государства или эксплуатируемым им и используемым только для правительственной некоммерческой службы, а также некоммерческим грузам, находящимся в собственности государства.

3. Российское законодательство определяет, какие государственные органы осуществляют управление этой собственностью, кто правомочен принимать решения о ее приобретении или отчуждении, сдаче в аренду или решать иные вопросы, относящиеся к компетенции собственника имущества.



Решения о приобретении в федеральную собственность недвижимого имущества за рубежом, а также ценных бумаг, долей, паев и акций в находящихся за рубежом юридических лицах за счет федерального бюджета принимаются Правительством РФ. Оно также принимает решения о продаже, мене, залоге, дарении, изъятии такого имущества.

Сдача в аренду недвижимого имущества, закрепленного на балансе государственных предприятий и учреждений на срок до одного года, осуществляется ими самостоятельно, на срок до пяти лет — по согласованию с полномочным государственным органом, а свыше пяти лет — по решению Правительства РФ. Некоторые функции в этой области Указом Президента РФ от 23 октября 2000 г. были возложены на Управление делами Президента РФ. Ему были переданы расположенные за пределами Российской Федерации служебные здания, сооружения, жилые дома, другое недвижимое имущество, находящееся на балансе федеральных органов исполнительной власти и их представительств в иностранных государствах, других государственных органов Российской Федерации (за исключением объектов, необходимых Министерству иностранных дел РФ для осуществления его функций). В соответствии с Указом Президента РФ от 23 октября 2000 г. № 1771 было создано государственное унитарное предприятие «Госзагрансобственность», на которое возложены задачи инвентаризации и управления собственностью РФ за рубежом (объекты собственности ранее управлялись десятками различных организаций и ведомств). Имущество за рубежом, не используемое для размещения представительств федеральных органов исполнительной власти в иностранных государствах, других государственных органов и их сотрудников; расположенное за пределами России федеральное недвижимое имущество было передано в хозяйственное ведение этого федерального государственного унитарного предприятия для коммерческого использования такой собственности. Таким образом, государство обеспечивает надлежащее использование этой собственности органами государственной власти, осуществляющими свои функции за рубежом, а остальные объекты недвижимости могут сдаваться в аренду, прежде всего российским

компаниям, осуществляющим предпринимательскую деятельность в соответствующих странах.

В сентябре 2001 г. Правительство РФ утвердило порядок распределения доходов от использования федерального недвижимого имущества, расположенного за пределами России. После уплаты всех платежей, установленных российским законодательством и законодательством государства, где расположена недвижимость, соответствующие суммы должны направляться главным образом на цели, связанные с содержанием этого имущества.

Российское законодательство устанавливает также порядок участия России в находящихся за рубежом юридических лицах. Учредителем и участником от имени России выступает полномочный государственный орган, которому предоставлено право по решению Правительства РФ вносить федеральную собственность в уставные капиталы таких юридических лиц (за исключением имущества, закрепленного за государственными унитарными предприятиями на праве полного хозяйственного ведения).

Таким образом, только российское законодательство может определять порядок управления и распоряжения государственной собственностью, находящейся за рубежом.

Приведем пример из судебной практики ФРГ, подтверждающий актуальность этого тезиса.

Предметом рассмотрения суда в Берлине в декабре 1994 г. и в январе 1996 г. было дело о праве собственности на Российский дом науки и культуры (РДНК — бывший Дом советской науки и культуры) и о праве пользования земельным участком, на котором было построено это здание. Дом был построен в соответствии с Соглашением, заключенным в 1982 г. между правительствами СССР и ГДР. В этом Соглашении предусматривалось, что здание переходит в собственность СССР и что последнему передается исключительное, бессрочное и безвозмездное право пользования участком для застройки. Соответствующие записи в отношении права

собственности на здание и права пользования землей были внесены в поземельные книги сначала на имя СССР, а затем России.

В дальнейшем немецкие граждане создали общество с ограниченной ответственностью «Фридрихштрассе 176—179». На основании нотариального договора этому обществу было передано право собственности на здание и право пользования земельным участком. Предметом рассмотрения суда стал иск Правительства РФ к обществу о признании договора недействительным. Этот договор, а также некоторые другие нотариальные действия были совершены от имени Правительства РФ тогдашним министром печати и информации РФ, бывшим какой-то период времени одновременно заместителем Председателя Совета Министров, или на основании выданных им доверенностей. В этих доверенностях соответствующему лицу доверялось «делать всевозможные заявления и принимать таковые, заключать всякого рода договоры, прямо или косвенно», касающиеся права собственности на здание и права пользования объектом, являющимся предметом спора, а также долевого участия Российской Федерации в обществе, созданном германскими гражданами.

Суд в своем решении исходил из того, что в отношении того, кто может распоряжаться имуществом Российской Федерации и, в частности, отчуждать его, подлежит применению российское право. При этом суд сослался на постановление Совета Министров СССР от 25 ноября 1980 г., согласно которому отчуждение зданий, находящихся за рубежом, могло осуществляться лишь с согласия правительства, которое должно было выдаваться в официальном порядке, предусмотренном Законом РСФСР от 24 октября 1991 г. и постановлением Верховного Совета РСФСР от 12 декабря 1991 г. В соответствии с этим российским законодательством даже лицо, занимавшее должность заместителя Председателя Совета Министров, не могло самостоятельно издавать распоряжение такого рода от имени правительства. Не имело права осуществлять такие действия и лицо, занимавшее должность руководителя организации, в оперативное управление которой было передано имущество. Суд признал договор, о котором шла речь, недействительным и отменил

предварительную запись в поземельной книге о передаче права собственности и права пользования земельным участком немецкому обществу с ограниченной ответственностью.

Еще пример.

В течение длительного периода времени предметом рассмотрения арбитражных судов РФ разных уровней был вопрос о передаче долей в уставном капитале совместных российско-монгольских предприятий.

В уставном капитале совместных предприятий «Эрдэнэт» и «Монголросцветмет» (Монголия) Российскому государству принадлежало 49%. Эти доли в уставном капитале совместных предприятий были при приватизации включены в уставный капитал открытого акционерного общества «В/О «Зарубежцветмет». Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ своим постановлением отменил постановление федерального арбитражного суда Московского округа, исходя из того, что незаконным было решение о передаче 49% долей уставного капитала совместного предприятия и совместного объединения из государственной собственности в уставный капитал объединения в соответствии с распоряжением Госкомимущества России.

В связи с тем, что передача долей в уставном капитале совместного предприятия «Эрдэнэт» и совместного объединения «Монголросцветмет» была произведена с нарушением действовавшего на момент приватизации законодательства, Российская Федерация остается собственником своей доли уставного капитала указанных совместных предприятия и объединения согласно положениям межправительственных соглашений «О деятельности советско-монгольского совместного горно-обогатительного предприятия «Эрдэнэт» и «О деятельности советско-монгольского хозяйственного объединения «Монголросцветмет» от 5 июня 1991 г., которое было продлено в 2003 г.

Постановлением Правительства РФ от 5 января 1995 г. «Об управлении федеральной собственностью, находящейся за рубежом» было установлено, что при приватизации государственных предприятий закрепленное на их балансе имущество, находящееся

за рубежом (в том числе ценные бумаги, доли, пай и акции в находящихся там юридических лицах), не подлежит включению в уставный капитал акционерных обществ, создаваемых в результате преобразования государственных предприятий и продажи на конкурсах и аукционах.

### **Защита культурных ценностей и права собственности на них**

1. Во многих государствах предусмотрены специальные меры для защиты права собственности и иных вещных прав в отношении такой категории движимых вещей, как культурные ценности.

В ряде государств были приняты законы, запрещающие или ограничивающие вывоз культурных ценностей. Однако не всегда эти национальные ограничения признавались за пределами государства, их установившего, о чем свидетельствует судебная практика. Имеются страны, ввоз в которые культурных ценностей не ограничен. В странах ЕС ситуация изменилась после реализации Директивы № 93/7/ЕС от 15 марта 1993 г. о возвращении незаконно вывезенных культурных ценностей из одного государства — члена ЕС в другое. Согласно этой Директиве вопрос о собственности на культурную ценность после ее возврата должен был определяться на основании права страны — члена ЕС, сделавшей запрос о возврате. 24 июня 1995 г. была принята Конвенция УНИДРУЛ о похищенных или незаконно вывезенных культурных ценностях (Россия относится к числу стран, подписавших Конвенцию, но еще не ратифицировавших ее). Целями Конвенции являются, в частности, защита культурного достояния и культурных обменов, содействие эффективной борьбе с хищениями и незаконной торговлей культурными ценностями. Под культурными ценностями в Конвенции понимаются ценности, которые с точки зрения религиозной или светской обладают важностью для археологии, предистории (антропологии), истории, литературы, искусства или науки и которые принадлежат к одной из категорий, перечисленных в приложении к Конвенции.

Конвенция предусматривает обязанность владельца похищенной культурной ценности вернуть (реституцировать) ее. Любая просьба о реституции должна быть внесена в трехлетний срок, считая с момента, когда истцу стало известно о месте, где находится культурная ценность, и о личности ее владельца, и во всех случаях в пятилетний срок, считая с момента похищения. Однако реституция культурной ценности, являющейся неотъемлемой частью определенного памятника или археологического заповедника (ландшафта) либо частью общественной коллекции, не подлежит никаким срокам давности, кроме трехлетнего срока, считая с момента, когда истцу стало известно о месте, где находится культурная ценность, и о личности ее владельца (ст. 3). Владелец похищенной культурной ценности, который приобрел эту ценность после ее незаконного вывоза, имеет право требовать от государства-истца в момент ее возврата справедливого возмещения убытков при условии, что он не знал или не предполагал в момент приобретения, что ценность могла быть похищена (ст. 4). Таким образом, согласно Конвенции УНИДРУА обеспечивается и защита права владельца похищенной ценности в случае добросовестного приобретения, поскольку предусматривается возмещение ущерба, понесенного таким добросовестным приобретателем.

Основы законодательства РФ о культуре от 9 октября 1992 г. предписывали осуществлять целенаправленную политику по возвращению незаконно вывезенных с территории РФ культурных ценностей. Все незаконно вывезенные за рубеж культурные ценности, признанные культурным достоянием народов России, подлежат возвращению на Родину независимо от их нынешнего местонахождения, времени и обстоятельств вывоза. Приведем пример реализации этих положений закона.

В 1994 г. из фондов Российского государственного исторического архива (РГИА) в Санкт-Петербурге было совершено крупное хищение документов, представляющих значительную историческую и научную ценность. В частности, речь шла о подлинных указах российских императоров (от Петра I до Николая II) и других

материалах, содержащих исключительно важные свидетельства по вопросам внутренней и внешней политики, культурной и экономической жизни России.

Часть похищенных ценностей была найдена в России, а другая часть обнаружена берлинской полицией после обращения к ней занимающейся торговлей рукописями фирмы «Й. А. Штаргардт», в распоряжение которой для последующей продажи на аукционах попали эти ценнейшие материалы.

На основании специальной экспертизы, проведенной в Берлине в мае 1999 г., Министерству культуры РФ удалось убедительно доказать безусловную принадлежность царских указов России, а также факт их незаконного вывоза с территории РФ.

Ценности были возвращены в Россию. В данном случае судебного рассмотрения не потребовалось.

Согласно Закону РФ от 15 апреля 1993 г. «О вывозе и ввозе культурных ценностей» установлены категории культурных ценностей, не подлежащих вывозу из Российской Федерации. Вывоз культурных ценностей, не отнесенных к этим категориям, должен осуществляться в соответствии с решением о возможности их вывоза, принимаемым компетентным государственным органом. Культурные ценности, заявленные к вывозу, подлежат обязательной экспертизе. При принятии решения о возможности вывоза культурных ценностей выдается свидетельство на право их вывоза. Предусмотрены условия временного вывоза и временного ввоза культурных ценностей. Таким образом, Закон установил ряд ограничений для собственников культурных ценностей.

Ряд положений о вывозе и ввозе архивных документов, в том числе и принадлежащих гражданам, содержится в Федеральном законе от 22 октября 2004 г. «Об архивном деле в Российской Федерации». Архивные документы, находящиеся в частной собственности, могут быть вывезены, но после проведения соответствующей экспертизы. Допускается ввоз в Россию архивных документов, приобретенных или полученных на законном основании. Вывоз и ввоз приобретенных или полученных на законных основаниях копий архивных документов на носителях любого вида

осуществляется без ограничений, за исключением тех, доступ к которым ограничен в соответствии с законодательством РФ.

2. В годы Второй мировой войны отечественной культуре в результате гитлеровской агрессии был нанесен невосполнимый урон. Вывезенные культурные ценности не были, за редким исключением, возвращены. Этим объясняется установление в России особого правового режима в отношении перемещенных в результате войны в Советский Союз культурных ценностей.

Согласно ст. 6 Федерального закона от 15 апреля 1998 г. «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации» все перемещенные культурные ценности, ввезенные в Союз ССР в осуществление его права на компенсаторную реституцию, «являются достоянием Российской Федерации и находятся в федеральной собственности», за изъятиями, установленными Законом. Под компенсаторной реституцией, согласно названному Закону, понимается «вид международно-правовой ответственности государства-агрессора, применяемой в случаях, если осуществление ответственности данного государства в форме обычной реституции невозможно, и заключающейся в обязанности данного государства компенсировать причиненный другому государству материальный ущерб путем передачи потерпевшему государству (или путем изъятия потерпевшим государством в свою пользу) предметов того же рода, что и разграбленные и незаконно вывезенные государством-агрессором с территории потерпевшего государства» (ст. 4).

Компенсаторная реституция, что было признано Конституционным Судом РФ в постановлении от 20 июля 1999 г. в отношении этого Закона, не может осуществляться за счет собственности жертв нацистских режимов.

Статья 8 Закона предусматривает, что под действие ст. 6 не подпадают, во-первых, культурные ценности заинтересованных государств, насильственно изъятые и незаконно вывезенные с их территорий бывшими неприятельскими государствами (под заинтересованными государствами в Законе понимаются государства, захваченные Германией и ее военными союзниками); во-вторых, культурные



ценности, которые являлись собственностью религиозных организаций или частных благотворительных учреждений, использовались исключительно в религиозных или благотворительных целях и не служили интересам милитаризма и (или) нацизма (фашизма); в-третьих, культурные ценности, которые принадлежали лицам, лишенным этих ценностей в связи с их активной борьбой против нацизма (фашизма), в том числе в связи с их участием в национальном сопротивлении оккупационным режимам бывших враждебных государств и коллаборационистским режимам, и (или) в связи с их расовой, религиозной или национальной принадлежностью. В этом последнем случае, в частности, имеются в виду ценности, изъятые у жертв Холокоста (под которым в международной практике понимается массовое истребление и преследование гитлеровцами в Европе лиц еврейской национальности). Особые правила действуют в отношении семейных реликвий.

Законом «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации» определена система возможного предъявления претензий о возвращении перемещенных ценностей только правительствами соответствующих государств только Правительству РФ, что не может толковаться, по мнению Конституционного Суда РФ, как исключаящее судебный порядок установления и защиты права собственности на конкретные перемещенные культурные ценности, находящиеся на территории РФ, и, следовательно, не допускающее право на обращение в суды Российской Федерации для лиц, которым принадлежали культурные ценности, обозначенные в Законе как собственность заинтересованных государств. Равным образом не могут быть лишены права на судебную защиту и собственники в бывших враждебных государствах тех находящихся на территории РФ перемещенных культурных ценностей, которые не могли быть объектом компенсаторной реституции на основе Мирных договоров 1947 г. и других актов, принятых на основе прав и верховенства оккупационных властей в Германии.

По мнению Суда, возможен возврат находящихся в Российской Федерации перемещенных ценностей как «проявление доброй воли и гуманизма, как это

предусмотрено, в частности, п. 3 ст. 8 Закона». Названный Закон предусматривает возможность заключения международных договоров по вопросам возвращения и равноценного обмена перемещенных ценностей на те, которые находятся за пределами России.

3. В соответствии с Соглашением стран СНГ о сотрудничестве в области культуры от 15 мая 1992 г. в Москве 28 сентября 2001 г. было заключено Соглашение о вывозе и ввозе культурных ценностей (вступило в силу для России 11 декабря 2002 г.).

В соответствии со ст. 2 Соглашения запрещен ввоз культурных ценностей, в отношении которых объявлен международный розыск. Они подлежат задержанию для их последующего возвращения законным собственникам. В Соглашении установлены правила временного ввоза и вывоза культурных ценностей и их правовой охраны.

## **Глава 8. Правовой режим иностранных инвестиций**

### **Общие положения**

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

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

2. Обычно под иностранными инвестициями понимаются материальные и нематериальные ценности юридических и физических лиц одного государства, которые вывезены из этого государства на территорию другого государства в целях извлечения прибыли. Само слово «инвестиция» (англ. investment) означает «капиталовложение». Согласно российскому законодательству, под иностранными инвестициями понимается вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории РФ (денежные средства, ценные бумаги, иное имущество, имущественные права, имеющие денежную оценку, исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, а также услуги и информация). Из наиболее широкого понимания иностранных инвестиций исходят двусторонние соглашения о защите и поощрении капиталовложений, заключенные Россией с другими странами. Россия заключила более 50 таких соглашений. Приведем в качестве примера определение, которое дается в

Соглашении России с Японией от 13 ноября 1998 г., вступившем в силу в 2000 г. Под инвестицией в этом Соглашении понимаются капиталовложения инвесторов одной страны на территории другой. Речь идет о любом виде имущественных ценностей, включая права в отношении движимого и недвижимого имущества, акции и другие формы участия в компаниях, право требования по денежным средствам или любому выполнению договора, имеющему финансовую ценность, связанное с капиталовложениями, права на интеллектуальную собственность и «концессионные права, включая права на разведку и эксплуатацию природных ресурсов» (ст. 1). В Типовом соглашении, утвержденном постановлением Правительства РФ от 9 июня 2001 г., в отношении последней категории дается более полное определение. В нем говорится о правах на осуществление предпринимательской деятельности, предоставляемых на основе закона или договора, включая, в частности, права, связанные с разведкой, добычей и эксплуатацией природных ресурсов.

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

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

Развитие лизинга в инвестиционной деятельности в России призвано привлечь дополнительные инвестиции в экономику. Федеральный закон от 29 октября 1998 г. «О финансовой аренде (лизинге)» относит к основным формам лизинга и международный лизинг в соответствии с Конвенцией УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г., участницей которой является Россия (см. гл. 9 учебника).

3. В качестве иностранных инвесторов законодательство РФ понимает: 1) иностранные юридические лица, иностранные организации, не являющиеся юридическими лицами; 2) иностранных граждан, лиц без гражданства, постоянно проживающих за пределами России, международные организации и иностранные государства; 3) организации, находящиеся под контролем иностранных инвесторов, в том числе созданные на территории РФ (эта категория была установлена ст. 3 и 5 Закона об инвестициях в стратегические отрасли 2008 г.).

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

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

Особое значение имело принятие Закона об инвестициях в стратегические отрасли 2008 г. В соответствии с этим Законом был составлен список из 42 отраслей, где участие иностранных субъектов возможно только с особого разрешения Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации (КИИ), возглавляемой Председателем Правительства РФ. Комиссия была образована постановлением Правительства РФ от 6 июля 2008 г.

Согласно Закону в случае приобретения 5% и более акций (долей) иностранная компания обязана лишь уведомить соответствующие органы. В остальных случаях необходимо принятие решения КИИ. Первое такое решение было принято Комиссией 10 октября 2008 г.

К видам деятельности, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, Законом об инвестициях в стратегические отрасли 2008 г. были отнесены две категории: деятельность, связанная с использованием возбудителей инфекционных заболеваний, и торговля вооружением и военной техникой.

### **Международно-правовое и внутреннее регулирование**

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

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

В условиях интернационализации хозяйственной жизни особое значение для создания благоприятного инвестиционного климата в странах переходной экономики приобрело соблюдение требований международных стандартов, под которыми понимаются международные правила, сформулированные в многосторонних и двусторонних соглашениях, в соответствии с которыми государство-участник берет на себя обязательство следовать предусмотренным в международном праве принципам правового регулирования иностранных инвестиций.

Некоторые положения содержатся в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве 1994 г. и в ряде других соглашений.

Сотрудничество России с ЕС направлено на создание благоприятного климата как для отечественных, так и иностранных инвестиций в первую очередь путем улучшения условий защиты инвестиций, перевода капиталов и обмена информацией об инвестиционных возможностях (ст. 58 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве 1994 г.).

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

К таким договорам относятся международные соглашения, подписанные в результате завершения в 1995 г. уругвайского раунда переговоров, проводимых в рамках ГАТТ, приведших к созданию ВТО. Это Соглашение по связанным с торговлей инвестиционным мерам (ТРИМ), Генеральное соглашение по торговле услугами (ГАТС) и Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). В этих соглашениях содержатся обязательства государств — членов ВТО по регулированию инвестиций, осуществляемых в форме вложения капитала

(вложений в основные фонды действующих или создаваемых предприятий), в форме оказания услуг, в форме новейших технологий и средств индивидуализации товаров и услуг.

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

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

Основными многосторонними конвенциями в этой области являются Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г. (Россия участвует в Конвенции с 1992 г.) и Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 г. (Россия подписала Конвенцию в 1992 г., но до настоящего времени не присоединилась к ней) (подробнее об этом см. в § 5 гл. 19 учебника).

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

В настоящее время двусторонние международные договоры содержат более подробное регулирование соответствующих отношений, а главное, именно в этих соглашениях формулируются исходные принципиальные положения, определяющие



инвестиционный климат. В конце XX в. в мире действовало более 1500 двусторонних соглашений с участием 169 стран.

Для России действуют более 50 двусторонних соглашений о взаимном поощрении и защите инвестиций (с Австрией, Великобританией, Египтом, Индией, Италией, Канадой, КНДР (ратифицировано в 2005 г.), Литвой, Монголией (ратифицировано в 2005 г.), Францией, ФРГ, Чехией, Швецией, Японией и другими государствами). Россия заключила двусторонние соглашения о защите инвестиций с Арменией (ратифицировано в 2005 г.), Казахстаном, Молдавией, Узбекистаном и Украиной.

Обратим внимание на то, что в 1992 г. был заключен Договор между Россией и США о поощрении и взаимной защите капиталовложений. Однако этот Договор не вступил в силу, хотя переговоры о его ратификации велись в 1995 и 1997 гг.

В этом Договоре был применен принцип контроля. В ст. 1 говорилось о капиталовложениях, принадлежащих компаниям другой стороны либо контролируемых инвесторами. Под такими капиталовложениями понимались капиталовложения, осуществляемые одной из сторон, в частности США, на территории другого договаривающегося государства, в частности России, при посредстве инвестора другого государства.

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

Основные положения двусторонних договоров о взаимной защите инвестиций соответствуют международной практике заключения инвестиционных соглашений. При их разработке Советский Союз, а затем Россия и другие государства СНГ учитывали опыт других государств, касающийся содействия осуществлению и защите капиталовложений. Однако имеются и различия, отражающие как компромиссный характер переговоров, так и особенности подхода различных стран к инвестиционному сотрудничеству.

Наряду с определением понятия инвестиций обычно эти соглашения включают основные обязательства, которые государства принимают на себя в связи с деятельностью на их территории инвесторов другого государства. В частности,

договаривающиеся стороны обязуются создавать благоприятный режим для капиталовложений инвесторов и связанной с ними деятельности, обеспечивать надлежащую защиту иностранной собственности, предоставлять инвестору возможность беспрепятственного перевода своих доходов. Государства соглашаются также на рассмотрение споров по вопросам капиталовложений с инвестором в международном арбитраже (см. гл. 19 учебника).

В Типовом соглашении, утвержденном постановлением Правительства РФ от 9 июня в 2001 г., содержится следующая формула режима недискриминации: «Каждая Договаривающаяся Сторона обеспечивает на своей территории справедливый режим капиталовложениям инвесторов другой Договаривающейся Стороны в отношении управления и распоряжения ими» (п. 1 ст. 3). При этом в его последней редакции предусматривается применение режима не менее благоприятного, чем тот, который стороны предоставят друг другу.

В чем смысл заключения двусторонних соглашений?

Во-первых, благодаря такому договору каждое из заключивших его государств получает возможность обеспечить реализацию прав своих граждан в другой стране.

Во-вторых, для иностранного инвестора из любой страны, несомненно несущего определённый риск, принципиально важно, чтобы принимающее государство предоставляло надлежащую защиту и обеспечивало безопасность его капиталовложений в этой стране. Наличие таких гарантий не только во внутреннем законодательстве, но и в международном соглашении рассматривается как стремление принимающего государства обеспечить максимальную сохранность иностранной собственности и не принимать мер по ее принудительному изъятию.

В-третьих, создание договорного регулирования дает определенную гарантию применения предусмотренного соглашением режима для инвестиций независимо от того, какие изменения, в том числе и законодательные, могут иметь место в стране — партнере по договору в будущем.

Все соглашения предусматривают правила о порядке разрешения споров между странами, заключившими такой международный договор, относительно его

толкования и применения. По предложению любой из сторон могут быть проведены консультации по этим вопросам. Споры должны по возможности разрешаться путем переговоров.

Если таким образом спор не урегулирован, то по требованию одной из сторон он будет передан на рассмотрение третейского суда (о спорах подробнее см. в § 5 гл. 19 учебника).

Азербайджан заключил двусторонние соглашения о взаимной защите и поощрении инвестиций с 16 государствами, в том числе с Грузией, Казахстаном, Киргизией, Молдавией, Украиной, ФРГ.

Грузия заключила ряд соглашений, в том числе с Азербайджаном, Италией, Казахстаном, Киргизией, Нидерландами, Румынией, США, Туркменией, Турцией, Узбекистаном, Украиной, ФРГ.

Киргизия заключила более 20 соглашений, в том числе с Бельгией, Испанией, Казахстаном, Малайзией, ФРГ, Швецией и другими государствами СНГ.

Туркмения заключила около 20 соглашений, в том числе с Австрией, Индонезией, Ираном, КНР, Малайзией, Румынией, Турцией, Финляндией, ФРГ.

Казахстан заключил более 30 двусторонних соглашений, в том числе с Белоруссией, Бельгией, Болгарией, Великобританией, Венгрией, Грузией, Египтом, Израилем, Индией, Ираном, Италией, Киргизией, КНР, Кореей, Кувейтом, Малайзией, Россией, Румынией, США, Турцией, Украиной, Францией, ФРГ, Швейцарией и другими странами.

Украина — 61 соглашение.

3. Специальное внутреннее законодательство об иностранных инвестициях имеется в немногих государствах. Прежде всего такие законы принимались в государствах, особо заинтересованных в притоке иностранных инвестиций, например в государствах Азии, Африки и Латинской Америки, в социалистических странах.

В большинстве западных государств (Великобритания, США, Франция, ФРГ и др.) нет специальных законодательных актов об иностранных инвестициях; к ним

применяется общее законодательство, регулирующее хозяйственную деятельность, антитрестовское законодательство, налоговое, валютное, банковское и др.

В государствах Латинской Америки были приняты специальные законы об иностранных капиталовложениях, устанавливающие порядок перевода прибылей за границу и другие условия иностранных капиталовложений. Например, такой закон действует в Мексике с 8 мая 1973 г.

Подробное регулирование правового режима иностранных инвестиций имеется в тех государствах (Венгрия, КНР, Латвия, Литва, Польша, Эстония и др.), которые проводят активную политику привлечения иностранного капитала и использования его для решения задач своего экономического развития. В ст. 18 Конституции КНР 1982 г. говорится, что «Китайская Народная Республика разрешает иностранным предприятиям и другим иностранным хозяйственным организациям либо отдельным лицам в соответствии с законами Китайской Народной Республики вкладывать капиталы в Китае, осуществлять в различных формах экономическое сотрудничество с китайскими предприятиями или другими китайскими хозяйственными организациями». В КНР принят ряд нормативных актов, касающихся создания предприятий, основанных на китайском и иностранном капитале или же полностью принадлежащих иностранному капиталу. В смешанных предприятиях доля капиталовложений иностранных участников должна составлять не менее 25%. Верхний предел не оговаривается. В установлении этого минимума состоит одна из особенностей законодательства КНР, поскольку в законодательстве ряда других стран ограничивается максимум иностранного участия (он может быть не более 50 или 49%). В китайских комментариях к соответствующим законодательным актам обычно подчеркивается, что ограничение по минимуму участия должно способствовать серьезным и значительным иностранным капиталовложениям.

20 августа 2008 г. был принят Закон об ограничении иностранных инвестиций в Германии.

Во внутреннем законодательстве не только России, но и других стран СНГ проявляется тенденция перехода от принятия специальных законов об иностранных

инвестициях (законов о концессионных договорах с иностранными лицами и иных аналогичных актов) к принятию законодательных актов об инвестициях вообще. В этом проявляется стремление к поощрению капиталовложений в реальные секторы экономики независимо от происхождения этих инвестиций.

С принятием в России в 1999 г. Закона об иностранных инвестициях и Федерального закона «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений», произошло сближение этих законодательных актов. Специальным действующим законом в Российской Федерации является Закон об иностранных инвестициях 1999 г. Он определяет основные гарантии прав иностранных инвесторов, его характерной особенностью является множество отсылочных норм, под которыми понимаются отсылки к другим законодательным и иным нормативным актам. Как указывалось выше (гл. 2 учебника), другим таким законом является Закон об инвестициях в стратегические отрасли 2008 г.

Таким образом, в рамках внутреннего (национального) законодательства осуществляется комплексное регулирование иностранных инвестиций. Их положение определяется нормами конституционного, административного, налогового, таможенного, гражданского, земельного и иного законодательства. Обратим прежде всего внимание на применение норм гражданского законодательства. Это законодательство действует для предприятий с иностранными инвестициями (в Законе об иностранных инвестициях 1999 г. они именуются коммерческими организациями с иностранными инвестициями) в таком же объеме, как и для предприятий всех форм собственности. Точно так же к гражданским правоотношениям этих предприятий с их контрагентами, как отечественными, так и иностранными, применяются одни и те же положения гражданского законодательства, что и к правоотношениям иных юридических лиц. Этим объясняются отсылки к гражданско-правовым понятиям и к гражданскому законодательству в Законе об иностранных инвестициях 1999 г. (ст. 2, 7, 20 и др.) и в Федеральном законе «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений».

Потребность регионов в привлечении иностранных инвестиций, пробельность и недостаточная эффективность федерального законодательства в этой области и ряд иных причин привели к развитию правового регулирования на уровне субъектов Федерации. Возможность принятия таких нормативных актов субъектами Федерации вытекает из положений Конституции РФ и соглашений Российской Федерации с субъектами Федерации о разграничении компетенции между Российской Федерацией и ее субъектами.

В субъектах Федерации принимались различные законодательные и иные нормативные акты. В ряде случаев в этих актах содержалось регулирование, осуществление которого не входит в компетенцию субъектов Федерации. Принимались нормы, противоречащие федеральному законодательству, что создавало дополнительные трудности для иностранных инвесторов.

К вопросам правового порядка, которые могут определяться в законодательстве субъектов РФ, относятся следующие:

- регистрация предприятий с иностранными инвестициями и лицензирование;
- обеспечение гарантий прав инвесторов;
- предоставление различных льгот (освобождение от налогов и сборов в части, касающейся бюджета субъектов, предоставление льготных условий пользования землей, установление льготных ставок по арендной плате за недвижимость, за пользование недрами и иными природными ресурсами);
- осуществление контроля и принятие мер для защиты национальных интересов и интересов регионов от незаконных действий инвесторов.

Кроме России специальные законодательные акты об иностранных инвестициях были приняты в Азербайджане, Армении, Белоруссии, Грузии, Молдавии, Казахстане, Киргизии, Таджикистане, Туркмении, Узбекистане, Украине.

В Хозяйственный кодекс Украины 2003 г. вошли нормы об иностранных инвестициях.

Особый интерес представляют принятые в Казахстане акты, предусматривающие государственную поддержку прямых инвестиций, на основании которых были

утверждены приоритетные секторы экономики, где инвесторам должны предоставляться особые льготы, акты о создании специального государственного органа по инвестициям. Указом Президента Республики Казахстан в 2000 г. были утверждены Правила о предоставлении льгот и преференций при заключении контрактов с инвесторами, осуществляющими инвестиционную деятельность в приоритетных секторах экономики; Закон Казахстана от 8 января 2003 г. «Об инвестициях» распространяется на инвестиции независимо от того, имеют ли они иностранное или отечественное происхождение.

Существенное значение для регулирования иностранных инвестиций, в том числе и для определенных вещных прав инвесторов, имеют законы о недрах и недропользовании, о нефти и других природных ресурсах, принятые в России, в других странах СНГ (Азербайджане, Казахстане и др.). В России действует Закон РФ от 21 февраля 1992 г. «О недрах», в Казахстане — Закон от 27 января 1996 г. (с изм. 1999 г.) «О недрах и недропользовании».

4. Каждое государство устанавливает определенный порядок допуска иностранного капитала. В одних странах действует разрешительная (или лицензионная) система (например, в Индии, ряде государств Латинской Америки), в других установлен в принципе свободный доступ капитала. Суть разрешительной системы состоит в том, что инвестору выдается предварительное разрешение (лицензия) на осуществление инвестиционной деятельности. Преимущество этой системы состоит в том, что она обеспечивает лучшие возможности для контроля над деятельностью иностранного инвестора. В то же время установление дополнительных ограничений для доступа капитала создает большие возможности для коррупции административного аппарата, ведающего выдачей разрешений.

При любой системе государство, принимающее инвестиции, может устанавливать запреты и ограничения для осуществления иностранными инвесторами определенных видов деятельности или для осуществления такой деятельности на определенных территориях.

Правовое положение иностранных инвестиций в развивающихся странах отличается большим разнообразием, что объясняется существенными различиями в политике этих стран по отношению к иностранному капиталу. В одних странах иностранный капитал ограничивался, подвергался государственному контролю, а в ряде случаев национализировался, в других — поощрялся путем предоставления определенных льгот и гарантий. Для политики развивающихся государств по отношению к иностранному капиталу характерны частые колебания и изменения. Это объясняется в значительной степени тем, что указанные государства, испытывая острую нехватку ресурсов для капиталовложений, вынуждены прибегать к привлечению средств извне. Однако иностранные монополии предоставляют инвестиции на таких условиях, которые зачастую идут вразрез с национальными интересами этих стран. Правовой режим иностранной собственности определяется прежде всего внутренним законодательством развивающихся стран (горным законодательством, законами о разработке природных богатств, специальными инвестиционными кодексами). В данной области международного частного права нормы этого законодательства непосредственно регулируют отношения между иностранными частными инвесторами и государством, принимающим инвестиции, т.е., как правило, применяется не коллизионный, а прямой метод регулирования.

К числу важнейших мероприятий по ограничению иностранных капиталовложений относятся: а) установление особого государственного контроля за допуском иностранного капитала к разработке недр и естественных богатств; б) недопущение иностранного капитала в определенные, наиболее важные для народного хозяйства отрасли; в) установление обязательной доли участия национального государственного или частного капитала в предприятиях, создаваемых иностранными фирмами (в смешанных обществах); г) мероприятия, направленные на использование какой-то части прибылей иностранных предприятий для внутренних нужд развивающейся страны (налогообложение, ограничения при переводе прибылей за границу и т.п.); д) определение концессионной политики.



Инвестиционное законодательство некоторых стран Азии и Африки предусматривает обычно несколько режимов для иностранных инвестиций, причем особо привилегированный режим устанавливается для предприятий, требующих крупных капиталовложений и создаваемых в тех отраслях экономики, в которых наиболее заинтересована развивающаяся страна. Основные льготы, предоставляемые привилегированным режимом, обычно следующие: освобождение от таможенных пошлин при ввозе оборудования и сырья, необходимого для строительства и деятельности предприятия; полное или частичное освобождение в течение определенного срока от налога на прибыли; беспошлинный вывоз готовой продукции; право полного или частичного перевода прибылей за границу; предоставление гарантий на случай национализации и т.п.

### **Определение режима иностранных инвестиций и правовые гарантии для них**

1. В законодательстве об иностранных инвестициях, а также международных договорах применяются различные подходы к определению понятия режима иностранных инвестиций. В одном варианте речь идет о национальном режиме. В этом случае иностранным инвесторам предоставляется режим не менее благоприятный, чем отечественным инвесторам, иными словами, иностранные инвесторы приравниваются к отечественным. В другом варианте инвесторам одной страны предоставляется режим не менее благоприятный по сравнению с тем, который предоставляется инвесторам иного иностранного государства.

Возможно и одновременное применение обоих этих режимов (например, Соглашение России с Японией 1998 г.). Согласно российскому Закону об иностранных инвестициях 1999 г. правовой режим деятельности иностранных инвесторов и использования полученной от инвестиций прибыли не может быть менее благоприятным, чем правовой режим деятельности и использования полученной от инвестиций прибыли, предоставленный российским инвесторам, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами (п. 1 ст. 4). Закон предусматривает два

вида изъятий из действия принципа национального режима: изъятия стимулирующего характера в виде предоставления определенных льгот и изъятия ограничительного характера.

Предоставление иностранным инвесторам соответствующего режима означает, и это прямо предусмотрено в международных договорах, что не должна допускаться дискриминация. В международных документах, касающихся режима иностранных инвестиций, подчеркивается, что равный режим для инвесторов, действующих в равных обстоятельствах, а также свободная конкуренция между ними являются условиями для создания благоприятного инвестиционного климата, а правовой режим определяется как справедливый и равноправный (Руководство по регулированию прямых иностранных инвестиций Международного банка реконструкции и развития). Согласно Руководству под «справедливым режимом» понимается режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый государством национальным инвесторам в аналогичных обстоятельствах. Это касается прежде всего защиты права собственности инвесторов, контроля и извлечения материальной выгоды, выдачи разрешения на наем рабочей силы, лицензирования, экспорта, импорта и других юридических аспектов. В то же время в отношении других вопросов, не касающихся национальных инвесторов, «режим, определяемый в законодательстве государства, а также отдельные правила регулирования не должны носить дискриминационного характера для иностранных инвесторов из разных государств, т.е. не должны применяться с учетом их национальной (государственной) принадлежности».

В названном Руководстве обращается внимание и на то, что принимающее государство должно избегать создания неоправданно сложной процедуры регулирования или установления в законе условий, выполнение которых необходимо для осуществления допуска. Предоставление соответствующего режима не исключает, как уже отмечалось выше, установления изъятий ограничительного характера для иностранных инвестиций или же установления специального лицензирования, все дело в том, насколько широк будет перечень отраслей,

включенных в этот список. Общеизвестно, что государственный контроль должен осуществляться в области добычи полезных ископаемых и разработки недр.

В России действует так называемый явочно-нормативный порядок для иностранных инвестиций, согласно которому предварительного разрешения для допуска иностранных инвестиций не требуется. Иной порядок установлен Законом об инвестициях в стратегические отрасли 2008 г. При обычном порядке применяется лицензионная система, согласно которой для осуществления отдельных видов экономической деятельности требуется получение лицензии (разрешения) от определенных государственных органов.

2. Закон об иностранных инвестициях 1999 г. предусматривает ряд гарантий для иностранных инвесторов на территории России, а именно:

- гарантию правовой защиты деятельности иностранных инвесторов (ст. 5);
- гарантию использования иностранным инвестором различных форм осуществления инвестиций (ст. 6);
- гарантию права иностранного инвестора на приобретение ценных бумаг (ст. 13);
- гарантию участия иностранного инвестора в приватизации (ст. 14);
- гарантию перехода прав и обязанностей иностранного инвестора другому лицу (ст. 7);
- гарантию обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории РФ иностранным инвестором (ст. 10);
- гарантию права иностранного инвестора на беспрепятственный вывоз за пределы России имущества и информации в документальной форме или в форме записи на электронных носителях, которые были первоначально ввезены на территорию РФ в качестве иностранной инвестиции (ст. 12);
- гарантию использования на территории России и перевода за пределы России доходов, прибыли и других правомерно полученных денежных сумм (ст. 11);
- гарантию компенсации при национализации и реквизиции имущества иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями (ст. 8).

Гарантия компенсации при национализации и реквизиции в Законе об иностранных инвестициях 1999 г. формулируется следующим образом: имущество иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями не подлежит принудительному изъятию, в том числе национализации, реквизиции, за исключением случаев и по основаниям, которые установлены федеральным законом или международным договором РФ.

При реквизиции иностранному инвестору или коммерческой организации с иностранными инвестициями выплачивается стоимость реквизируемого имущества. При прекращении действия обстоятельств, в связи с которыми произведена реквизиция, иностранный инвестор или коммерческая организация с иностранными инвестициями вправе требовать в судебном порядке возврата сохранившегося имущества, но при этом обязаны возратить полученную ими сумму компенсации с учетом потерь от снижения стоимости имущества.

При национализации иностранному инвестору или коммерческой организации с иностранными инвестициями возмещаются стоимость национализируемого имущества и другие убытки.

В отношении гарантии предоставления права на земельные участки ст. 15 Закона об иностранных инвестициях 1999 г. отсылает к законодательству РФ и субъектов РФ. В литературе отмечалось, что в этом и в ряде других случаев примененный в названном Законе термин «гарантия» носит условный характер. Здесь, скорее, есть основания говорить об ограничениях.

При создании предприятия с иностранными инвестициями или при участии иностранного инвестора в приватизации возникает вопрос о том, имеет ли такое предприятие право собственности на земельный участок, на котором находится или будет построено соответствующее здание, или же такой участок предоставляется только на условиях пользования.

Согласно ЗК РФ иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица — собственники зданий, строений, сооружений, находящихся на чужом земельном участке, имеют преимущественное право покупки или аренды

земельного участка, однако Кодекс устанавливает определенные ограничения в отношении приобретения ими этих участков в собственность. Так, они не могут обладать на праве собственности земельными участками, находящимися на приграничных территориях и на иных установленных особо территориях РФ в соответствии с федеральными законами. Перечень приграничных территорий устанавливается Президентом РФ. До установления такого перечня право собственности иностранцев на приграничных территориях не допускается. Под особыми территориями понимаются территории, на которых находятся, в частности, объекты стратегического назначения, военные объекты.

Земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, могут предоставляться иностранным гражданам, лицам без гражданства и иностранным юридическим лицам в собственность только за плату, размер которой установлен ЗК РФ.

В случаях приватизации установлены ограничения в отношении приобретения иностранцами прав на земельные участки, которые находятся в государственной или муниципальной собственности и на которых находятся здания, строения и сооружения, находящиеся в их собственности.

Участки недр, континентального шельфа, лесного фонда не могут находиться в собственности иностранных граждан и юридических лиц, они могут быть предоставлены им только на правах пользования или аренды, при условии, что эти лица наделены правом заниматься соответствующей деятельностью.

Особый режим, установленный в России для иностранцев и иностранных юридических лиц в отношении права собственности на сельскохозяйственные земельные участки, полностью распространяется на иностранных инвесторов. Они вообще не могут иметь право собственности на участки такого рода. Согласно правилам Закона об обороте земель сельскохозяйственного назначения 2002 г. они могут обладать такими участками только на праве аренды (п. 3 ст. 1, п. 2 ст. 2, ст. 3). Кроме того, только право аренды земельных участков из земель сельскохозяйственного назначения предоставляется юридическим лицам, в уставном

(складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более 50%. Таким образом, если иностранный инвестор участвует в предприятии с иностранными инвестициями, созданном в России в качестве юридического лица российского права, и если иностранцу принадлежит более 50% капитала такого предприятия (независимо от того, в какой правовой форме оно создано: в форме акционерного общества, общества с ограниченной ответственностью), оно не может иметь право собственности на землю.

В отличие от права собственности на землю, аренда сельскохозяйственных участков иностранными инвесторами допускается. Договор аренды может быть заключен на срок, не превышающий 49 лет.

Право на заключение договора аренды земельного участка может быть приобретено коммерческой организацией с иностранными инвестициями, согласно ст. 15 Закона об иностранных инвестициях 1999 г., на торгах (аукционе, конкурсе).

Практическое значение для иностранных инвесторов имеет признание их прав собственности на городские земли и участки, на которых находятся промышленные, торговые и иные объекты. Несмотря на наличие изъятий, иностранные лица сохраняют право собственности на земельные участки, приобретенные ими в результате совершения гражданско-правовых сделок, в том числе в порядке приватизации.

Ранее в ряде регионов России земельные участки продавались российским юридическим лицам, контроль над которыми осуществляли иностранные инвесторы. Из положений ЗК РФ и Закона об обороте земель сельскохозяйственного назначения 2002 г. может быть сделан вывод о том, что в отношении иностранных юридических лиц, прежде всего иностранных инвесторов, обеспечивается большая правовая стабильность, чем ранее, когда соответствующие вопросы определялись многочисленными указами Президента РФ и законодательством субъектов Федерации, часто противоречивыми по своему содержанию.

Однако установленная в Законе об обороте земель сельскохозяйственного назначения 2002 г. обязанность иностранного инвестора произвести отчуждение земельного участка из земель сельскохозяйственного назначения или доли в праве общей собственности на такой участок, которые не могут принадлежать иностранному инвестору на праве собственности в силу ст. 3 и 5 этого Закона, распространяется на иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства, а также на российских юридических лиц, в уставном капитале которых доля этих лиц составляет более чем 50%. Отчуждение должно быть осуществлено в течение года после вступления в силу Закона или, если участок был приобретен позднее, в течение года со дня возникновения права собственности у таких лиц.

Такое правило, установленное ст. 5 этого Закона, ослабляет правовую стабильность, поскольку прямо предусматривает обратное действие условий менее льготных для инвесторов, чем это было ранее.

3. Важное значение имеет признание в Законе об иностранных инвестициях 1999 г. принципа суброгации, применяемого при международном страховании иностранных инвестиций от политических рисков. Согласно этому Закону, если иностранное государство или уполномоченный им государственный орган производят платеж в пользу иностранного инвестора по гарантии (договору страхования), предоставленной иностранному инвестору в отношении инвестиций, осуществленных им на территории РФ, и к этому иностранному государству или уполномоченному им государственному органу переходят права (уступаются требования) иностранного инвестора на указанные инвестиции, то в Российской Федерации такой переход прав (уступка требования) признается правомерным (п. 2 ст. 7).

Признание суброгации, как отмечалось в литературе, практически означает признание обязанности уплатить компенсацию за утраченные инвестиции иностранному государству как правопреемнику (цессионарию) инвестора.

Соответственно государство, признающее суброгацию, будет проявлять повышенную осторожность в отношении иностранных инвестиций, чтобы избежать

затем конфронтации с государством, которому инвестор цедирует свои права требования после выплаты ему страхового возмещения.

4. Новым по сравнению с Законом «Об иностранных инвестициях в РСФСР» 1991 г. в Законе 1999 г. является включение в него так называемой дедушкиной (от англ. grandfather), или стабилизационной (от англ. stabilization), оговорки, согласно которой инвестору предоставляется гарантия от неблагоприятного изменения законодательства, действовавшего ранее, для него и коммерческой организации с иностранными инвестициями (ст. 9). При этом в Законе 1999 г. установлены определенные положения, ограничивающие действие этой оговорки. Укажем лишь некоторые из них. Во-первых, оговорка не распространяется на изменения, которые вносятся в законодательство в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства; во-вторых, оговорка применяется в отношении иностранных инвесторов и коммерческих организаций с иностранными инвестициями, осуществляющими приоритетные инвестиционные проекты только в отношении товаров, ввозимых для их реализации (под такими проектами понимаются проекты на особо крупные суммы или проекты, в которых особенно значительна минимальная доля (вклад) инвестора в уставном капитале такой организации (проекты должны включаться в перечень, утверждаемый правительством)); в-третьих, оговорка распространяется на другие организации с иностранными инвестициями, если доля иностранного инвестора в них составляет свыше 25%. В-четвертых, действие оговорки для иностранного инвестора гарантируется, как правило, в течение срока окупаемости проекта, но не более семи лет.

В специальной литературе было выражено мнение, что эта весьма сложно сформулированная оговорка на практике применения не получит. В законодательстве других государств СНГ применение стабилизационной, или «дедушкиной», оговорки предусмотрено в более широком объеме. По Закону об иностранных инвестициях Казахстана 1994 г. к иностранным инвестициям в течение 10 лет в соответствующих случаях не применяется новое законодательство, а по инвестициям, осуществляемым



по долгосрочным (более 10 лет) контрактам с уполномоченным органом государства, — до окончания срока действия контракта, если контрактом не предусмотрено иное. Аналогичные положения предусмотрены в Азербайджане и Туркмении. Конвенция СНГ о защите прав инвестора 1997 г. вводит «дедушкину» оговорку, согласно которой в случае, если суд (в том числе Экономический суд СНГ) вынесет решение, подтверждающее факт ухудшения условий и режима инвестиционной деятельности, соответствующие законодательные нормы приостанавливаются с момента их принятия и возобновляются с момента истечения пятилетнего срока с даты вынесения решения.

5. Для государств, заинтересованных в притоке иностранных инвестиций, имеет определенное значение участие в многосторонних международных соглашениях, призванных обеспечить защиту прав инвесторов и уменьшить возможные риски в связи с капиталовложениями в других странах. Одним из таких соглашений, как уже говорилось, является Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г. Конвенция вступила в силу 12 апреля 1988 г. В ней участвуют Азербайджан, Армения, Белоруссия, Великобритания, Грузия, Казахстан, Киргизия, Литва, Молдавия, Польша, Россия, США, Туркмения, Узбекистан, Украина, ФРГ, Эстония и др. Система государственного и частного страхования на национальном уровне благодаря этой Конвенции дополняется международной многосторонней системой страхования иностранных инвестиций.

В функции Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций входит заключение договоров страхования и перестрахования в отношении некоммерческих рисков, которым могут быть подвергнуты инвестиции стран — участниц Конвенции. Кроме того, агентство может производить дополнительные ассигнования в целях расширения деятельности по обеспечению притока инвестиций в развивающиеся страны — участницы Конвенции.

В международной практике помимо таких традиционных некоммерческих рисков, как риск от экспроприации, национализации собственности, риск причинения ущерба инвестициям в результате военных действий или гражданских беспорядков, в

последнее время появились неизвестные ранее категории рисков, которые связаны с введением неконвертируемости валюты, валютных ограничений, применением определенных административных мер. Так, в специальной литературе появилось понятие так называемой ползучей экспроприации, под которой понимается введение принимающим государством запретов на репатриацию прибыли или же назначение государственного управляющего для предприятий с иностранными инвестициями.

Для решения сложных проблем, связанных как с предотвращением некоммерческих рисков, так и с компенсацией инвесторам в случае их наступления, применяется сочетание международно-правовых и гражданско-правовых методов.

Компенсационная комиссия ООН, созданная в соответствии с Резолюцией Совета Безопасности ООН, в отношении некоммерческих рисков, связанных с военными действиями, для удовлетворения претензий иностранных инвесторов, понесших убытки в связи с войной в Персидском заливе в 1990—1997 гг., рассмотрела, в частности, требования правительств Индии, Южной Кореи и России к Ираку о компенсации убытков, понесенных компаниями этих стран, участвующими в производственных проектах на территории Ирака, Кувейта и иных сопредельных государств. Компании понесли убытки, связанные с потерей оборудования, эвакуацией рабочих, невыполнением Ираком обязательств по договорам с ними.

### **Иностранные инвестиции в свободных экономических зонах**

Под свободными экономическими зонами в международной практике понимаются обособленные территории государств, на которых для решения конкретных экономических и иных задач созданы особые благоприятные условия для деятельности иностранных предприятий. Наибольшее распространение получили свободные таможенные зоны, промышленные зоны и технологические парки и технополисы.

Любая экономическая зона независимо от места ее расположения и цели ее создания остается неотъемлемой частью государственной территории со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Зоны такого рода в различных вариантах были созданы в Болгарии, Венгрии, Вьетнаме, Китае, США, Южной Корее и ряде других стран. Основной целью создания свободной экономической зоны является привлечение капиталовложений на данную территорию (В. А. Канашевский).

В КНР был принят ряд нормативных актов, определяющих статус таких зон, целью образования которых было обеспечение более благоприятных условий для привлечения и использования иностранных капиталовложений, создание режима инвестиций, отличающегося от режима, установленного в остальной части КНР.

Так, в Положении об особых экономических зонах провинции Гуандун предусматривалось, что «в особых зонах иностранцам, китайцам, проживающим за границей, соотечественникам из Гонконга и Макао, а также их компаниям, предприятиям предлагается вкладывать капиталы с целью создания промышленных предприятий, создавать предприятия, используя одновременно инвестиции китайской стороны, заниматься производственной и прочей деятельностью» (ст. 1). Создаваемым в зонах смешанным предприятиям с участием китайского и иностранного капитала, а также предприятиям, полностью принадлежащим иностранному капиталу, в отличие от предприятий, находящихся за пределами этих зон, предоставляются особые налоговые льготы (ст. 13), полное освобождение ввозимых ими средств производства и сырья от импортных пошлин. В отношении зон создается «зона свободной торговли»: вывоз продукции за границу осуществляется беспошлинно, а для вывоза в другие районы КНР устанавливаются пошлины; предусматривается особый порядок въезда и выезда иностранцев, китайцев, проживающих за границей, и «соотечественников из Гонконга и Макао»; земля не переходит в собственность иностранных инвесторов, устанавливаются максимально длительные сроки аренды земельных участков.

В России правовое положение таких зон определяется федеральными законами от 22 июля 2005 г. «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» и от 10 января 2006 г. «Об Особой экономической зоне в Калининградской области и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации», от 31 мая 1999 г. «Об Особой экономической зоне в Магаданской области», от 29 ноября 2014 г. «О развитии Крымского федерального округа и свободной экономической зоне на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя», а также таможенным законодательством, федеральными законами от 10 декабря 2003 г. «О валютном регулировании и валютном контроле» и от 22 апреля 1996 г. «О рынке ценных бумаг» и иными законодательными актами.

Согласно Федеральному закону «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» на территории России могут создаваться особые экономические зоны (ОЭЗ) четырех типов: промышленно-производственные, технико-внедренческие, туристско-рекреационные и портовые. Органы управления особыми экономическими зонами осуществляют регистрацию юридических лиц и индивидуальных предпринимателей в качестве резидентов в такой зоне. В Законе содержатся подробные правила о деятельности резидентов, в том числе о заключаемых ими соглашениях о ведении промышленно-производственной и технико-внедренческой деятельности, определяется порядок предоставления земельных участков и другие условия.

Положения этого Закона не распространяются на отношения, урегулированные законами «Об Особой экономической зоне в Калининградской области и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации», «Об Особой экономической зоне в Магаданской области», «О развитии Крымского федерального округа и свободной экономической зоне на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя».

На основании анализа Закона «Об Особой экономической зоне в Калининградской области...» были сделаны следующие выводы (К. Нилов).

Во-первых, инвестиционный режим, установленный в Особой экономической зоне в Калининградской области, является собирательным понятием, включающим в себя несколько видов инвестиционных режимов в зависимости от статуса, места и момента регистрации субъекта предпринимательской деятельности.

Во-вторых, Закон устанавливает единый, унифицированный инвестиционный режим для российских и иностранных инвесторов. Применительно к иностранным инвесторам не предусмотрено каких-либо особенностей, льгот или ограничений.

В-третьих, Закон исходит из предоставления налоговых льгот исключительно инвесторам, реализующим инвестиционные проекты, направленные на определенные цели. Статус резидента Особой экономической зоны могут приобрести только юридические лица, зарегистрированные и реализующие инвестиционные проекты на территории Калининградской области. Индивидуальные предприниматели не вправе приобрести статус резидента Особой экономической зоны.

В-четвертых, Закон ориентирован на относительно крупные инвестиции. Обязательный объем капитальных вложений для включения юридического лица в реестр должен составлять не менее чем 150 млн. руб. и должен быть произведен в срок, не превышающий трех лет со дня принятия решения о включении юридического лица в реестр.

В-пятых, инвестиционные проекты, реализуемые резидентами Особой экономической зоны, должны осуществляться исключительно на территории Калининградской области и не могут быть направлены на добычу нефти, природного газа, оказание услуг в этих областях, производство подакцизных товаров (за исключением легковых автомобилей и мотоциклов), оптовую и розничную торговлю, ремонт бытовых изделий и предметов личного пользования, финансовую деятельность.

В-шестых, в Законе содержатся гарантии от неблагоприятного изменения законодательства для всех инвесторов-резидентов, аналогичные гарантиям, установленным ст. 9 Закона об иностранных инвестициях 1999 г. в отношении иностранных инвесторов.

Таким образом, привлекательность инвестиционного режима Особой экономической зоны в Калининградской области не в том, что он устанавливает особые правила осуществления иностранных инвестиций, а в том, что он является более льготным по сравнению с инвестиционным режимом, действующим на остальной части территории РФ.

Законы о свободных экономических зонах были приняты в Белоруссии (1992), Казахстане (1996), Киргизии (1992), Молдавии (1992), Туркмении (1993), Украине (1992).

## **Глава 9. Договорные обязательства**

### **Общие положения о сделках и договорах**

1. В российском гражданском законодательстве применяются понятия сделки и договора. Под сделкой понимаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. От двусторонней сделки следует отличать одностороннюю сделку, для совершения которой необходимо и достаточно выражения воли одной стороны (например, составления доверенности). В сфере международного частного права наибольшее значение с экономической точки зрения имеют внешнеэкономические сделки. Однако для России гораздо большее значение, чем в прошлом, приобрели обычные сделки, совершенные гражданами, а также признание действия в одной стране доверенностей, выданных в другой стране. Особенно это касается договоров, заключаемых между гражданами стран на постсоветском пространстве.

Практика показала особую необходимость ознакомления российских участников внешнеэкономических договоров с основными правовыми условиями их заключения. Это объясняется прежде всего тем, что широкие круги российских предпринимателей по сравнению с иностранными предпринимателями относительно недавно получили возможность заключения сделок такого рода. Это, как отмечалось в нашей литературе, сказывается на их реальной возможности эффективно вести переговоры с иностранными партнерами по согласованию условий будущих сделок. Часто подобная ситуация приводит к тому, что российский контрагент ограничен лишь оценкой тех альтернативных вариантов договорного урегулирования, которые ему предлагает иностранный партнер. Естественно, что это значительно ослабляет договорные позиции российского предприятия.

В международном деловом обороте применяется термин «договор международной купли-продажи».

Венская конвенция 1980 г. понимает под ним договоры купли- продажи товаров, заключенные между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах.

На практике встречаются различные виды сделок. Традиционными являются сделки купли-продажи товаров в материальной форме. По таким сделкам продавец обязуется передать товар в собственность покупателя в установленные контрактом сроки и на определенных условиях, а покупатель обязуется принять товар и уплатить за него определенную денежную сумму. Различаются сделки по экспорту и импорту товаров. В практике отечественных организаций часто встречаются различные виды товарообменных и компенсационных сделок на безвалютной основе. Одним из видов таких сделок являются бартерные сделки, которые предусматривают обмен согласованных количеств одного товара на другой. В таком договоре либо указывается количество взаимопоставляемых товаров, либо оговаривается сумма, на которую стороны обязуются поставить товары.

К внешнеэкономическим договорам относятся договоры, совершаемые в ходе осуществления предпринимательской деятельности между лицами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах (И. С. Зыкин). Это могут быть договоры финансовой аренды (лизинг), финансирования под уступку денежного требования (факторинг), коммерческой концессии (франчайзинг), договоры поручения и комиссии. Свои особенности имеют подрядные договоры, различные договоры (контракты) по оказанию технического содействия в строительстве предприятий, по созданию промышленных комплексов и осуществлению других проектов, сотрудничеству в производстве отдельных видов оборудования, проведению совместных конструкторских и научно-исследовательских работ, лицензионные договоры об использовании изобретений и других научно-технических достижений (ноу-хау), договоры о передаче научно-технической документации, инжиниринга и различные другие виды внешнеэкономических сделок.



В законодательстве РФ деятельность по осуществлению сделок в области внешней торговли товарами, услугами, информацией и интеллектуальной собственностью определяется как внешнеторговая деятельность (ст. 2 Закона об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности 2003 г.). Однако определения договора или сделки в Законе не дается.

Особую группу составляют договоры перевозки (морской, железнодорожной, воздушной, автомобильной). Эти договоры рассматриваются в настоящем учебнике в отдельной главе (гл. 11).

2. Сделки (контракты) заключаются российскими хозяйствующими субъектами: юридическими и физическими лицами.

В торговых отношениях России с рядом стран такие сделки заключаются в соответствии с условиями межправительственных соглашений. Так, согласно Торговому соглашению между Россией и КНР на 2001—2005 гг. от 3 ноября 2000 г. торговые сделки между российскими участниками внешнеэкономической деятельности и китайскими предприятиями, занимающимися внешнеторговой деятельностью, в 2001—2005 гг. осуществлялись с учетом следующих положений этого Соглашения:

- стороны через свои компетентные органы будут создавать в рамках действующего в каждом из государств законодательства необходимые условия для реализации торговых сделок и других проектов сотрудничества, осуществляемых в рамках настоящего Соглашения;
- стороны через свои компетентные органы, с учетом существующего уровня двустороннего торгово-экономического сотрудничества и исходя из потребностей экономики своих стран, ежегодно будут составлять индикативные списки товаров взаимной торговли;
- стороны будут ежегодно доводить до сведения друг друга индикативные списки в форме обмена письмами. Стороны будут доводить вышеуказанные индикативные списки до российских участников внешнеэкономической деятельности и китайских

предприятий, занимающихся внешнеторговой деятельностью, в качестве ориентира развития торгово-экономического сотрудничества;

- расчеты за поставки товаров и услуг по контрактам, заключаемым в рамках настоящего Соглашения, будут производиться в свободно конвертируемой валюте по текущим ценам мировых рынков. При этом могут применяться и другие способы платежей и расчетов в соответствии с международной торговой практикой;
- стороны не несут ответственности по обязательствам юридических и физических лиц, заключивших контракты в рамках этого Соглашения.

В российско-китайском протоколе от 2 сентября 1994 г. было предусмотрено, что поставки товаров будут осуществляться на основе контрактов, заключаемых с учетом общепринятой практики международной торговли. Из этого положения исходило и Торговое соглашение между Россией и КНР на 2001—2005 гг. от 3 ноября 2000 г.

При заключении российскими предприятиями и организациями договоров внешнеторговой купли-продажи с фирмами Финляндии применяются Общие условия поставок товаров 1979 г., разработанные в рамках Комиссии по сотрудничеству между странами СЭВ и Финляндией. Общие условия действуют, если стороны при подписании договора купли-продажи договорились об их применении к заключаемому договору, и содержат традиционные условия договора внешнеторговой купли-продажи, составленные с учетом международной практики.

В области международной торговли особенно велико значение многосторонних конвенций, прежде всего Венской конвенции 1980 г., различных документов, содержащих унифицированные нормы, применяемых Общих условий поставок товаров, Международных правил толкования торговых терминов Инкотермс и иных документов, разработанных МТП, Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА.

Применительно к отдельным видам договоров следует обратить внимание на международные конвенции в области международных перевозок, конвенции УНИДРУА 1988 г. о международном финансовом лизинге и о международном факторинге, а также на такие подготовленные МТП унифицированные документы по

осуществляемым через банки расчетам, как Унифицированные обычаи и практика для документарных аккредитивов, Унифицированные правила по инкассо, а также типовые тексты коммерческих соглашений.

В то же время международные соглашения и иные документы международного характера охватывают далеко не все виды договоров. Например, явно недостаточным является регулирование по договорам подряда. Российские организации, заключая договоры не только подряда, но и займа и кредита, возмездного оказания услуг, страхования, хранения, поручения, комиссии, агентские договоры, должны исходить из национального регулирования. Возможности международной унификации небезграничны. По целому ряду вопросов применительно к основному договору международной купли-продажи, не говоря уже о других видах договоров, приходится применять внутреннее право, а для этого необходимо определить, законодательство какого именно государства подлежит применению. Необходимость определения подлежащего применению права объясняется тем, что в конкретном контракте невозможно предвидеть все ситуации и соответственно оговорить условия на все случаи, которые могут возникнуть в будущем в ходе исполнения договора.

Между государствами СНГ был заключен ряд многосторонних соглашений, содержащих правила по вопросам поставки товаров. 20 марта 1992 г. заключено Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников Содружества. Однако в нем не содержится положений о применимом к договорам сторон праве по вопросам, не урегулированным в договоре. Правила об определении применимого права содержатся в Киевском соглашении 1992 г., в Минской конвенции 1993 г. (Кишиневской конвенции 2002 г.).

### **Форма договора**

1. Под формой сделки понимается способ выражения волеизъявления сторон. Сделки могут совершаться в устной или письменной формах (простой или нотариальной), а также путем так называемых конклюдентных действий, т.е. путем совершения каких-

то действий, свидетельствующих о намерении лица или лиц заключить сделку. Несоблюдение установленной законом формы сделки может повлечь ее недействительность.

В части третьей ГК РФ имеется несколько норм о применении права в отношении формы сделки, осложненной иностранным элементом.

Основная норма содержится в п. 1 ст. 1209. Она гласит:

«Форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке. Однако сделка не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования права страны места совершения сделки к форме сделки. Совершенная за границей сделка, хотя бы одной из сторон которой выступает лицо, чьим личным законом является российское право, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права к форме сделки.

Правила, предусмотренные абзацем первым настоящего пункта, применяются и к форме доверенности.

При наличии обстоятельств, указанных в пункте 1 статьи 1212 настоящего Кодекса, к форме договора с участием потребителя по его выбору применяется право страны места жительства потребителя».

Из этого правила следует, что форма сделки, совершенной за границей, должна отвечать либо требованиям, установленным правом места совершения сделки, либо требованиям нашего закона.

Установление применения к доверенностям таких же требований, как и к другим сделкам, отражает общий подход к доверенностям как одному из видов односторонних сделок (см. § 3 настоящей главы).

В силу п. 2 ст. 1209 ГК РФ, в котором определено, что «если право страны места учреждения юридического лица содержит особые требования в отношении формы договора о создании юридического лица или сделки, связанной с осуществлением прав участника юридического лица, форма таких договора или сделки подчиняется праву этой страны» стороны не могут соглашением изменить форму заключаемого

ими договора. Эта норма, как и норма, установленная п. 3 ст. 1209 ГК РФ о том, что «если сделка либо возникновение, переход, ограничение или прекращение прав по ней подлежит обязательной государственной регистрации в Российской Федерации, форма такой сделки подчиняется российскому праву», носит императивный характер и подлежит обязательному исполнению.

Согласно п. 4 ст. 1209 «форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, российскому праву».

Последнее правило, как отмечалось в комментариях (М. Г. Розенберг), носит двусторонний характер, поскольку оно определяет применимое право в отношении формы сделки на недвижимое имущество, находящееся как в России, так и за границей. Это означает, что если оно находилось в России, то применению подлежит российское право, а если за рубежом, — то право государства его местонахождения. Однако из этого правила сделано важное изъятие: в случае, когда недвижимое имущество внесено в государственный реестр в России, форма сделки в отношении такого имущества подлежит определению по российскому праву, независимо от того, где это имущество находится.

По общему правилу несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки не влечет ее недействительности.

Ранее действовавшая противоположная норма — несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет ее недействительность (п. 3 ст. 162 ГК РФ в прежней редакции) — исключена.

Несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки предполагает наступление общих последствий: стороны лишаются права ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, однако они могут приводить письменные и другие доказательства в подтверждение ее действительности. Недействительность внешнеэкономической сделки из-за

несоблюдения простой письменной формы наступает лишь в случае, если это прямо предусмотрено законом или соглашением сторон (п. 1 и 2 ст. 162 ГК РФ).

Норма о недействительности внешнеэкономической сделки в случае несоблюдения ее простой письменной формы квалифицировалась как сверхимперативная. Однако такое положение дел приводило к тому, что стороны внешнеэкономических сделок находились в неравном положении по сравнению со сторонами внутрироссийских сделок (п. 4.1.4 разд. II Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации). Это послужило причиной изменения ст. 162 ГК РФ.

Венская конвенция 1980 г. исходит из того, что не требуется, чтобы договор заключался или подтверждался в письменной форме или подчинялся этому требованию в отношении формы. Наличие договора может доказываться любыми средствами, включая свидетельские показания (ст. 11).

Особо следует остановиться на вопросе о порядке подписания внешнеторговых сделок. Действовавшее в Советском Союзе законодательство предусматривало, что все внешнеторговые сделки должны были подписываться двумя лицами. С 3 августа 1992 г. эта императивная (обязательная) норма не действует. Порядок подписания внешнеторговых сделок подлежит применению в России лишь в случаях, предусмотренных учредительными документами (уставами, положениями) соответствующих российских участников внешнеторговых сделок.

В гражданских кодексах Армении (п. 2 ст. 1281), Белоруссии (п. 2 ст. 1116), Казахстана (п. 2 ст. 1104), Киргизии (ст. 1190), в Законе Молдавии о купле-продаже товаров (ст. 9), в Хозяйственном кодексе Украины (п. 2 ст. 382) имеется коллизионная норма, устанавливающая, что если хотя бы одним из участников внешнеэкономической сделки является юридическое лицо данного государства или его гражданин, то она совершается независимо от места заключения в письменной форме. Форма сделок по поводу недвижимости или прав на нее определяется по месту нахождения такого имущества.

## **Представительство и доверенность**

1. Под доверенностью понимается письменное уполномочие, выдаваемое одним лицом другому для представительства перед третьими лицами. В сфере международного частного права доверенности имеют большое практическое значение. В одной стране могут выдаваться доверенности на совершение каких-либо действий в другой стране (приобретение или отчуждение имущества, получение денежных сумм, распоряжение вкладом в банке, участие в заседании органов юридического лица и т.д.). В случаях такого рода необходимо установить, право какого государства должно применяться к доверенностям, в частности для определения действительности доверенности, выданной за границей. Доверенность с правовой точки зрения — это так называемая односторонняя сделка.

Согласно ст. 1217 ГК РФ «к обязательствам, 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».

В отношении права, подлежащего применению к форме доверенности, специальное правило установлено в абз. 2 п. 1 ст. 1209 ГК РФ. В этом правиле предусмотрено, что к форме доверенности как односторонней сделке применяются те же положения, что и к сделке вообще, а именно что «форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке».

Современная практика МКАС исходит из того, что доверенность, выданная юридическим лицом, как односторонняя сделка подчиняется общим правилам об этих сделках. Объем указанных в ней полномочий не должен выходить за пределы правоспособности юридического лица, ее выдавшего.

Вопросы, касающиеся доверенностей, имеют практическое значение для обеспечения эффективной защиты прав и интересов граждан и юридических лиц в Российской Федерации, а также российских граждан, организаций и государственных органов за рубежом. К доверенностям применяются положения гражданского законодательства о договоре представительства, а в отношении представительства в суде действуют положения гражданского процессуального законодательства.

В качестве примера сошлемся на дело о Российском доме науки и культуры в Берлине по иску Правительства РФ против немецкого общества с ограниченной ответственностью в отношении доверенностей, выдаваемых якобы от имени Правительства РФ. Германский суд обратил внимание на то, что одна из них была снабжена лишь печатью Министерства печати и информации РФ, а не печатью Правительства РФ. Поэтому с самого начала было не ясно, выданы ли соответствующие документы действительно от имени Правительства РФ. Подпись также не была заверена нотариусом, а была снабжена лишь подтверждающей отметкой главного специалиста Управления кадров и печатью Министерства печати и информации РФ, что опять-таки, по мнению суда, говорит против того, что подпись была произведена от имени Правительства России. При рассмотрении этого дела в кассационной инстанции в Верховном суде Земли Берлина немецкий ответчик мотивировал свою позицию следующим образом: если тогдашний министр печати и информации РФ не имел полномочий для подписания документов с точки зрения российского законодательства, то тогда надо исходить из того, что германскому праву известно понятие «кажущиеся полномочия». Российская же сторона исходила из того, что ничего подобного в нашем законодательстве нет. Суд с нашей позицией согласился.

В определенных случаях в Российской Федерации от иностранцев требуется обязательное представление доверенностей (например, при ведении дел по получению в России патентов). В других случаях в Российской Федерации выдаются доверенности, предназначенные для совершения действий за границей.



2. Согласно ст. 43 Кишиневской конвенции 2002 г. форма и срок действия доверенности определяются по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой она выдана. Такая доверенность с нотариально заверенным переводом на язык договаривающейся стороны, на территории которой она будет использоваться, либо на русский язык принимается на территориях других договаривающихся сторон без какого-либо специального удостоверения.

### **Исковая давность**

1. Под исковой давностью понимается срок, установленный законодательством или международным соглашением, в течение которого суды по иску лица, право которого было нарушено, защищают это право. Рассмотрение этого вопроса в главе, посвященной обязательственному праву, объясняется тем, что в сфере международного частного права наиболее часто этот правовой институт применяется в связи с исками, связанными с исполнением договоров. Обратим внимание на то, что даже природа этого института понимается в разных странах по-разному, не говоря уже о различиях в определении сроков исковой давности. В одних государствах правила об исковой давности рассматриваются как нормы материального права, а в других — как нормы процессуального права. В странах англо-американской системы права исковая давность обычно повсеместно признавалась институтом процессуального права. Из этого подхода следовало, что суд должен руководствоваться по вопросам исковой давности собственным процессуальным правом, т.е. законом суда. Однако даже в государствах, где исковая давность признается институтом гражданского процесса, подход к возможности применения иностранных правил об исковой давности сильно изменился. Так, в Великобритании в 1984 г. был принят специальный Закон об иностранных исковых сроках, по которому в английском международном частном праве нормы об исковой давности иностранного права стали считаться относящимися к материальному праву договора. И в практике судов США пробивает себе дорогу тенденция, направленная на отказ от

характеристики института исковой давности как процессуального и на применение подхода к выбору закона, принятого в международном частном праве.

2. В России общее правило по этому вопросу содержится в ст. 1208 ГК РФ, которая гласит: «Исковая давность определяется по праву страны, подлежащему применению к соответствующему отношению».

В разных странах установлены различные сроки исковой давности, применяются различные подходы к решению вопроса о перерыве и о приостановлении течения срока исковой давности.

Именно этим объясняется заключение в 1974 г. Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров. Конвенция была разработана ЮНСИТРАЛ. Она регулирует один из важнейших вопросов, связанных с осуществлением прав сторон по сделке международной купли-продажи товаров. Ею устанавливается единый для всех договоров международной купли-продажи срок исковой давности, который равен четырем годам. По законодательству различных стран срок исковой давности колеблется от шести месяцев до 30 лет, поэтому для многих из них четырехлетний срок представляется приемлемым. Конвенция предусматривает, что четырехлетний срок исковой давности по требованию, вытекающему из нарушения договора, начинается со дня, когда имело место такое нарушение, а по требованию, вытекающему из дефекта или иного несоответствия товара условиям договора, — со дня фактической передачи товара покупателю или его отказа от принятия товара.

Конвенцией установлены также правила о перерыве или продлении срока исковой давности, его изменении и порядке исчисления, а также вводится общее ограничение срока исковой давности (10 лет) и предусматриваются последствия его истечения. В соответствии с Конвенцией истечение срока исковой давности принимается во внимание при рассмотрении спора только по заявлению стороны, участвующей в процессе. При наличии такого заявления право требования не подлежит признанию и принудительному осуществлению, если рассмотрение спора начато после истечения срока исковой давности.

Текст Конвенции без поправок, внесенных Протоколом 1980 г., действует для 25 государств, текст Конвенции с поправками действует для 19 государств, среди них Аргентина, Белоруссия, Венгрия, Египет, Куба, Молдавия, Польша, Словакия, США. Хотя Советский Союз подписал эту Конвенцию, она не вступила в силу для России, поскольку не была ратифицирована. Однако в литературе (М. Г. Розенберг) специально обращалось внимание на то, что при наличии определенных условий она подлежит применению к контрактам международной купли-продажи товаров, заключенным российскими организациями, но не в качестве международного договора РФ, а в силу того, что участником Конвенции является соответствующее иностранное государство, право которого подлежит применению к данному контракту. Правила Конвенции применяются при рассмотрении споров в России, когда эти споры регулируются правом следующих государств: Аргентины, Белоруссии, Венгрии, Гвинеи, Египта, Замбии, Кубы, Либерии, Мексики, Молдавии, Парагвая, Польши, Румынии, Словении, Уганды и Уругвая.

Согласно Минской конвенции 1993 г. (ст. 43) и Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 46) вопросы исковой давности разрешаются по законодательству, которое применяется для регулирования соответствующего правоотношения.

В Модельном кодексе стран СНГ было предусмотрено, что исковая давность определяется по праву страны, применяемому для регулирования соответствующих отношений. Однако в Кодексе было дополнительно предусмотрено, что в случае, если хотя бы один из участников соответствующего отношения является гражданином или юридическим лицом соответствующего государства, то тогда требования, на которые исковая давность не распространяется, определяются по праву этого государства. Эти правила были воспроизведены в Законе Азербайджана о международном частном праве и в ряде гражданских кодексов других стран СНГ.

### **Обязательственный статут. Принцип автономии воли сторон**

1. Под обязательственным статутом в международном частном праве понимается право, подлежащее применению к обязательственным отношениям, возникающим как в силу односторонних сделок, так и в силу заключенных сторонами договоров.

Если стороны выбрали право, подлежащее применению к договору (на основании принципа автономии воли), или же при отсутствии выбора сторонами такое право определено судом или иным органом путем использования коллизионных норм, то тем самым установлен «обязательственный статут».

Однако мало установить обязательственный статут, надо определить сферу его применения. Ранее в России этот вопрос не был определен законом. В части третьей ГК РФ впервые в законодательстве РФ этот пробел восполнен, что в литературе (Г. К. Дмитриева) было оценено как одно из достоинств части третьей. Приведем текст ст. 1215 ГК РФ.

«1. Правом, подлежащим применению к договору в соответствии с правилами статей 1210—1214, 1216 настоящего Кодекса, определяются, в частности:

- 1) толкование договора;
- 2) права и обязанности сторон договора;
- 3) исполнение договора;
- 4) последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора;
- 5) прекращение договора;
- 6) последствия недействительности договора.

2. Если иное не вытекает из закона, положения пункта 1 настоящей статьи не затрагивают, в частности, сферу действия права, подлежащего применению к вопросам, указанным в пункте 2 статьи 1202, статье 1205.1 и пункте 5 статьи 1217.1 настоящего Кодекса».

Из текста ст. 1215 ГК РФ следует сделать следующие выводы.

Во-первых, приведенный перечень является не исчерпывающим, а примерным, практика показала, что возникают и другие вопросы, которые могут быть решены на основе этого статута.

Во-вторых, сфера действия права, подлежащего применению к договору, установлена применительно к определенным конкретным статьям части третьей ГК РФ, устанавливающим принцип автономии воли (ст. 1210), право, подлежащее применению к договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права (ст. 1211), право, подлежащее применению к договору с участием потребителя (ст. 1212), право, подлежащее применению к договору в отношении недвижимого имущества (ст. 1213), право, подлежащее применению к договору о создании юридического лица и к договору, связанному с осуществлением прав юридического лица (ст. 1214), и право, подлежащее применению к уступке требования (ст. 1216).

В-третьих, в сферу действия обязательственного статута не могут входить вопросы, определяемые по личному закону юридического лица, например в отношении объема его правоспособности.

2. Каждый договор, заключаемый сторонами, имеет самостоятельное юридическое значение. Содержание сделки, определение прав и обязанностей сторон устанавливается по соглашению между сторонами. Однако в любом договоре, и прежде всего во внешнеэкономическом, невозможно урегулировать все вопросы, предусмотреть все ситуации, которые могут возникнуть в будущем в ходе исполнения договора. Поэтому нужно знать, какие правовые нормы, содержащиеся в международных конвенциях, внутреннем законодательстве, торговые обычаи могут быть применены к конкретному договору сторон.

Законодательство большинства государств позволяет сторонам договора самим избрать право, подлежащее применению к их договорным обязательствам.

Автономия воли сторон состоит в том, что стороны в договоре могут по своему усмотрению не только устанавливать условия и содержание договора, но и определять право, которое будет применяться к заключенному ими договору.

Принцип автономии воли сторон получил широкое распространение в международной практике, поскольку ни в одном договоре невозможно предусмотреть все ситуации, которые могут возникнуть в ходе его исполнения. Именно поэтому стороны должны иметь возможность осуществить выбор права. Однако сама эта возможность должна допускаться правом соответствующих государств, в которых находятся предприятия сторон, или же международным договором соответствующих государств. Современная тенденция к признанию действия этого принципа нашла проявление в Регламенте ЕС «Рим I». Согласно п. 1 ст. 3 Регламента «договор регулируется правом, выбранным сторонами. Выбор должен быть прямо выражен или определенно вытекать из положений договора либо из обстоятельств дела. Посредством данного выбора стороны могут указать подлежащее применению право для своего договора в целом или только для отдельной его части».

Принцип автономии воли сторон предусмотрен и в ряде других универсальных и региональных международных соглашений. К ним относятся Конвенция о законе, применимом к международной купле-продаже товаров, Конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям, от 14 марта 1978 г., Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, от 22 декабря 1986 г., Кодекс Бустаманте, Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам, от 17 марта 1994 г. и др.

Этот принцип предусмотрен и в соглашениях, заключенных между странами СНГ: в Минской конвенции 1993 г. (ст. 41), в Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 44), в Киевском соглашении 1992 г. (ст. 11), а также в двусторонних соглашениях о правовой помощи.

Применение свободы выбора права самими сторонами предусмотрено в законодательстве Австрии, Венгрии, Венесуэлы, Вьетнама, КНР, Польши, Турции, ФРГ, Швейцарии, Эстонии, а также в законах о международном частном праве Азербайджана и Грузии, в гражданских кодексах ряда стран СНГ.

Таким образом, в законодательстве различных государств автономия воли сторон обычно признается. Однако допустимые пределы автономии воли сторон понимаются в законодательствах государств по-разному. В одних странах она ничем не ограничивается. Это означает, что стороны, заключив сделку, могут подчинить ее любой правовой системе. В других странах действует принцип локализации договора: стороны могут свободно избрать право, но только такое, какое связано с данной сделкой. Однако в сделках купли-продажи товаров выбор закона самими сторонами встречается не часто. При отсутствии прямо выраженной воли сторон при определении права, подлежащего применению к сделке, у суда или арбитража создаются большие возможности свободы усмотрения при толковании предполагаемой воли сторон. Английская судебная практика идет в этих случаях по пути отыскания права, свойственного данному договору, применяя метод локализации договора. Как отмечает английский ученый Дж. Чешир, суд должен избрать закон так, как это сделали бы «справедливые и разумные люди... если бы они подумали об этом при заключении договора».

По этому же пути идет и практика США. Согласно правилам Единообразного торгового кодекса США 1990 г. «стороны вправе в случаях, когда сделка имеет разумную связь как с данным, так и с другим штатом или государством, согласиться о том, что их права и обязанности будут определяться по праву либо данного, либо другого штата или государства. При отсутствии такого соглашения настоящий закон применяется к сделкам, имеющим надлежащую связь с данным штатом» (ст. 1-105).

Из принципа автономии воли сторон исходит и ст. 27 германского Закона о новом регулировании международного частного права 1986 г.

Общее ограничение свободы выбора права сторонами состоит в том, что при помощи такого выбора нельзя исключить применение императивных норм, подлежащих применению к соответствующим правоотношениям, а также нельзя исключить применение норм права, в большей степени отвечающих интересам потребителя или работника (в трудовом договоре).

По правилам, установленным в законодательстве КНР, стороны сами могут избрать право, подлежащее применению к договору, если закон не устанавливает иного. Если сторонами такой выбор не сделан, применяется право страны, наиболее тесно связанной с договором (ст. 126 Закона о хозяйственных договорах 1999 г.).

В законодательстве ряда государств в тех случаях, когда воля сторон в сделке вообще не была выражена, применяется принцип закона места совершения контракта. Однако в условиях развития современных технических средств связи применение этого принципа вызывает большие затруднения, поскольку в области международной торговли значительная часть сделок заключается путем переписки (по телеграфу, телетайпу и т.д.), т.е. в форме сделок между «отсутствующими». Местом заключения договора при этом считается тот пункт, где произошло последнее действие, необходимое для того, чтобы признать сделку совершенной.

Вопрос о том, где именно произошло такое последнее действие, решается в различных странах неодинаково. Например, по праву Великобритании, США, Японии сделка считается совершенной в момент и в месте, откуда отправлен акцепт (теория «почтового ящика»), т.е. согласие на полученную оферту (предложение), а по праву большинства других стран, в том числе и России, сделка считается совершенной в момент и в месте получения акцепта оферентом (лицом, сделавшим предложение).

3. Автономия воли сторон — это фундаментальный принцип российского конституционного права (В. П. Звеков). Действующее российское законодательство устанавливает применение этого принципа в отношении определения прав и обязанностей сторон договора (ст. 1210 ГК РФ, ст. 414 КТМ РФ), а также в отношении выбора права, которое будет применяться к брачному договору или соглашению об уплате алиментов (ст. 161 СК РФ).

На основе обобщения практики применения принципа автономии воли МКАС, а также с учетом тенденций развития законодательства в других государствах и международных соглашений в ст. 1210 ГК РФ были сформулированы следующие



положения в отношении выбора сторонами договора права, которое подлежит применению к правам и обязанностям сторон:

«1. Стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору.

2. Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть прямо выражено или должно определенно вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела.

3. Выбор сторонами подлежащего применению права, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным, без ущерба для прав третьих лиц и действительности сделки с точки зрения требований к ее форме, с момента заключения договора.

4. Стороны договора могут выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей.

5. Если 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.

6. Если иное не вытекает из закона или существа отношений, положения пунктов 1—3 и 5 настоящей статьи соответственно применяются к выбору по соглашению сторон права, подлежащего применению к отношениям, не основанным на договоре, когда такой выбор допускается законом».

На практике возникал вопрос о том, каким образом может быть выражено соглашение сторон о выборе права. В комментариях к этой статье (М. Г. Розенберг) отмечалось, что способы достижения такого соглашения могут быть различными. Включение положений о выборе права в текст контракта является одним из таких способов, но не единственно возможным. Так, соглашение может считаться достигнутым, если в договоре имеется отсылка к факультативным общим условиям сделок

соответствующего вида, содержащим положения о применимом праве. Ссылки спорящих сторон при рассмотрении дела в суде на нормы одного и того же права в обоснование своих позиций могут также означать наличие между ними соглашения по поводу применимого права.

Воля сторон, направленная на выбор права, может выражаться и в конклюдентных действиях. В любом случае эта воля должна быть выражена достаточно определенно. Иначе следует признать соглашение о выборе права незаключенным и сам выбор несостоявшимся. Последствием этого будет применение коллизионных норм, позволяющих установить применимое право в отсутствие соответствующего волеизъявления сторон.

Следует обратить внимание и на то, что в России выбор сторонами компетентного органа для рассмотрения спора не означает автоматически, что стороны тем самым договорились о применении к их отношениям и материального права страны суда. Действие старого коллизионного принципа «кто выбирает суд, тот выбирает и право» (*qui elegit jurisdictionem elegit jus*) у нас, как и в ряде других стран, ограничено.

В п. 4 ст. 1210 ГК РФ предусмотрена возможность выбора права не только для договора в целом, но и для отдельных его статей. В комментариях к этой статье (М. Г. Розенберг) отмечалось, что, несмотря на наличие такой возможности, ее практическая реализация не всегда отвечает интересам самих сторон. Одновременное применение права различных государств к договору таит в себе немалый риск возникновения противоречий в регулировании отношений сторон из-за несовпадения разнонациональных норм права и может привести к полному или частичному непризнанию юридической силы соглашения о выборе права ввиду наличия неустранимых пороков содержания.

Ситуации, связанные с выбором права, могут быть весьма разнообразны. Стороны, например, иногда ссылаются на право сразу двух государств, как одновременно, так и альтернативно (в зависимости от страны, где будет рассматриваться спор) применимое к договору; либо подчиняют различные вопросы своих контрактных взаимоотношений праву разных стран; либо исключают применение права отдельных

стран, не указывая на право, подлежащее применению; либо оговаривают применимое право только к части договора и т.д.

Наряду со ст. 1210 принцип автономии воли получил свое закрепление в ряде других статей части третьей ГК РФ путем применения оговорки «при отсутствии соглашения сторон о надлежащем применении права» (например, в п. 1 ст. 1211, п. 2 ст. 1212, п. 1 ст. 1213). Следует также отметить, что в международной практике усилилась тенденция выбора сторонами на основе применения принципа автономии воли не какой-то конкретной правовой системы (норм национального права, которые часто не учитывают специфику международных торговых сделок), а отсылки к «общепринятым принципам и нормам права» либо «к праву международной торговли». Довольно часто на практике используется и отсылка к так называемому *lex mercatoria*. Этим термином в современных условиях, как отмечалось в литературе, обозначается концепция, отражающая тенденцию к формированию автономной системы правовых норм, содержащей нормы, предусмотренные в международных конвенциях, торговые обычаи, широко признанные правовые принципы, предназначенные регулировать международный торговый оборот (см. гл. 3 учебника).

В практике МКАС возник ряд вопросов, касающихся понимания условий контракта о праве, подлежащем применению. Как отмечалось в литературе (М. Г. Розенберг), в контракты, заключающиеся российскими организациями, нередко включается условие о том, что права и обязанности сторон определяются не правом данного государства, а его законодательством. Если применяется российское право, то составной частью российского права являются также международные договоры, в которых Россия участвует, в том числе Венская конвенция 1980 г. Если же исходить из того, что стороны договорились о применении законодательства России, можно прийти к выводу о том, что стороны сознательно исключили применение к своему договору, в частности, Венской конвенции 1980 г., поскольку ст. 6 Конвенции предусматривает возможность исключения применения Конвенции к конкретному договору.

## **Определение содержания договора на основе коллизионных норм**

1. В случае отсутствия соглашения сторон о праве, подлежащем применению к договору, это право определяется на основе коллизионных норм. Для современного международного частного права в области обязательств характерно при определении такого права использование в качестве общего принципа применения права страны, с которой конкретный договор связан наиболее тесно. Первоначально этот принцип был применен в судебной практике стран англо-американской правовой системы, а затем с некоторыми коррективами воспринят в законодательстве ряда стран континентальной системы права, а также в Римской конвенции 1980 г.

Такой принцип предусмотрен в законодательстве всех стран ЕС как результат их участия в Регламенте ЕС «Рим I» (п. 4 ст. 4: «В случае если подлежащее применению право не может быть определено на основании параграфа 1 или 2, то договор регулируется правом страны, с которой он имеет наиболее тесные связи»).

Так, в соответствии с германским Законом о новом регулировании международного частного права 1986 г. в ст. 28 Вводного закона к ГГУ было записано, что при отсутствии выбора права сторонами «договор подчиняется праву того государства, с которым он обнаруживает наиболее тесные связи». Так, следует считать, что договор имеет наиболее тесную связь с государством, в котором сторона, обязанная произвести характерное исполнение, на момент заключения договора имеет свое обычное местопребывание или главный орган управления (в отношении юридических лиц). В этой статье предусмотрены и иные презумпции, однако они не действуют, «если из совокупности обстоятельств следует, что договор обнаруживает более тесные связи с каким-либо другим государством». Эти положения были восприняты в Законе Грузии о международном частном праве 1998 г. (ст. 36), Законе Эстонии о международном частном праве 2002 г. (ст. 33).

2. Действующее российское законодательство исходит из принципа наиболее тесной связи договора с правом определенной страны. Основополагающие положения,

раскрывающие содержание этого принципа, содержатся в ст. 1211 ГК РФ. Эта статья состоит из 11 пунктов, в которых содержатся наиболее важные положения, касающиеся применения коллизионных норм в области договорного права. В п. 1 этой статьи предусмотрено следующее: «Если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или другим законом, при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора».

Таким образом, основным критерием для определения страны, с которой наиболее тесно связан договор, признается место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

Местом жительства гражданина по российскому праву признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает (ст. 20 ГК РФ). Выяснение вопроса о том, в какой стране находится основное место деятельности предприятия, как отмечалось в комментариях к этой статье (М. Г. Розенберг), представляется более сложным, поскольку в законе отсутствует определение места, которое должно рассматриваться в качестве места деятельности предприятия. Установление этого места, безусловно, зависит прежде всего от фактических обстоятельств. В том случае, если предприятие располагается на территории нескольких государств, основным местом его деятельности должно считаться то место, где сосредоточена самая значительная часть этой деятельности. При этом важно подчеркнуть, что место деятельности предприятия не обязательно должно совпадать с местом нахождения юридического лица.

В п. 3—9 ст. 1211 ГК РФ установлены коллизионные привязки для тех видов договоров, для которых определение страны, имеющей наиболее тесную связь с договором, осуществляется в зависимости от вида:

- «3. В отношении договора строительного подряда и договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ применяется право страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты.
4. В отношении договора простого товарищества применяется право страны, где в основном осуществляется деятельность такого товарищества.
5. В отношении договора, заключенного на аукционе, по конкурсу или на бирже, применяется право страны, где проводится аукцион или конкурс либо находится биржа.
6. В отношении договора коммерческой концессии применяется право страны, на территории которой пользователю разрешается использование комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав, либо, если данное использование разрешается на территориях одновременно нескольких стран, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности правообладателя.
7. В отношении договора об отчуждении исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации применяется право страны, на территории которой действует передаваемое приобретателю исключительное право, а если оно действует на территориях одновременно нескольких стран, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности правообладателя.
8. В отношении лицензионного договора применяется право страны, на территории которой лицензиату разрешается использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, а если такое использование разрешается на территориях одновременно нескольких стран, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности лицензиара.
9. 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 пунктах 1—8 настоящей статьи, подлежит применению право страны, с которой договор более тесно связан».

Все коллизионные привязки, предусмотренные ст. 1211, подлежат применению, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела. Тем самым подчеркивается диспозитивный характер этих положений.

В соответствии с п. 2 ст. 1211 ГК РФ «стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, признается сторона, являющаяся, в частности:

- 1) продавцом — в договоре купли-продажи;
- 2) дарителем — в договоре дарения;
- 3) арендодателем — в договоре аренды;
- 4) ссудодателем — в договоре безвозмездного пользования;
- 5) подрядчиком — в договоре подряда;
- 6) перевозчиком — в договоре перевозки;
- 7) экспедитором — в договоре транспортной экспедиции;
- 8) займодавцем (кредитором) — в договоре займа (кредитном договоре);
- 9) финансовым агентом — в договоре финансирования под уступку денежного требования;
- 10) банком — в договоре банковского вклада (депозита) и договоре банковского счета;
- 11) хранителем — в договоре хранения;
- 12) страховщиком — в договоре страхования;
- 13) поверенным — в договоре поручения;
- 14) комиссионером — в договоре комиссии;
- 15) агентом — в агентском договоре;
- 16) исполнителем — в договоре возмездного оказания услуг;
- 17) залогодателем — в договоре о залоге;
- 18) поручителем — в договоре поручительства».

В п. 4—8 ст. 1211 приведен еще ряд договоров, для которых установлены иные презумпции наиболее тесной связи договора с правом страны, подлежащим применению.

Перечень играет вспомогательную роль, поскольку основное значение всегда должен иметь принцип применения права страны, с которой договор наиболее тесно связан. Особенностью этой статьи в целом является и то, что в ней в большей степени, чем в предшествующем регулировании, отражены современные тенденции, характерные как для современных зарубежных кодификаций международного частного права, так и для международных соглашений (Регламент ЕС «Рим I» и др.). Законодателю удалось сделать коллизионное регулирование более гибким, поскольку в этой статье в целом осуществлено сочетание как общих, так и специальных подходов, определяемых спецификой отдельных договорных отношений. Нормы о конкретных привязках носят сугубо диспозитивный характер. Они подлежат применению не только в случае, если стороны не договорились о праве, подлежащем применению к договору, иными словами, если нет соглашения сторон о выборе права, но и в том случае, «если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела». В этом случае для определения наиболее тесной связи договора с национальным правом может быть использована и иная привязка. Таким образом, коллизионные нормы, сформулированные в приведенном выше перечне п. 2, имеют характер презумпций.

В качестве примера сошлемся на применение права к договору аренды. Из подп. 3 п. 2 ст. 1211 следует, что при отсутствии предусмотренных оговорок стороной, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для совершения договора, назван арендодатель.

При этом не имеется в виду арендодатель недвижимости, поскольку в этом случае при отсутствии соглашения сторон о праве, подлежащем применению, подлежит применению право страны, где находится недвижимое имущество.

Особо следует остановиться на правиле, установленном в п. 10 ст. 1211 ГК РФ, которое гласит: «К договору, содержащему элементы различных договоров,



применяется право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан, если из закона, условий или существа этого договора либо совокупности обстоятельств дела не вытекает, что применимое право подлежит определению для таких элементов этого договора отдельно».

Цель этого правила состоит в том, чтобы предотвратить возможность, как отмечалось в комментариях, возникновения так называемого расщепления коллизионной привязки, т.е. применения к единому договору права не какой-то одной страны, а норм нескольких правовых систем.

3. Новым для российского законодательства является установление специальных коллизионных норм в отношении права, подлежащего применению к договорам с участием потребителя. В п. 1 ст. 1212 ГК РФ предусмотрено, что «выбор права, подлежащего применению к договору, стороной которого является физическое лицо, использующее, приобретающее или заказывающее либо имеющее намерение использовать, приобрести или заказать движимые вещи (работы, услуги) для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, не может повлечь за собой лишение такого физического лица (потребителя) защиты его прав, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства потребителя, если контрагент потребителя (профессиональная сторона) осуществляет свою деятельность в стране места жительства потребителя либо любыми способами направляет свою деятельность на территорию этой страны или территории нескольких стран, включая территорию страны места жительства потребителя, при условии, что договор связан с такой деятельностью профессиональной стороны».

Аналогично в случаях, не предусмотренных п. 1 ст. 1212 ГК РФ, выбор права, подлежащего применению к договору, стороной которого является потребитель, не может повлечь, как это предусмотрено п. 4 ст. 1213 ГК РФ, лишение потребителя защиты его прав, предоставляемой императивными нормами той страны, право которой применялось бы к этому договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права.

Таким образом, новые нормы ГК РФ, относящиеся к договорным обязательствам в сфере международного частного права:

- носят общий характер в том смысле, что они не исходят из деления договоров на внешнеэкономические и иные договоры, поскольку предусматриваемый ими порядок выбора применимого права является общим для всех договорных отношений;
- расширяют действие принципа автономии воли сторон;
- более широко используют гибкие коллизионные нормы;
- вводят коллизионные нормы, призванные обеспечивать наиболее эффективную защиту прав потребителя как «слабой стороны».

4. Часть третья ГК РФ существенно расширяет круг обязательств, в отношении которых законодательно устанавливаются нормы о праве, подлежащем применению. Так, устанавливается право, подлежащее применению к уступке требования.

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 определяются по праву, подлежащему применению к требованию, являющемуся предметом уступки (п. 2 ст. 1216 ГК РФ).

Статья 1216.1 устанавливает право, подлежащее применению к переходу прав кредитора к другому лицу на основании закона.

При удовлетворении третьим лицом требования кредитора к должнику переход на основании закона прав кредитора к такому третьему лицу (новому кредитору) определяется по праву, подлежащему применению к отношениям между первоначальным кредитором и новым кредитором, если иное не вытекает из закона или совокупности обстоятельств дела.

При этом в отношениях между должником и новым кредитором не затрагивается действие направленных на защиту должника положений права, подлежащего применению к обязательству между должником и первоначальным кредитором.

Новым для российского законодательства является и включение в ГК РФ правил о праве, подлежащем применению к отношениям по уплате процентов. Установлено,

что «основания взимания, порядок исчисления и размер процентов по денежным обязательствам определяются по праву страны, подлежащему применению к соответствующему обязательству» (ст. 1218). В Венской конвенции 1980 г. имеются положения по этому вопросу, однако в них не указаны размер и порядок начисления таких процентов. На практике, в случае если применяется Венская конвенция, прибегают к субсидиарному (дополнительному) использованию норм национального права. Если же конфликт вообще не регулируется Венской конвенцией 1980 г., то тогда надо полностью исходить из норм национального права, которое должно определяться на основании коллизионной нормы. Такая коллизионная норма теперь установлена в части третьей ГК РФ.

К обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения, применяется право страны, где обогащение имело место.

Стороны могут заключить соглашение о праве, подлежащем применению к этому обязательству. Если неосновательное обогащение возникло в связи с существующим или предполагаемым правоотношением, по которому приобретено или сбережено имущество, к обязательствам, возникающим вследствие такого неосновательного обогащения, применяется право страны, которому было или могло быть подчинено это правоотношение (ст. 1223 ГК РФ).

Отдельно регламентируется выбор права сторонами обязательства, возникающего вследствие причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения. После совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда или неосновательное обогащение, стороны могут выбрать по соглашению между собой право, подлежащее применению к обязательству, возникающему вследствие причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения, если иное не вытекает из закона. Это правило действует с определенными ограничениями: выбранное сторонами право применяется без ущерба для прав третьих лиц. Кроме того, 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 (ст. 1223.1).

5. В отношении договора страхования согласно ст. 1211 при отсутствии соглашения сторон и иных общих условий, о которых говорилось выше, подлежит применению право страны страховщика. В международной практике применяются различные виды страхования. Страхование осуществляется на основании договора, заключенного гражданином или юридическим лицом (страхователем) со страховой организацией (страховщиком). В ЕС был принят ряд директив в области страхования. В странах — членах ЕС различается режим страхования в пределах ЕС и вне ЕС. Подробные правила о применении права к договорам страхования содержатся в одном из современных европейских законов о международном частном праве, а именно в эстонском Законе 2002 г. В этом Законе имеется специальный раздел о договорах страхования (ст. 40—47).

## **Глава 10. Отдельные виды договоров**

### **Договор международной купли-продажи товаров**

1. Каждая сделка купли-продажи товаров, заключаемая сторонами из различных государств, имеет самостоятельное юридическое значение. Права и обязанности сторон, содержание сделки устанавливаются по соглашению между сторонами. Поэтому особо важное значение имеют на практике точное и четкое формулирование условий сделки, в том числе и определение ответственности сторон. Существенные различия в нормах национального законодательства, а также трудности в определении права, подлежащего применению к сделкам, приводят к стремлению партнеров регламентировать свои отношения как можно подробнее в самом контракте. Это, в свою очередь, ведет к усложнению переговоров о заключении контрактов.

Указанными обстоятельствами в значительной степени объясняется тенденция создания унифицированных материально-правовых норм в области международной купли-продажи (см. гл. 9 учебника).

Такая унификация может осуществляться путем введения в национальное законодательство нормативных положений, разработанных в рамках международных договоров; формирования модельных и единообразных законов; выработки различных типовых договоров; формулирования международными организациями сложившихся торговых обычаев в виде так называемых торговых терминов.

Принятие единообразных норм, регулирующих договоры международной купли-продажи товаров, способствует устранению правовых барьеров в международной торговле и содействует ее развитию. Для российских организаций, заключающих сделки с иностранными контрагентами, особо важное значение имеет Венская конвенция 1980г. (см. гл. 9 учебника).

Конвенция подлежит применению в случаях, предусмотренных в ней: во-первых, когда коммерческие предприятия сторон контракта находятся в разных государствах

— участниках Конвенции; во-вторых, когда в силу коллизионной нормы надлежащим правом контракта признается право государства-участника, даже если коммерческое предприятие одной из сторон контракта (или обеих сторон) не находится в государствах-участниках.

Венская конвенция 1980 г. разрешает сторонам исключать применение к их договору Конвенции в целом. Кроме того, нормы Конвенции, как общее правило, носят диспозитивный характер. Но если в контракте не оговорено, что стороны согласились на применение к их контракту каких-либо иных положений или что стороны по конкретному вопросу договорились иначе, тогда к соответствующим отношениям будут применяться положения Конвенции.

В качестве примера первого случая применения Конвенции можно сослаться на рассмотренное МКАС дело № 224/1993 (решение от 6 апреля 1994 г.). В контракте, из которого возник спор, отсутствовало указание о применимом праве. Исходя из того, что коммерческие предприятия истца и ответчика находятся в государствах, являвшихся на момент заключения контракта участниками Венской конвенции 1980 г., МКАС признал, что отношения сторон по данному контракту регулируются этой Конвенцией, и применил при разрешении спора ее предписания. В другом решении, вынесенном также в 1994 г. по иску украинского предприятия к германской фирме, суд, исходя из того, что обе стороны находятся в государствах — участниках Венской конвенции 1980 г., вынес решение, руководствуясь ее положениями.

Примером второго случая применения Венской конвенции 1980 г. может служить решение от 7 сентября 1994 г. В нем МКАС констатировал, что, как следует из п. 9 договора, сторонами (фирмами России и Иордании) достигнуто соглашение о применении к правоотношениям, вытекающим из договора, законодательства России. Так как Российская Федерация является участницей Венской конвенции 1980 г., то эта Конвенция на основании ст. 7 ГК РФ стала частью российского права и в силу соглашения сторон, а также в соответствии с п. 16 ст. 1 Конвенции применима к настоящему спору.

Эта Конвенция как международный договор в силу ст. 15 Конституции РФ 1993 г. стала составной частью правовой системы России, что привело к широкому применению ее положений как в практике международного коммерческого арбитража (прежде всего МКАС) в России, так и в практике государственных судебных арбитражных органов.

В информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 февраля 1998 г., в котором помещен обзор судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц, приведено следующее дело. Российское акционерное общество обратилось с иском в арбитражный суд РФ к болгарской фирме. Стороны выбрали в качестве применимого права российское право. Истец ссылаясь на нормы ГК РФ, а ответчик обосновывал свои возражения положениями Венской конвенции 1980 г. При разрешении спора по существу, арбитражный суд исходил из того, что выбор сторонами российского права в качестве права, регулирующего отношение по сделке, означает выбор российской правовой системы, а не отдельных законов, регулирующих соответствующие отношения сторон. Сославшись на ч. 4 ст. 15 Конституции РФ и п. 1 ст. 7 ГК РФ, предусматривающие, что договоры являются составной частью правовой системы Российской Федерации, суд применил нормы международного договора.

Некоторые виды продаж под действие Венской конвенции 1980 г. не подпадают: продажи с аукциона, ценных бумаг, судов водного и воздушного транспорта, а также электроэнергии. Конвенция не определяет порядок разрешения споров и сроки исковой давности.

Кроме того, как предусмотрено в ст. 3 Конвенции, она не применяется к договорам, в которых обязательства стороны, поставяющей товар, заключаются в основном в выполнении работы или в предоставлении иных услуг.

2. Венская конвенция 1980 г. содержит подробные правила по всем основным вопросам договоров международной купли-продажи товаров. Она состоит из четырех частей: «Сфера применения и общие положения», «Заключение договора», «Купля-продажа товаров» и «Заключительные положения» — и содержит 101 статью.

В отношении заключения договора посредством направления оферты и акцепта Венская конвенция содержит преимущественно традиционные нормы гражданского права, совпадающие в основном с положениями ГК РФ. Однако более полно определяются правомочия стороны на отзыв оферты и акцепта, а также признается имеющим силу акцепт, не меняющий существенно условий оферты, если только оферент не возражает против таких расхождений.

Национальная принадлежность сторон, их гражданский или торговый статус, а также гражданский или торговый характер договора не имеют значения при решении вопроса о применении Конвенции.

В той части Конвенции, которая регулирует собственно отношения сторон по договору международной купли-продажи товара, определяются обязательства продавца, в частности, касающиеся поставки товара и передачи документов, количества и качества товаров, а также обязательства покупателя, в том числе относительно цен и принятия поставки. Качество проданного товара, если оно не определено заключенным договором, должно делать его пригодным для тех целей, для которых товар того же описания обычно используется. Срок исполнения определяется договором. Принятие досрочно поставленного товара зависит от усмотрения покупателя. Конвенция регулирует средства правовой защиты в случае нарушения договора продавцом или покупателем, содержит нормы о переходе риска. В отдельную главу Конвенции выделены положения, общие для обязательств продавца и покупателя. В ней решаются вопросы предвидимого нарушения договора и договоров на поставку товаров отдельными партиями, взыскания убытков, процентов с просроченных сумм и т.п.

Наиболее важной особенностью Венской конвенции 1980 г. является введение понятия «существенное нарушение договора», которое имеет место, если допущенное нарушение влечет такой вред для другой стороны, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать на основании договора. При наличии существенного нарушения покупатель может требовать замены поставленного товара (а не устранения дефектов). Допускается также отказ от



договора. Кроме того, Конвенция предоставляет сторонам право приостановить исполнение обязательств, если после заключения договора становится ясно, что другая сторона не исполнит значительной части обязательств.

Общей формой ответственности в случае нарушения обязательств по договору купли-продажи, согласно Венской конвенции 1980 г., является требование о возмещении убытков, включая упущенную выгоду. Условие о неустойке, например за просрочку исполнения, должно оговариваться в договоре. Возмещаемые убытки не могут превышать ущерб, который нарушившая сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения договора. Ответственность не наступает, если обязанная сторона докажет, что нарушение договора было вызвано «препятствием вне ее контроля». Эта формула понимается в комментариях к Венской конвенции 1980 г. как возлагающая ответственность независимо от наличия вины.

Венская конвенция 1980 г. не содержит коллизионных норм, хотя и исходит из того, что по вопросам, в ней не урегулированным, подлежит применению право на основании коллизионных норм. Это следует из п. 2 ст. 7 Конвенции, где говорится, что «вопросы, относящиеся к предмету регулирования настоящей Конвенции, которые прямо в ней не разрешены, 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».

В качестве общих принципов в литературе справедливо были названы Принципы международных коммерческих договоров, разработанные в 1994 г. УНИДРУА (новые редакции были приняты в 2004 и в 2010 гг.) (см. гл. 2 учебника). Ряд решений МКАС говорит о том, что применимое право определяется арбитрами исходя из российского Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г. и действующего Регламента МКАС на основании коллизионных норм, которые они считают применимыми.

Наиболее часто МКАС шел по пути субсидиарного применения российского законодательства по вопросам, не разрешенным в Венской конвенции 1980 г. Иными словами, российское право применялось дополнительно, в частности на основании

договоренности об этом сторон или же на основании коллизионных норм российского законодательства.

В качестве примера сошлемся на дело № 200/1994 (решение от 25 апреля 1995 г.). Между сторонами (российской организацией и швейцарской фирмой) был заключен контракт о поставке товаров. Две партии товара были поставлены, однако ответчик поставленный товар не оплатил.

Обратившись к вопросу о праве, применимом к отношениям сторон по этому контракту, суд отметил, что истец и ответчик принадлежат к странам, которые являются участниками Венской конвенции 1980 г.: Швейцария — с 1 марта 1991 г., а Россия — с 1 сентября 1991 г.

На основании изложенного МКАС пришел к выводу, что к данному спору подлежат применению положения Венской конвенции 1980 г.

В то же время, коль скоро возникающие при рассмотрении данного спора вопросы не нашли отражения в контракте и не урегулированы Венской конвенцией 1980 г., на основании ст. 166 Основ 1991 г., введенных в действие на территории России с 3 августа 1992 г., к правоотношениям сторон, не урегулированным Конвенцией, субсидиарно применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся продавцом, т. е. в данном случае материальное право Швейцарии.

В отношении основного требования истца о взыскании с ответчика основной суммы долга МКАС исходил из следующего. Сторонами был заключен договор купли-продажи товаров, который, являясь консенсуальной сделкой, порождает взаимные права и обязанности его сторон в момент заключения контракта. Основной обязанностью покупателя, согласно ст. 53 Венской конвенции 1980 г., является уплата цены за товар и его принятие в соответствии с требованиями договора и данной Конвенции.

Упущения продавца, выразившиеся в нарушении порядка поставки товаров, не могут освободить покупателя от обязанности оплатить их, поскольку соответствующие товары были им приняты (ст. 52 Венской конвенции 1980 г.).

Обратившись к рассмотрению требований истца о взыскании банковского процента, подлежащего начислению на сумму основного требования, МКАС признал, что это требование истца основано на ст. 78 Конвенции и подлежит удовлетворению. Однако, учитывая, что Конвенцией не установлен размер процентов, он подлежит определению на основе субсидиарно применимого национального права, каковым является швейцарское право.

Поскольку Венская конвенция 1980 г. не применяется к продаже ряда товаров, в частности судов водного и воздушного транспорта, а также судов на воздушной подушке и электроэнергии (ст. 2), МКАС, разрешая в 1997 г. возникший в связи с просрочкой поставки воздушного судна спор между российским продавцом и эстонским покупателем, руководствовался только материальным правом страны продавца.

3. В практике международной торговли широкое применение имеют различные типовые условия, типовые контракты, которые стали разрабатываться крупными экспортерами и импортерами, а также их объединениями и ассоциациями еще в конце XIX в.

В современных условиях крупные фирмы широко применяют типовые договоры. Например, в США 47,2% ассоциаций импортеров и 39,7% ассоциаций экспортеров используют типовые договоры в международной торговле. Типовые контракты представляют собой формы договоров, которые обязательны для сторон только по их соглашению. Однако фактически крупные фирмы навязывают эти условия контрагентам из других стран. Содержание же таких условий основано исключительно на праве и практике страны, где они были выработаны.

Под руководством Европейской экономической комиссии ООН (ЕЭК) было разработано более трех десятков общих условий и типовых контрактов для различных видов торговых сделок (Общие условия поставок оборудования и машин, пиломатериалов хвойных пород и др.). Как и обычные типовые контракты, такие Общие условия применяются только при наличии ссылки на них в конкретных договорах.

4. При заключении и исполнении договоров купли-продажи, связанных с морской перевозкой товаров, большую роль играют обычаи (см. гл. 2 учебника). Обычаи не вполне совпадают по своему содержанию в различных странах и даже в отдельных портах одной и той же страны. На основе таких обычаев в практике международной торговли были выработаны договоры на условиях FOB и CIF, а также их разновидности — договоры на условиях FAS и CAF. Эти термины образованы из первых букв английских слов: FOB — Free on Board (свободно на борту); CIF — Cost, Insurance and Freight (стоимость, страхование и фрахт); FAS — Free Alongside Ship (свободно вдоль борта судна); CAF — Cost and Freight (стоимость и фрахт).

Договоры на таких условиях применяются в практике наших организаций. Обычно по договору на условиях FOB продавец обязан за свой счет доставить товар в порт отгрузки, погрузить его на борт судна, оплатить все налоги и сборы в порту погрузки. Продавец несет риск случайной гибели и порчи товара до момента перемещения товара через поручни судна.

При продаже на условиях FOB фрахтование судна совершает покупатель, в то время как отгрузка товара производится, как правило, из страны продавца. Поэтому именно продавцу удобнее совершить операцию фрахтования. В таких случаях покупатель поручает продавцу по особому договору и за особое вознаграждение зафрахтовать для него и от его имени необходимое судно. Договор купли-продажи, в связи с этим обстоятельством, не перестаёт быть договором FOB, поскольку сторонами договора фрахтования являются перевозчик и покупатель (а не продавец).

По договору CIF в обязанности продавца входит: за свой счет доставить товар в порт отгрузки; зафрахтовать для перевозки товара надлежащее судно, т.е. заключить договор фрахтования; поместить груз на борт судна; уплатить все налоги и сборы, связанные с вывозом товара, а также все вывозные пошлины; за свой счет застраховать товар в пользу покупателя.

Толкование терминов FOB, CIF и других содержится в сборнике торговых обычаев «Trade Terms», изданном МТП (последняя по времени редакция 1953 г.). Кроме того, МТП приняла Международные правила толкования торговых терминов (Инкотермс).

Последняя редакция Инкотермс была принята в 2010 г. Постановлением Правления ТПП РФ от 28 июня 2001 г. Инкотермс признан в России торговым обычаем. Инкотермс учитывает широко практикуемые в последние годы применение средств компьютерной связи, а также изменение способов транспортировки, использование контейнеров и др. В Инкотермс проведена классификация терминов в зависимости от способов транспортировки товара.

5. Материально-правовые нормы содержатся в Общих условиях поставок.

В отношениях российских организаций, осуществляющих внешнеторговые операции с организациями КНР, применяются двусторонние Общие условия поставок.

Нормы Общих условий поставок с Китаем содержат указания в отношении базиса поставки, определения качества товара, порядка его отгрузки и оплаты, заявления претензий по качеству и количеству поставленного товара, уплаты штрафа при нарушении срока поставки.

Общие условия поставок СССР — КНР 1990 г. потеряли обязательный характер, они носят факультативный (рекомендательный) характер.

6. Задачам обеспечения формирования и развития общего экономического пространства, а также сохранения хозяйственных связей между хозяйственными субъектами из различных стран СНГ было призвано служить Соглашение об Общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников Содружества Независимых Государств от 20 марта 1992 г. Соглашение вступило в силу с 1 июля 1992 г. Общие условия содержат, в частности, положения, касающиеся заключения, изменения и расторжения договоров. Однако это Соглашение не получило широкого применения, поскольку оно не было рассчитано на отношения стран с переходной экономикой. Как уже отмечалось, из стран СНГ в Венской конвенции 1980 г. (кроме России) участвуют Белоруссия, Молдавия, Киргизия, Узбекистан, Украина. Поскольку ряд вопросов, непосредственно относящихся к договорам международной купли-продажи, в Соглашении 1992 г. не был урегулирован, по всем этим вопросам, как правило, применяются положения Венской

конвенции 1980 г., а также положения гражданского права, подлежащие применению в силу соглашения сторон или коллизионных норм.

Участники СНГ заключили также Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киевское соглашение 1992 г.). Российские арбитражные судебные органы при рассмотрении спора, вытекающего из внешнеторговой сделки, принимают меры к установлению применимого права на основе международного договора, если стороны при заключении контракта не подчинили сделку определенному правопорядку.

7. В рамках ЕС к договорным отношениям сторон применяются положения Регламента ЕС «Рим I» 2008 г.

В российском законодательстве соответствующие положения содержатся в части третьей ГК РФ. В случае если при рассмотрении спора не будут применяться нормы Венской конвенции 1980 г., Принципы международных коммерческих договоров, разработанных УНИДРУА, или какие-либо Общие условия, или торговые обычаи, тогда перед судом при отсутствии соглашения сторон о праве, подлежащем применению, встанет вопрос о выборе такого права.

В силу ст. 1211 ГК РФ подлежит применению право стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора купли-продажи. В договоре купли-продажи это продавец.

### **Договор международного финансового лизинга**

1. В современных условиях развития мировой экономики финансовый лизинг получил широкое распространение, поскольку он связан с привлечением хозяйствующими субъектами различных стран дополнительных источников финансирования в производственную и иные сферы.

Сам термин «лизинг» (англ. leasing, производное от lease — аренда) означает долгосрочную аренду машин, оборудования, транспортных средств и других объектов производственного назначения. Обычно в отечественной учебной

литературе по международному частному праву такие особые новые договорные формы внешнеэкономической деятельности, как договоры международного финансового лизинга и международного факторинга, не рассматриваются. Одно из исключений такого подхода представляет собой вышедшее в 2006 г. учебное пособие под редакцией Н. И. Марышевой (автором соответствующих глав, посвященных этим договорам, является Т. П. Лазарева), другое — гл. VIII учебника В. А. Канашевского, также вышедшего в 2006 г.

Значительное место уделено этим договорам во втором томе изданного в 2008 г. учебника по публичному и частному праву МГИМО(У) МИД России под общей редакцией А. А. Костина. В учебной литературе (Т. П. Лазарева) отмечалось, что в международной договорной практике финансовый лизинг сложился как особая разновидность института аренды. В законодательстве отдельных стран он также традиционно рассматривается как особый вид аренды, представляющий собой коммерческую деятельность по приобретению за свой счет (либо за счет кредитных средств) имущества одним лицом (лизингодателем) в целях его передачи в аренду другому лицу (лизингополучателю) и извлечения доходов от этой деятельности в виде получения арендных платежей.

Особенность договора лизинга состоит в том, что лизингодатель (в роли которого нередко выступают коммерческие банки, инвестиционные фонды, страховые компании, а также специализированные лизинговые компании) передает имущество, специально приобретенное по договору купли-продажи, в пользование лизингополучателю, сам его не используя. Это позволяет рассматривать лизинг не только как разновидность аренды, но и как своеобразную форму долгосрочного кредитования («инвестирования»), при которой лизингополучатель погашает «кредитные средства» (т.е. денежные средства, затраченные на закупку оборудования) путем регулярной выплаты лизингодателю в согласованном между ними размере арендных платежей. Сумма этих платежей складывается из стоимости оборудования (как правило, соответствующей его полной амортизации), расходов лизингодателя, связанных с приобретением оборудования (например, в случае

пользования кредитными средствами), а также суммы, составляющей непосредственно прибыль лизингодателя (Т. П. Лазарева).

Таким образом, в случае заключения договора лизинга возникают взаимно между собой связанные трехсторонние отношения.

2. Основным актом, регулирующим лизинговые отношения в международной торговой практике, является Конвенция УНИДРУЛ о международном финансовом лизинге, которая была подписана в 1988 г. в Оттаве (поэтому в литературе она часто именуется как Оттавская конвенция). Кроме проекта этой Конвенции УНИДРУА, содержащей прежде всего унифицированные нормы, эта международная организация подготовила также модельный договор лизинга. Участниками Конвенции являются Франция, Италия, Испания (с 1995 г.), Венгрия (с 1996 г.), Панама, Латвия (с 1998 г.), Россия (с 1 января 1999 г.), Белоруссия (с 1 марта 1999 г.), Узбекистан (с 1 февраля 2001 г.) и другие государства.

Оттавская конвенция 1988 г. применяется к участникам лизинга в тех случаях, когда коммерческие предприятия лизингодателя (арендодателя) и лизингополучателя (арендатора) находятся в разных государствах. Участником Конвенции должно быть и государство коммерческого предприятия поставщика оборудования, являющегося предметом лизинга.

Из Оттавской конвенции, как отмечала Т. П. Лазарева, следует, что финансовый лизинг представляет собой сделку, оформляемую двумя видами договоров: договором купли-продажи (поставки) между лизингодателем и поставщиком оборудования, выбранного по спецификации лизингополучателя, и договором лизинга между лизингодателем и лизингополучателем, на основании которого лизингополучатель использует оборудование в обмен на выплату периодических платежей.

Финансовый лизинг характеризуется как вид деятельности, при осуществлении которой: а) лизингополучатель сам определяет оборудование и выбирает поставщика, не полагаясь «на опыт и суждение арендодателя»; б) предоставляемое в лизинг оборудование приобретает лизингодателем только в связи с договором лизинга, о



чем он должен поставить в известность продавца; в) периодические платежи, подлежащие выплате по договору лизинга, рассчитываются с учетом амортизации всей или существенной части стоимости оборудования.

Предметом финансового лизинга является, как правило, движимое имущество (оборудование): производственное оборудование, включая комплектующее оборудование и средства производства. Им, кроме того, могут быть транспортные средства всякого рода, а также оборудование, тесно связанное с недвижимым имуществом и являющееся принадлежностью земельного участка либо присоединенным к земельному участку имуществом (например, буровая установка). В течение срока действия договора финансового лизинга собственником арендуемого имущества остается лизингодатель, права которого защищаются в случае банкротства лизингополучателя. На это имущество не может быть обращено взыскание по требованиям кредиторов лизингополучателя.

По договору финансового лизинга на лизингодателя возлагаются обязанности приобрести в собственность имущество для передачи в лизинг, а также обеспечить его передачу лизингополучателю в состоянии, соответствующем условиям договора и назначению имущества.

Поскольку выбор поставщика и оборудования по данному договору лежит на пользователе оборудования (лизингополучателе), а не на приобретателе (лизингодателе), в Конвенции, как общее правило, предусмотрено освобождение лизингодателя от ответственности перед лизингополучателем в отношении проданного оборудования. При этом лизингополучатель вправе обращаться с претензиями, относящимися к основным характеристикам оборудования (к качеству, комплектности оборудования и т.д.), которое он сам выбирал, не к лизингодателю, а непосредственно к поставщику оборудования.

Это, однако, не освобождает лизингодателя от обязанности обеспечить передачу оборудования лизингополучателю. Если оборудование не поставлено, или поставлено с просрочкой, или не соответствует условиям договора поставки, лизингополучателю предоставлены права: а) отказаться от предоставляемого в

лизинг оборудования или расторгнуть договор лизинга; б) приостановить периодические платежи, подлежащие уплате по договору лизинга, до тех пор, пока лизингодатель не обеспечит надлежащее исполнение, предложив лизингополучателю соответствующее оборудование.

Как отмечает Т. П. Лазарева, обязанности лизингополучателя перед лизингодателем по договору финансового лизинга совпадают с обычными обязанностями арендатора по договору аренды. Он обязан выплачивать периодические платежи, проявлять надлежащую заботу в отношении оборудования, использовать его разумным образом и поддерживать в состоянии, в котором получил, с учетом нормального износа и тех изменений, которые согласованы 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.

Вопросы, которые прямо не регулируются в Оттавской конвенции, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а при отсутствии таковых — в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права. В самой Конвенции предусмотрены отдельные коллизионные нормы, с помощью которых определяются подлежащие применению правовые нормы, регулирующие вещные права на различные виды имущества. В частности, в случаях, когда предметом лизинга является оборудование, присоединенное к земельному участку или ставшее принадлежностью земельного участка, вопрос о том, стало или нет указанное оборудование такой принадлежностью (или было присоединено к земельному участку), и возникающие в связи с этим правовые последствия для лизингодателя и обладателя вещных прав на данный земельный участок определяются законом государства местонахождения этого земельного участка.

В зависимости от вида оборудования, являющегося предметом лизинга, решается вопрос о выборе норм законодательства 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 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.

Между странами СНГ 25 ноября 1998 г. была заключена Конвенция о межгосударственном лизинге (ее ратифицировали четыре государства: Армения, Белоруссия, Таджикистан и Киргизия). Украина подписала Конвенцию, но пока ее не ратифицировала.

3. В России действует Федеральный закон от 29 октября 1998 г. «О финансовой аренде (лизинге)», сферой применения которого является лизинг имущества, относящегося к непотребляемым вещам (кроме земельных участков и других природных объектов), передаваемым во временное владение и в пользование физическим и юридическим лицам.

Специальные законы или иные акты о лизинге были приняты в Азербайджане, Белоруссии, Молдавии, Казахстане, Узбекистане и других странах на постсоветском пространстве. В Украине положения о лизинге содержатся в Гражданском кодексе и в Хозяйственном кодексе.

### **Договор международного факторинга**

Факторинг, так же, как и финансовый лизинг, направлен на привлечение дополнительных источников финансирования в производственную и торговую сферу, являясь своего рода разновидностью коммерческого кредитования.

Договор международного факторинга используется преимущественно в сфере купли-продажи товаров. При этом продавец товара, не дожидаясь исполнения покупателем обязательства уплатить за товар цену, уступает за вознаграждение право денежного

требования банку или иной коммерческой организации (фактору), которому по просьбе продавца покупную цену платит покупатель.

Одновременно фактор оказывает продавцу и другие финансовые услуги, в частности по ведению бухгалтерского учета, выставлению счетов по денежным поступлениям, изучению финансового состояния должников, страхованию рисков неплатежей.

Конвенция УНИДРУЛ о международном факторинге была подписана в Оттаве в 1988 г. Согласно п. 1 ст. 1 Конвенции под «факторинговым контрактом» понимается договор, заключенный между одной стороной (поставщиком) и другой стороной (финансовым агентом — фактором), в соответствии с которым поставщик передает фактору требования, вытекающие из договора международной купли-продажи товаров, заключенного между поставщиком и его должником (покупателем). 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 и иных бытовых нужд (п. 2 ст. 1).

Конвенция вступила в силу для Франции, Италии и Нигерии (1995 г.), Венгрии (1996 г.), ФРГ и Латвии (1998 г.). Россия присоединилась к Конвенции (Федеральный закон от 5 мая 2014 г.).

Другой конвенцией, посвященной уступке требования по платежным обязательствам, является Конвенция об уступке дебиторской задолженности, подготовленная ЮНСИТРАЛ и принятая Генеральной Ассамблеей ООН 12 сентября 2001 г.

В литературе обращалось внимание на то, что многие положения Конвенции о международном факторинге были восприняты в гл. 43 «Финансирование под уступку денежного требования» ГК РФ (ст. 824-833).

Помимо материально-правового регулирования, Конвенция содержит ряд коллизионных норм, определяющих право, подлежащее применению к отношениям, возникающим из договора об уступке дебиторской задолженности. 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).

В разд. VI «Международное частное право» части третьей ГК РФ имеется коллизионная норма, согласно которой при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору финансирования под уступку денежного требования должно применяться право страны финансового агента, т.е., иными словами, фактора.

Право, подлежащее применению к договору финансирования, определяется согласно подп. 9 п. 2 ст. 1211 ГК РФ при отсутствии соглашения сторон правом страны финансового агента. Договору международного факторинга посвящена гл. 12 учебника «Международное частное право» под ред. Н. И. Марышевой (М., 2004), а также § 6 гл. 23 учебника Л. П. Ануфриевой.

Для участвующих в договоре факторинга организаций стран СНГ выбор подлежащего применению права осуществляется в первую очередь в соответствии с общим правилом п. «е» ст. 11 Киевского соглашения 1992 г., отсылающим к законодательству места совершения сделки, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

### **Договоры подряда и технического содействия**

1. Широкое распространение в настоящее время получили договоры о выполнении в России строительных работ иностранными подрядчиками, преимущественно по

возведению крупных промышленных и бытовых объектов или по их капитальному ремонту, — договоры подряда.

Когда российские организации заключают договоры строительного подряда и договоры подряда на выполнение иностранными фирмами проектных работ на территории РФ, применяется норма п. 3 ст. 1211 ГК РФ, согласно которой к таким договорам подлежит применению российское право как право страны, где в основном создаются результаты таких работ. Эта норма носит диспозитивный характер, и по соглашению сторон от нее возможны отступления, особенно в тех случаях, когда иностранный подрядчик выполняет работы на основе своих технических условий, принятых российским заказчиком.

Заключению крупных подрядных договоров может предшествовать проведение торгов (тендеров) для определения заказчиком на конкурсной основе наиболее надежного подрядчика и наиболее благоприятных условий будущего подрядного договора. Порядок проведения торгов определяется условиями, которые заранее разрабатываются их организаторами с учетом норм национального права и особенностей намеченных строительных и иных работ.

Участие в торгах требует от российских участников специальной подготовки и разработки соответствующих технико-экономических обоснований и финансовых расчетов. Для участия в особо крупных торгах отечественные организации заключали ранее соглашения о консорциумах с участием иностранных партнеров (в том числе страны места проведения торгов), которые лучше знакомы с национальными особенностями проведения торгов. В настоящее время торги (аукционы) отечественные предприниматели начинают проводить в России, если речь идет о крупных строительных объектах, к выполнению которых имеется в виду привлечь иностранных подрядчиков.

В российской практике некоторые условия договоров внешнеторгового подряда (характер объекта, объем работ, условия расчетов) могут предопределяться в межправительственных соглашениях об экономическом сотрудничестве, где называется круг объектов, по которым ведется сотрудничество.

2. Из имеющихся международных соглашений о подряде наибольшее значение сохраняют Общие условия монтажа и оказания других технических услуг, связанных с поставками машин и оборудования между организациями стран — членов СЭВ (ОУМ СЭВ 1973 г.). Как и другие Общие условия бывшего СЭВ, ОУМ СЭВ 1973 г. в значительной степени свой нормативный характер потеряли и применяются факультативно, т.е. при наличии ссылки в договоре.

С Кубой и Монголией имеются двусторонние протоколы о выполнении в этих странах российскими организациями на основе подрядных договоров работ по оказанию технического содействия в строительстве (составление технической документации, командирование специалистов, обучение местных работников и т.д.), об осуществлении строительно-монтажных работ. Эти протоколы определяют лишь основные условия подрядных работ, которые уточняются в договорах. Обычно к выполнению таких работ на основании субподрядных договоров привлекаются местные организации.

3. При оказании технического содействия в строительстве предприятий и иных объектов за рубежом, выполнении изыскательских, геологоразведочных и иных работ заключается гражданско-правовой договор (контракт). В нашей литературе отмечалось, что контракт на оказание технического содействия по своему содержанию является комплексным типом договора, включающим куплю-продажу товаров (внешнеторговую поставку машин, материалов, механизмов и оборудования), договоры поручения (агентства), заказа, выполнения работы, оказания услуг и подряда (Л. П. Ануфриева). Однако на практике стороны в таких комплексных договорах продолжают именоваться подрядчиками (поставщиками) и заказчиками.

Неотъемлемой чертой оказания технического содействия, обуславливающей его специфику, выступает командирование специалистов и обучение персонала заказчика, как на месте осуществления объекта, так и в стране партнера. Командирование и обучение специалистов может входить в контракт как составная

часть обязательств. Во многих других случаях оно является предметом самостоятельного контракта.

Существенным элементом контракта об оказании технического содействия могут быть условия о передаче технологии.

Подрядные договоры, заключаемые внешнеторговыми организациями с иностранными контрагентами, предусматривают производство либо отдельных видов, либо целого комплекса работ, например связанных с сооружением за границей промышленных объектов.

Представление о сложности контрактов, заключаемых на практике, дает следующий перечень, приводимый Л. П. Ануфриевой во втором томе ее учебника по международному частному праву: так, в обязательства подрядчика (поставщика) входят подготовка детального графика работ по выполнению проекта; выполнение геологических изысканий по сырью силами своих специалистов, разработка и подготовка всей технической документации по проекту и его осуществлению, включая графики, чертежи, спецификации и т.д.; представление на одобрение заказчику и (или) его экспертам до начала производства материалов и оборудования всей необходимой документации, по которой они будут производиться; поставки машинных материалов, оборудования и технической документации в соответствии с утвержденными партнерами графиками; обеспечение командирования технического персонала для осуществления авторского надзора за строительством, монтажом и оснащением объекта; обучение специалистов заказчика с тем, чтобы персонал был способен самостоятельно эксплуатировать объект.

В свою очередь, в обязательства заказчика входят: производство платежей в соответствии с ценами и платежными условиями, оговоренными в контракте; обеспечение за свой счет инфраструктуры (дороги, мосты, временные здания и сооружения, жилье для специалистов, энергоснабжение, водоснабжение, стройплощадки и т.д.); осуществление общестроительных и монтажных работ под наблюдением поставщика; предоставление необходимого персонала для подготовки как на месте производства работ по объекту, так и для обучения за рубежом в стране



поставщика; предоставление бытовых условий для персонала поставщика; поставка сырья и других материалов местного рынка, необходимых для реализации проекта.

Подрядные договоры (контракты), заключаемые внешнеторговыми организациями с организациями и фирмами других стран, в зависимости от характера работ могут быть различных видов: договоры о проведении изыскательских и геологоразведочных работ; договоры о проведении проектных работ; договоры о выполнении монтажных работ; договоры о строительных работах; договоры о техническом обслуживании машин и оборудования и др.

При выполнении строительных работ с участием российских организаций могут возникать правоотношения двоякого рода. При одном виде правоотношений строительные работы осуществляются организациями и фирмами страны, которой оказывается техническое содействие. Объединение (как подрядчик) выполняет по договору с иностранными фирмами и организациями (заказчиком) отдельные виды работ по строительству.

В другом виде правоотношений объединение принимает на себя строительство предприятия или сооружение объекта в целом, вплоть до ввода его в эксплуатацию. Такое выполнение работ называют строительством «под ключ». Эти работы объединение может осуществлять от своего имени, привлекая для этого российские строительные организации. В качестве субподрядчиков оно вправе привлекать и местные организации, а также, с соблюдением законодательства страны-заказчика, контрагентов из третьих стран.

Практика строительства «под ключ» широко распространена. В международной практике применяются также Типовые условия договора о строительстве, которые были разработаны Международной федерацией инженеров-конструкторов (в ред. 1987 г.), и Правовое руководство по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов, подготовленное рабочей группой ЮНСИТРАЛ. Оба документа, носящие рекомендательный характер, рассчитаны на применение при строительстве с иностранным участием.

Касательно определения права, подлежащего применению, напомним, что согласно ст. 1211 ГК РФ (п. 3) в отношении договора строительного подряда и договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ подлежит применению право страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты.

### **Договоры в области научно-технического сотрудничества**

Особой сферой применения договорной формы в сотрудничестве между отечественными организациями и организациями и фирмами других стран является область научно-технического сотрудничества. В этой сфере применяются договоры о передаче результатов научно-технических работ, договоры о выполнении работ организацией или фирмой одной страны по заданию организации другой страны и договоры о совместном проведении конструкторских и научно-исследовательских работ.

Предметом договоров о научной кооперации является проведение на началах кооперации научно-исследовательских, проектно-конструкторских и экспериментальных работ, цель которых, в частности, состоит в расширении научных знаний, создании образцов новых изделий, материалов, оборудования или разработке технологических процессов.

В договорах определяются права и обязанности сторон, решаются вопросы финансирования (раздельного или совместного), вопросы использования результатов работ, правовой охраны изобретений, материальной ответственности сторон и др.

В договоре или рабочем плане, прилагаемом к договору и являющемся его неотъемлемой частью, определяются этапы, промежуточные и окончательные сроки выполнения работ, заканчивающиеся передачей результатов, полученных в ходе исследований. В договоре предусматривается, что опубликование сведений о результатах работ, проводимых на основе договора, может производиться только по договоренности между сторонами в каждом конкретном случае.

В договоре определяются условия использования результатов работ сторонами. Так, при совместном финансировании результаты работы принадлежат сторонам совместно. Они имеют право самостоятельно ими распоряжаться в целях использования на территории своих стран. Для передачи результатов в третьи страны требуется согласие обеих сторон.

### **Концессионные и иные соглашения**

Особое место в системе договоров занимают концессионные и аналогичные им соглашения. В России 21 июля 2005 г. был принят Федеральный закон «О концессионных соглашениях».

В Киргизии Закон о концессиях и иностранных концессионных предприятиях принят в 1992 г., в Узбекистане Закон о концессиях был принят в 1995 г.

Согласно российской практике государство предоставляет по таким соглашениям иностранным инвесторам права либо на поиск и освоение возобновляемых и невозобновляемых природных ресурсов на территории России, либо на ведение отдельных видов хозяйственной деятельности, являющихся монополией государства, либо на долгосрочную аренду имущества, являющегося государственной собственностью, но не переданного в полное хозяйственное ведение или оперативное управление предприятиям, учреждениям и организациям Российской Федерации.

Под концессионным соглашением обычно понимается соглашение между государством и частным инвестором, определяющее порядок и условия пользования инвестором государственной собственностью. Согласно Закону о концессионных соглашениях 2005 г. «концессионное соглашение является договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами. К отношениям сторон концессионного соглашения применяются в соответствующих частях правила гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в концессионном соглашении, если иное не вытекает из настоящего Федерального закона или существа концессионного соглашения» (п. 2

ст. 3). Сторонами такого договора являются концессионер, которым может быть любое российское или иностранное юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, и концедент. В качестве концедента могут выступать исключительно публичные образования (Российская Федерация, субъекты РФ, муниципальные образования). Концессионерам — иностранным юридическим лицам предоставляется национальный режим без каких-либо изъятий.

Под соглашением о разделе продукции понимается договор, в соответствии с которым государство на возмездной и срочной основе предоставляет иностранному инвестору также исключительное право на осуществление такой деятельности. Однако в отличие от концессионного договора продукция, полученная в результате осуществления такой деятельности, распределяется между государством и иностранным инвестором на условиях, установленных соглашением.

Под сервисным соглашением с риском и без риска понимается договор, в соответствии с которым государство предоставляет иностранному инвестору на срочной основе право на осуществление конкретных видов работ и услуг, предусмотренных соглашением. При этом продукция, полученная в результате осуществления таких работ и услуг, остается в собственности государства.

Срок действия концессионного договора определяется в зависимости от характера и условий концессии. Обычно одностороннее изменение условий концессионного договора не допускается, если иное не оговорено в договоре.

Особый комплексный характер имеют отношения в области совместного использования природных ресурсов. Так, 3 ноября 2000 г. между Правительством РФ и Правительством КНР было заключено Соглашение о сотрудничестве в совместном освоении лесных ресурсов.

Для осуществления и развития сотрудничества в рамках этого Соглашения хозяйствующим субъектам государств сторон предоставляются на территории РФ участки лесного фонда для заготовки древесины в порядке, предусмотренном федеральным законодательством. Хозяйствующие субъекты государств сторон рационально распределяют рабочую силу и специалистов с приоритетным

привлечением граждан РФ, совместно предоставляют специальные транспортные средства и механизмы, оборудование и капиталовложения для заготовки, вывозки и переработки древесины на территории субъектов РФ.

Конкретные условия и формы сотрудничества, формы продажи продукции, коммерческие и технические условия транзита и поставок леса будут определяться в договорах, которые заключат хозяйствующие субъекты государств сторон.

### **Договоры в сфере туристического обслуживания**

В конце XX — начале XXI в. получил широкое распространение международный туризм.

Развитие международного туризма сделало весьма актуальными правовые вопросы, связанные с предоставлением различных услуг физическим лицам.

Многосторонние международные соглашения в области туризма большого значения не имеют. Еще в 1970 г. была заключена Международная конвенция по контракту на путешествие, но число ее участников незначительно.

Более широко применяются директивы ЕС, прежде всего Директива № 90/314/ЕЭС «О комплексном туризме, комплексном отдыхе и комплексных турах», принятая в 1990 г., Директива № 94/47/ЕС «По защите покупателей в отношении некоторых аспектов контрактов, касающихся приобретения права пользования недвижимой собственностью в режиме разделенного времени», принятая в 1994 г. В настоящее время разработана новая Директива «О пакетном путешествии и организованных туристских услугах», подготовленная для принятия Европарламентом с учетом бурного развития продаж туристических услуг через Интернет. Документ должен будет заменить Директиву 1990 г., которая регулирует пакетный туризм в настоящее время.

В отечественной литературе обращалось внимание на то, что национальное законодательство разных стран содержит мало материально-правовых предписаний, относящихся именно к международному туристскому контракту, распространя на

него действие норм о туристском контракте в целом. Тем не менее анализ законодательной практики позволяет выделить ряд способов обеспечения интересов туриста, имеющих особое значение для международного туристского контракта:

- урегулирование в интересах туристов вопросов ответственности туроператора и турагента;
- придание турагенту, действующему от имени зарубежного туроператора, статуса туроператора;
- установление специального коллизионного регулирования туристского контракта, которое, по сути, ограничивает применение иностранного права;
- введение механизмов обязательного финансового обеспечения деятельности туроператоров и турагентов (И. А. Чеботарева).

В связи с распространением туризма большое значение приобрели договоры в сфере туристического обслуживания. Обычно турист заключает контракт либо непосредственно с так называемым туроператором, либо через турагента (т.е., иными словами, посредника).

Невиданный ранее объем поездок для российских граждан (особенно с Урала и Сибири) для отдыха в Турцию стал обычным делом. Российские туристы едут не только во Францию, Германию, Италию, Испанию, но и в такие экзотические места, как Бирма, Непал и даже Тибет.

Поездки туристов из Германии, Франции и других европейских стран в Санкт-Петербург, Москву, по «золотому кольцу» пользуются большой популярностью.

В России отношения в области туризма регулируются Федеральным законом от 24 ноября 1996 г. «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации». Этот Закон подробно определяет содержание договора об оказании туристических услуг, права и обязанности туриста. Турист, в частности, обязан соблюдать законодательство страны временного пребывания, правила въезда и выезда. Он обязан оплатить туристические услуги. Основная обязанность туроператора (турагента) — организовать и предоставить обусловленный в договоре комплекс туристических услуг. Каждая из сторон согласно этому Закону вправе требовать

изменения или расторжения договора в связи с существенными изменениями обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. Перечень этих обстоятельств, установленный ст. 10, носит исчерпывающий характер: это ухудшение условий путешествия, указанных в договоре; изменение сроков совершения путешествия; непредвиденный рост транспортных тарифов; невозможность совершения туристом поездки по не зависящим от него обстоятельствам (болезнь туриста, отказ в выдаче визы и другие обстоятельства). Согласно названному Закону и туроператор, и турагент несут ответственность только за непредоставление или предоставление недостоверной информации о туристском продукте, в остальном же решение вопроса зависит от того, кто является контрагентом туриста по договору. В соответствии со ст. 9 Закона туроператор несет предусмотренную российским законодательством ответственность перед туристом за нарушение обязательств по договору о реализации туристского продукта независимо от того, кем должны были оказываться или оказывались эти услуги. В том числе и за действия турагента, совершенные от имени туроператора в пределах своих полномочий. Если турагент заключает договор с туристом от собственного имени, то на него возлагается ответственность за всякое нарушение договора. Реализацией иностранного турпродукта на российской территории могут заниматься только юридические лица, имеющие предусмотренное указанным Законом финансовое обеспечение, даже если турпродукт сформирован иностранным туроператором.

Поскольку в рассматриваемой области международное регулирование не играет решающей роли, значение коллизионного регулирования возрастает.

Прежде чем перейти к вопросу о том, как в российском законодательстве решается проблема коллизионного регулирования в этой области, обратим внимание на то, что при подготовке разд. VI «Международное частное право» ГК РФ возникли сложные проблемы определения права, подлежащего применению в этой исключительно важной области. Статья 1212 ГК РФ определяет право, подлежащее применению к договору с участием потребителя (физического лица). Турист — это потребитель, и в п. 1 этой статьи предусмотрено, что выбор права, подлежащего применению к

договору, стороной которого является физическое лицо, использующее, приобретающее или заказывающее либо имеющее намерение использовать, приобрести или заказать движимые вещи (работы, услуги) для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, не может повлечь за собой лишение такого физического лица (потребителя) защиты его прав, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства потребителя, если контрагент потребителя (профессиональная сторона) осуществляет свою деятельность в стране места жительства потребителя либо любыми способами направляет свою деятельность на территорию этой страны или территории нескольких стран, включая территорию страны места жительства потребителя, при условии, что договор связан с такой деятельностью профессиональной стороны. Если стороны не избрали право, подлежащее применению к их отношениям, и при наличии обстоятельств, на которые указано в п. 1, к договору с участием потребителя применяется право страны места жительства потребителя.

Однако в п. 3 ст. 1212 ГК РФ из этого правила сделано исключение — оно не применяется в двух случаях: во-первых, к договору перевозки, а во-вторых, к договору о выполнении работ или об оказании услуг, если работа должна быть выполнена или услуга должна быть оказана исключительно в иной стране, чем страна места жительства потребителя. Как образно отметил в своем комментарии к этой статье И. В. Елисеев, последний абзац п. 3 ст. 1212 устанавливает «исключение из исключения», предусмотренного этим пунктом. Приведем этот абзац полностью: «Предусмотренные настоящим пунктом изъятия не распространяются на договоры об оказании за общую цену услуг по перевозке и размещению (независимо от включения в общую цену стоимости других услуг), в частности на договоры в сфере туристического обслуживания».

Как отмечает И. В. Елисеев, эту конструкцию можно объяснить тем, что главная цель законодателя при формулировании этих исключений заключалась в установлении специального правового режима для договоров перевозки, с одной стороны, и



выполнения работ (оказания услуг) — с другой. Нов договорах в сфере туристического обслуживания услуги по перевозке пассажиров практически неотделимы от иных услуг (например, по размещению, экскурсионному обслуживанию и т.д.) и являются частью единого обязательства по оказанию услуг (в широком смысле слова). Поэтому привязка таких договоров к праву страны перевозчика, равно как и к праву страны, где оказываются услуги, не достигла бы требуемых целей. В значительной части соответствующее отношение было бы урегулировано не свойственным ему правом. Поэтому, как считает И. В. Елисеев, возвращение законодателя к использованию общих правил п. 1 и 2 ст. 1212 ГК РФ представляется вполне оправданным.

Российская гражданка А., проживающая в Москве, решила поехать отдыхать в Испанию. С этой целью она заключила с московской фирмой «Парадис Гивт» договор об оказании туристических услуг, в котором было предусмотрено, что споры между сторонами разрешаются на Гибралтаре по действующим там законам.

В рекламном проспекте была помещена фотография гостиницы, расположенной на берегу моря. Однако, когда А. с семьей попала в Испанию, оказалось, что и гостиница, где она была размещена, не та, которая была предусмотрена, и условия пребывания не соответствуют договору. Достаточно отметить, что гостиницу отделяла от морского пляжа высокая насыпь железной дороги, через которую нельзя было перейти, чтобы попасть на берег.

Вернувшись, А. сначала предъявила претензии фирме, а затем обратилась в суд.

Хамовнический межмуниципальный суд г. Москвы принял к рассмотрению иск А. к фирме «Парадис Гивт» о взыскании убытков, связанных с нарушением договорных обязательств, и компенсации причиненного морального вреда. Фирма обжаловала решение суда от 11 марта 1997 г., но Московский городской суд отклонил жалобу. Суд признал, что приведенные выше условия договора о подсудности и применяемом праве не соответствуют российскому законодательству о защите прав потребителей и Закону «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации».

Аналогичные правила предусмотрены в ряде государств в отношении применимого права к договорам в сфере туризма, которые предусматривают комбинированную перевозку и размещение (п. 4 ст. 46 Закона Украины о международном частном праве 2005 г., ст. 34 Закона Эстонии о международном частном праве 2002 г.).

В отношении договора на туристическое обслуживание, заключенного между двумя туристическими фирмами, МКАС определил применимое право на основании п. 5 ст. 166 Основ 1991 г. по месту учреждения и основному месту деятельности стороны, которая имеет решающее значение для содержания такого договора. Этим местом было признано местонахождение принимающей туристов туристической фирмы.

### **Договоры об оказании услуг**

В гражданском законодательстве обычно регулируется широкий круг договоров об оказании услуг, и прежде всего возмездного оказания услуг потребителю. По договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услугу, заказчик — эту услугу оплатить. В ряде стран, особенно с развитой рыночной экономикой, в последние десятилетия, как отмечалось, появилось специальное законодательство, направленное на защиту потребителей, имеющее в целом императивный характер (А. С. Комаров). В ст. 1212 «Право, подлежащее применению к договору с участием потребителя» ГК РФ предусмотрены следующие положения:

«1. Выбор права, подлежащего применению к договору, стороной которого является физическое лицо, использующее, приобретающее или заказывающее либо имеющее намерение использовать, приобрести или заказать движимые вещи (работы, услуги) для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, не может повлечь за собой лишение такого физического лица (потребителя) защиты его прав, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства потребителя, если контрагент потребителя (профессиональная сторона) осуществляет свою деятельность в стране места

жительства потребителя либо любыми способами направляет свою деятельность на территорию этой страны или территории нескольких стран, включая территорию страны места жительства потребителя, при условии, что договор связан с такой деятельностью профессиональной стороны.

2. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве и при наличии обстоятельств, указанных в пункте 1 настоящей статьи, к договору с участием потребителя применяется право страны места жительства потребителя.

3. Правила, установленные пунктами 1 и 2 настоящей статьи, не применяются:

1) к договору перевозки;

2) к договору о выполнении работ или об оказании услуг, если работа должна быть выполнена или услуги должны быть оказаны исключительно в иной стране, чем страна места жительства потребителя.

Предусмотренные настоящим пунктом изъятия не распространяются на договоры об оказании за общую цену услуг по перевозке и размещению (независимо от включения в общую цену стоимости других услуг), в частности на договоры в сфере туристического обслуживания.

4. В случаях, не предусмотренных пунктом 1 настоящей статьи, выбор права, подлежащего применению к договору с участием потребителя, не может повлечь за собой лишение потребителя защиты его прав, предоставляемой императивными нормами той страны, право которой применялось бы к этому договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права.

5. За установленными настоящей статьей изъятиями право, подлежащее применению к договору с участием потребителя, определяется по общим правилам настоящего Кодекса о праве, подлежащем применению к договору».

## **Глава 11. Международные перевозки грузов и пассажиров**

### **Понятие международных перевозок**

Перевозки грузов и пассажиров осуществляются железнодорожным, автомобильным, воздушным и морским транспортом. Под международной перевозкой понимается перевозка грузов и пассажиров между двумя и более государствами, выполняемая на условиях, которые установлены заключенными этими государствами международными соглашениями. Характерной особенностью правового регулирования в этой сфере является то, что основные вопросы перевозок решаются в международных соглашениях (транспортных конвенциях), содержащих унифицированные нормы, единообразно определяющие условия международных перевозок грузов и пассажиров. В зарубежной учебной литературе обращается внимание на то, что вряд ли найдется другая область права, в которой имеется такое количество международных соглашений об унификации правовых норм, как в этой области (К. Сир). Обычно такие соглашения содержат требования к перевозочной документации, определяют порядок приема груза к перевозке и выдаче его в пункте назначения, условия ответственности перевозчика, процедуру предъявления к перевозчику претензий и исков. При отсутствии единообразных материально-правовых норм обращаются к нормам национального права в соответствии с коллизионными нормами транспортных конвенций или национального законодательства. Россия является участником многих транспортных конвенций, и при получении и отправлении внешнеторговых грузов российские предприятия и граждане руководствуются положениями этих конвенций. Их нормы, в отличие от норм конвенций в области международной купли-продажи товаров, носят императивный характер.

Во многих государствах были приняты специальные правовые акты о международных перевозках, которые обычно основываются на положениях транспортных конвенций и дополняют их. В России действуют КТМ РФ 1999 г. и В

К РФ 1997 г., а также Устав железнодорожного транспорта от 10 января 2003 г., изданы различные положения и правила.

Особенность договора международной перевозки заключается в том, что в ходе его исполнения соответствующие материально-правовые нормы применяются на основании различных коллизионных принципов. Так, при отправлении груза руководствуются законом страны отправления, при выдаче груза в конечном пункте — законом страны назначения. В других случаях применяется закон перевозчика или же закон страны суда.

В России такие нормы в отношении договора перевозки вообще установлены в части третьей ГК РФ (п. 2 ст. 1211), а в отношении отдельных видов перевозки — в соответствующих кодексах и законах. Согласно п. 2 ст. 1211 к отношениям по перевозке при отсутствии соглашения сторон подлежит применению право страны перевозчика, а к отношениям по договору транспортной экспедиции — право страны экспедитора, поскольку перевозчик, а также экспедитор рассматриваются Кодексом как стороны, которые осуществляют «исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора» (см. гл. 9 учебника). Подлежащее применению к международной перевозке право может быть указано в транспортном документе, выданном перевозчиком.

В зависимости от того, какой вид транспорта используется, различаются международные железнодорожные, международные автомобильные, международные воздушные и международные морские перевозки.

Определенной спецификой отличаются перевозки грузов в смешанном (например, железнодорожно-водном) сообщении, перевозки транзитных грузов через территорию РФ, а также контейнерные перевозки.

Для России сохранилось действие Соглашения о международном прямом смешанном железнодорожно-водном грузовом сообщении (МЖВС) от 14 декабря 1959 г., Соглашения об общих условиях выполнения международных пассажирских перевозок автобусами от 5 декабря 1970 г.

24 мая 1980 г. была заключена Конвенция ООН о международных смешанных перевозках грузов, а 10 октября 1989 г. — Конвенция о гражданской ответственности за ущерб, причиненный при перевозке опасных грузов автомобильным, железнодорожным и внутренним водным транспортом (КГПОГ), 19 апреля 1991 г. — Конвенция ООН об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле (Россия в этих конвенциях не участвует).

Россия — участник Европейского соглашения о важнейших линиях международных комбинированных перевозок и соответствующих объектах (СЛКП) от 1 февраля 1991 г.

### **Международные железнодорожные перевозки**

В течение длительного времени наиболее важными соглашениями в области железнодорожного транспорта были бернские конвенции о железнодорожных перевозках грузов и пассажиров (сокращенно — МГК (или СИМ) и МПК (или СИВ)). В 1966 г. было заключено Дополнительное соглашение к МПК об ответственности железных дорог при перевозках пассажиров. В 1980 г. на конференции по пересмотру бернских конвенций было принято новое соглашение. Текст единого соглашения получил название Конвенция о международных железнодорожных перевозках (КОТИФ). В ней участвуют большинство стран Европы, в том числе Украина, а также ряд стран Азии и Северной Африки.

КОТИФ объединяет международно-правовые нормы бернских конвенций и Дополнительного соглашения 1966 г. в едином основном соглашении, к которому имеются два приложения (А и В), содержащие нормы гражданско-правового характера об условиях международных железнодорожных перевозок. Приложение А, определяющее условия перевозок пассажиров, получило наименование «Единые правила МПК». Приложение В содержит условия перевозок грузов, оно названо «Единые правила МГК».

Единые правила МГК действуют только в отношении перевозок по определенным железнодорожным линиям, перечень которых устанавливают участники соглашения. Ставки провозных платежей определяются национальными и международными тарифами. Предусмотрены предельные сроки доставки грузов. Так, по правилам КОТИФ общие сроки доставки грузов составляют для грузов большой скорости 400 км, а для грузов малой скорости — 300 км. в сутки. Вместе с тем за железными дорогами сохранено право устанавливать для отдельных сообщений специальные сроки доставки и также дополнительные сроки при возникновении существенных затруднений в перевозках и других особых обстоятельств.

Предельный размер ответственности железных дорог в случае несохранности перевозимых грузов в КОТИФ определен в расчетных единицах Международного валютного фонда — специальных правах заимствования (СПЗ) — 17 СПЗ, или 51 старый золотой франк на 1 кг. веса брутто.

Правила КОТИФ предусматривают, что причиненные просрочкой в доставке убытки возмещаются грузовладельцу в пределах трехкратных провозных платежей.

Россия присоединилась к КОТИФ в 2009 г. Конвенция вступила в силу для России с 1 февраля 2010 г.

В области железнодорожных перевозок для предприятий особое значение имеет Соглашение о международном железнодорожном грузовом сообщении (СМГС), действующее с 1 ноября 1951 г., участниками которого являются Россия, страны Восточной Европы, Монголия, Китай, КНДР и Вьетнам. Это Соглашение определяет порядок приема грузов к перевозке и условия их доставки и выдачи грузополучателям.

В 1998 г. был опубликован в качестве официального издания Организации сотрудничества железных дорог новый текст СМГС, участниками которого являются 27 государств, включая страны СНГ (за исключением Армении), Латвию, Литву, Эстонию. С 1 июля 2014 г. это Соглашение действует с изменениями и дополнениями.

С 1 июля 1998 г. вступило в силу подписанное 1 октября 1997 г. в г. Баку Соглашение между железнодорожными администрациями государств — участников СНГ, Латвии, Литвы, Эстонии «Об особенностях применения отдельных норм СМГС».

28 мая 1997 г. в Таллине подписано Соглашение между железнодорожными администрациями государств — участников СНГ, Латвии, Литвы и Эстонии об особенностях применения отдельных норм СМПС (Соглашения о международном пассажирском сообщении). Соглашение действует в редакции 1999 г. (в нем участвуют страны СНГ, Албания, Болгария, Вьетнам, КНДР, КНР, Латвия, Литва, Монголия, Польша, Словакия, Чехия и Эстония).

Внешнеторговые грузы в страны — участницы СМГС отправляются на основании международной накладной, составленной по правилам, действующим в стране отправления. Но СМГС вводит к ним ряд дополнений, касающихся маркировки груза и оформления транспортных документов. В стране назначения груз выдается в соответствии с национальными правилами этой страны, однако и в этом случае СМГС содержит ряд дополнительных предписаний, в частности специальные правила о порядке составления коммерческих актов при выявлении несохранности груза.

Грузы в зависимости от желания отправителя перевозятся малой или большой скоростью, причем сроки доставки определяются СМГС с добавлением времени на перегрузку грузов на пограничных железнодорожных станциях. Провозные платежи выплачиваются по национальным тарифам и в национальной валюте: за следование груза по дорогам отправления — отправителем, а по дорогам назначения — получателем груза.

Что касается провозных платежей за перевозку грузов по железным дорогам страны транзита, то в зависимости от условий поставки (базиса договора внешнеторговой купли-продажи) они вносятся отправителем или получателем груза по ставкам Международного транзитного тарифа (МТТ), валютой которого является швейцарский франк. Базис поставки должен определяться российскими предпринимателями с учетом этого обстоятельства.



Ответственность железных дорог за несохранность принятого к перевозке груза наступает при наличии вины, которая предполагается. Однако при особых обстоятельствах (исправность перевозочных средств, сопровождение груза проводником грузовладельца и др.) вина железных дорог должна быть доказана грузовладельцем. Возмещение за несохраненный внешнеторговый груз выплачивается в пределах его действительной стоимости, которая определяется на основании внешнеторговой цены (при ответственности иностранных дорог) или же внутренней цены (при ответственности отечественных дорог).

На основании СМГС и дополняющего его МТТ возможны железнодорожные перевозки внешнеторговых грузов в страны Западной Европы и из них, хотя участниками СМГС они и не являются. Для этого при экспортных отправлениях в накладной СМГС в качестве получателя называется выходная железнодорожная станция страны СМГС, а в графе об особых заявлениях — конечный получатель в одной из стран Западной Европы. На основании такого указания пограничная станция выписывает новую железнодорожную накладную по форме КОТИФ, в котором участвуют железные дороги западноевропейских стран, и груз направляется конечному получателю. При отправлениях грузов в Россию из стран Западной Европы соответственно составляются сначала накладная КОТИФ, а затем на соответствующей пограничной станции — накладная СМГС.

СССР заключил двусторонние соглашения о международном железнодорожном грузовом и пассажирском сообщении с пограничными странами — Финляндией, Ираном и Турцией, а по грузам — также с Австрией. Для России сохранили силу соглашения с Австрией, Турцией и Финляндией. Эти соглашения отражают общепринятую практику международных перевозок и в ряде вопросов учитывают правила перевозок, выработанные в рамках бернских конвенций (МГК и МПК).

В ходе сотрудничества в области железнодорожного транспорта государств, входивших ранее в СССР, был заключен ряд соглашений. Отметим, в частности, Соглашение о разделении инвентарных парков грузовых вагонов и контейнеров бывшего МПС СССР и их дальнейшем совместном использовании от 22 января 1993

г. и Соглашение о совместном использовании грузовых вагонов и контейнеров от 12 марта 1993 г. Эти соглашения действуют для стран СНГ, Латвии, Литвы и Эстонии. Устав железнодорожного транспорта РФ различает перевозки в прямом международном сообщении и перевозки в непрямом международном сообщении. Под первыми понимаются перевозки в международном сообщении пассажиров, грузов, грузобагажа, осуществляемые между железнодорожными станциями в различных государствах или несколькими видами транспорта в различных государствах по единому перевозочному документу, оформленному на весь маршрут следования. Вторые означают перевозки в международном сообщении пассажиров, грузов, багажа, грузобагажа, осуществляемые через расположенные в пределах приграничной территории железнодорожные станции и порты по перевозочным документам, оформленным в государствах, участвующих в перевозках, а также перевозки несколькими видами транспорта по отдельным перевозочным документам на транспорте каждого вида.

### **Международные автомобильные перевозки**

Регулирование международных автомобильных перевозок, так же, как и железнодорожных, осуществляется в соответствии с правилами международных соглашений. К их числу относятся следующие соглашения, в которых участвует Россия: Конвенция о дорожном движении от 8 ноября 1968г. (вступила в силу в 1977г.), Европейское соглашение, дополняющее Конвенцию о дорожном движении, от 1 мая 1971 г., Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ) от 19 мая 1956 г., Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП) от 14 ноября 1975г., Соглашение о международных перевозках скоропортящихся пищевых продуктов и о специальных транспортных средствах, предназначенных для этих перевозок, от 1 сентября 1970 г., Европейское соглашение о международной дорожной перевозке опасных грузов (ДОПОГ) от 30 сентября 1957г.

Условия договора о международной автомобильной перевозке грузов между европейскими странами определяются Конвенцией о договоре международной дорожной перевозки грузов 1956 г. В Конвенции участвует большинство европейских государств. СССР присоединился к ней в 1983 г., и с 1 августа 1986 г. перевозки грузов советским автомобильным транспортом стали регулироваться этой Конвенцией. В настоящее время в ней участвуют Россия, Казахстан, Таджикистан, Туркмения, а также наряду с европейскими государствами Марокко и Тунис. Конвенция определяет основные права и обязанности грузовладельца и перевозчика при автомобильной перевозке, порядок приема груза к перевозке и выдачи его в пункте назначения. Установлен также предел ответственности перевозчика при несохранности груза — 25 золотых франков за 1 кг веса брутто.

При автомобильных перевозках существенное значение имеет создание гарантий при причинении вреда третьим лицам автотранспортными средствами — источником повышенной опасности. Это достигается посредством введения обязательного страхования гражданской ответственности, что предусматривается как внутренним законодательством, так и рядом международных соглашений. Так, в заключенных с рядом стран двусторонних соглашениях об организации автомобильного сообщения предусматривается обязательное страхование гражданской ответственности при международных автомобильных перевозках.

Конвенция призвана унифицировать условия международной дорожной перевозки грузов, включая документы, применяемые для такой перевозки, и ответственность перевозчика. В Конвенцию включена коллизионная норма, отсылающая по вопросу о продлении или о перерыве течения срока исковой давности к закону суда, рассматривающего дело.

Конвенция МДП, определяя процедуру международной дорожной перевозки грузов, предусматривает в качестве ее основного атрибута книжку МДП — единый таможенный документ при следовании груза от таможни места отправления до таможни места назначения в регионе МДП. Конвенцией введен институт гарантийного объединения, под которым понимается объединение, признанное

таможенными органами государства — участника Конвенции в качестве гаранта для лиц, использующих процедуру международной дорожной перевозки грузов. В России функции гарантийного объединения выполняет Ассоциация международных автомобильных перевозчиков РФ (АСМАП), которая обеспечивает российских перевозчиков книжками МДП, ведет работу по урегулированию претензий в связи с использованием процедуры МДП. Грузы, перевозимые с соблюдением этой процедуры, освобождаются от уплаты ввозных или вывозных пошлин и сборов в промежуточных таможнях. На дорожном транспортном средстве или составе транспортных средств, осуществляющих операцию МДП, должны быть прикреплены таблички с надписью «TIR». Знак «TIR» дает преимущество первоочередного таможенного оформления.

На Федеральную таможенную службу возложено принятие решений о временном или окончательном лишении лиц, виновных в серьезных нарушениях таможенного законодательства, применяемого при международной перевозке грузов, права использовать процедуру МДП. Правительством РФ приняты поправки к указанной Конвенции, одобренные Административным комитетом Конвенции МДП 27 июля 1997 г.

В области международных автомобильных перевозок действует разрешительная система.

Иностранные перевозчики осуществляют международные автомобильные перевозки по территории России в соответствии с российскими и многосторонними разрешениями. Российские — в соответствии с иностранными и многосторонними разрешениями. Международные договоры РФ на условиях взаимности могут допускать международные автомобильные перевозки без таких разрешений.

Российские перевозчики должны иметь лицензии на международные автомобильные перевозки. Законом запрещаются перевозки грузов и пассажиров транспортными средствами, принадлежащими иностранным перевозчикам, в том числе временно ввезенными ими на территорию России, между пунктами, расположенными на этой территории.

Установление разрешительной системы международных автомобильных перевозок пассажиров, багажа и грузов является общим для двусторонних международных (межправительственных и межведомственных) договоров Российской Федерации в этой области. Разрешения выдаются компетентными органами сотрудничающих стран, по территории которых или через территории которых следуют автотранспортные средства.

Двусторонние договоры России о международном автомобильном сообщении регулируют также перевозки в третьи страны и из третьих стран. В договорах перевозчикам одной страны запрещается осуществлять внутренние перевозки (каботаж) на территории другой страны. Страны — участницы договоров обеспечивают страхование гражданской ответственности перевозчиков перед третьими лицами в связи с использованием автотранспортных средств. Условия договоров включают освобождение от налогов и сборов с автотранспортных средств, пограничные, таможенные и иные правила.

### **Международные воздушные перевозки**

Значение международных воздушных перевозок в современных условиях жизни возросло. Не только самолеты авиакомпаний России и других стран СНГ доставляют пассажиров и грузы в большое число государств, но возрастает также число полетов самолетов иностранных авиакомпаний в эти страны или же через воздушное пространство России.

Перевозки пассажиров и грузов через воздушное пространство России совершаются иностранными авиакомпаниями на основании соответствующих соглашений. Пассажирские перевозки регулярно совершаются рядом иностранных авиакомпаний. Грузовые полеты на основе соглашений с тремя авиакомпаниями («Люфтганза», «Эйр - франс» и «Кореан эйр») стали совершаться с 1 апреля 2003 г.

В качестве международной воздушной перевозки рассматривается перевозка, при которой хотя бы один из пунктов посадки находится на территории другого государства (ст. 101 ВК РФ).

Россия, как отмечалось в учебной литературе (В. П. Звеков), участвует более чем в 130 двусторонних международных договорах о воздушном сообщении. Этими договорами, базирующимися на Конвенции о международной гражданской авиации от 7 декабря 1944 г., определяются коммерческие права сотрудничающих государств при осуществлении воздушных перевозок пассажиров, багажа, груза и почты. Эти права реализуются назначенными государствами авиапредприятиями (фактическими пользователями прав) в соответствии с заключаемыми ими коммерческими соглашениями.

Условия воздушных перевозок пассажиров и грузов определяются многосторонней Варшавской конвенцией об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, от 12 октября 1929 г. Она изменена Гаагским протоколом 1955 г. и дополнена рядом протоколов, в том числе Гватемальским и Монреальским, в которых Россия не участвует. В Конвенции участвуют более 100 государств, большинство из которых ратифицировало также Гаагский протокол. СССР — участник Конвенции с 1934 г. и Протокола с 1957 г. Конвенция и Протокол действуют для Российской Федерации. Действие Варшавской конвенции распространяется на воздушные перевозки между участвующими в ней странами, а также на перевозки, когда место отправления и место назначения находятся на территории одного и того же государства-участника, а остановка предусмотрена на территории другого государства, хотя бы и не участвующего в Конвенции. В Конвенции определены основные требования к перевозочным документам, права отправителя на распоряжение грузом в пути следования, порядок выдачи груза в пункте назначения, ответственность перевозчика перед пассажирами и грузовладельцем.

Правила Конвенции об ответственности перевозчика имеют большое практическое значение.

Перевозчик отвечает за вред, произошедший в случаях: смерти, ранения или любого другого телесного повреждения пассажира, если несчастный случай, в результате которого причинен вред, произошел на борту воздушного судна или во время операций по посадке и высадке; уничтожения, потери или повреждения зарегистрированного багажа или груза, если происшествие, причинившее вред, случилось во время воздушной перевозки; опоздания при воздушной перевозке пассажиров, багажа, грузов.

Согласно Варшавской конвенции, ответственность перевозчика основана на вине, которая презюмируется.

Перевозчик освобождается от ответственности, если докажет, что он принял все необходимые меры, чтобы избежать вреда, или что такие меры ему было невозможно принять. Но в случае, если перевозчик докажет, что вина потерпевшего была причиной вреда или способствовала ему, суд может в соответствии с законом своей страны ограничить ответственность перевозчика.

Ответственность воздушного перевозчика согласно Варшавской конвенции ограничена суммой 250 французских золотых франков за 1 кг веса. Для российских авиаперевозчиков эта сумма была повышена и определена в размере 20 долл. за 1 кг веса. Конвенция предусматривает краткий срок для заявления претензий к перевозчику по поводу несохранности доставленного груза (14 дней со дня получения груза), пропуск которого лишает права на обращение в суд. Исковая давность по требованиям к перевозчику — два года.

Поскольку Варшавская конвенция оставила открытыми вопросы о порядке определения размера возмещения (в пределах установленного его максимума) и о круге лиц, имеющих право на возмещение в случае гибели пассажиров, они решаются в судах каждого государства в соответствии с национальным законодательством и сложившейся в данном государстве практикой. Эти вопросы могут решаться на основании закона суда, закона перевозчика, закона места заключения договора перевозки.

Согласно Гаагскому протоколу, предельные размеры ответственности в отношении пассажира были установлены в размере 250 тыс. французских золотых франков.

28 мая 1999 г. в Монреале была подписана Конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок. Конвенция вступила в силу 4 ноября 2003 г. Россия в названной Конвенции не участвует. В преамбуле Конвенции признается значительный вклад Варшавской конвенции об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, «и других связанных с ней документов в деле упорядочения международного частного воздушного права». Конвенция 1999 г. должна заменить Варшавскую конвенцию. В Конвенции 1999 г. участвуют 63 государства, в том числе Великобритания, Индия, Ирландия, Испания, США, Франция, Швейцария и Япония.

Арбитражные суды России применяют нормы Варшавской конвенции с учетом изменений, внесенных в нее. Приведем пример из практики арбитражных судебных органов РФ.

Акционерное общество закрытого типа «Коопимпэкс» обратилось в арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области с иском к авиакомпании «Финнэйр», г. Хельсинки, Финляндия (представительство в Санкт-Петербурге), о взыскании 1289,9 долл. США, составляющих стоимость недостачи 6,6 кг. груза, на основании п. 2 ст. 22 Варшавской конвенции об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, 1929 г., с изм., внесенными Гаагским протоколом 1955 г. Иск был удовлетворен в сумме заявленных требований. Затем дело рассматривалось в федеральном арбитражном окружном суде. В постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по этому делу было, в частности, обращено внимание на следующие обстоятельства.

Как вытекает из коммерческого акта, утрата части груза произошла вследствие ветхости упаковки, не обеспечивающей сохранность груза при перевозках.

Согласно п. 1 и 2 ст. 18 Конвенции перевозчик отвечает за вред, происшедший в случае уничтожения, потери, повреждения зарегистрированного багажа или товара, если происшествие, причинившее вред, произошло во время воздушной перевозки.



В соответствии с п. 2, 4 и 5 ст. 22 Конвенции при перевозке зарегистрированного багажа ответственность перевозчика ограничивается суммой 250 франков за 1 кг. груза. Согласно п. 5 ст. XI Гаагского протокола 1955 г. перевод сумм в национальную валюту, не имеющую золотого содержания, в случае судебных разбирательств производится в соответствии с золотой стоимостью таких валют на дату судебного решения.

Предъявляя иск, истец рассчитал сумму от недостачи массы груза в американских долларах через стоимость золота за 1 тройскую унцию, установленную на Лондонской бирже драгоценных металлов, которая, в свою очередь, определяет рыночную стоимость самого золота, а не его содержания в национальных валютах. Этот расчет противоречит сложившейся международной практике перевода 250 золотых франков в национальные валюты, зафиксированной в протоколах № 3 и № 4 Всемирной организации гражданской авиации (Монреаль, 1975 г.).

Последнее обстоятельство повлекло неправомерное увеличение суммы иска с примерно 20 долл. за 1 кг. массы (предел ответственности, принятый в международной практике) до 1389,9 долл. США.

Несмотря на то, что истец основывал свой иск на нормах ратифицированного обоими государствами международного договора в части перевода франков в национальную валюту одного из государств, следует разрешить вопрос о применимом праве, поскольку данное обстоятельство не урегулировано Конвенцией.

Подпункт 7 п. 1 ст. 166 Основ 1991 г. (действовавших в то время) устанавливал, что к обязательствам сторон по внешнеэкономической сделке в случае отсутствия их соглашения о применимом праве применяется право страны, где учреждена сторона, являющаяся перевозчиком в договоре перевозки. Перевозчиком в договоре международной перевозки являлась авиакомпания «Финнэйр» (Финляндия).

По законодательству Финляндии вопрос об ответственности перевозчика и применении Варшавской конвенции об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, 1929 г. регулируется Законом от 14 января 1977 г. (с изм. от 11 апреля 1980 г.) «О договоре перевозки авиатранспортом». В его

§ 23 определено, что при перевозках зарегистрированного багажа и товаров ответственность перевозчика ограничивается суммой 17 СПЗ, или 23,8 долл. США за 1 кг массы (постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 1997 г. № 4707/96; информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 февраля 1998 г. № 29).

Коллизионные нормы, содержащиеся в Варшавской конвенции, предусматривают применение закона суда в отношении возможности установить возмещение в виде периодических платежей, о присуждении истцу понесенных им судебных издержек и других расходов по судебному разбирательству, о порядке исчисления срока, по истечении которого истец утрачивает право на иск. Не решаются в Конвенции вопросы, относящиеся к порядку определения размера возмещения, кругу лиц, имеющих право на возмещение в случае гибели пассажира (В. П. Звеков).

Согласно российскому законодательству, перевозчик несёт ответственность перед пассажиром воздушного судна и грузовладельцем в порядке, установленном законодательством России, международными договорами РФ, а также договором воздушной перевозки пассажира, договором воздушной перевозки груза или договором воздушной перевозки почты. Ответственность перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира при воздушной перевозке, определяется по правилам гл. 59 «Обязательства вследствие причинения вреда» ГК РФ, если законом или договором воздушной перевозки пассажира, а также международными договорами РФ не предусмотрен более высокий размер ответственности.

За утрату, недостачу или повреждение (порчу) багажа, груза, а также вещей, находящихся при пассажире, перевозчик несет ответственность в соответствии с международными договорами РФ.

## **Международные морские перевозки**

1. Наиболее сложные правовые вопросы возникают при международных морских перевозках. Это объясняется как разнообразием самих отношений в данной области (предметом регулирования), так и различным характером источников правового регулирования (наряду с нормами конвенций и внутреннего законодательства широко используются морские обычаи, как национальные, так и международные (см. гл. 2 учебника)).

В законодательстве многих государств обычно не содержатся коллизионные нормы, предусматривающие, право какой страны подлежит применению к отношениям по морской перевозке грузов. Эти вопросы решаются судебной практикой. В судах Великобритании и Франции (в соответствии с французским законодательством) применяется закон флага судна, а в судах ФРГ предпочтение отдается закону места назначения груза. Согласно закону Польши, применяется закон, избранный сторонами. При отсутствии выбора к договору перевозки применяется закон места нахождения перевозчика.

Морские перевозки грузов могут осуществляться на различных условиях. Если такая перевозка осуществляется без предоставления морским перевозчиком всего судна или его части, то отношения между участниками перевозки оформляются коносаментом. 25 августа 1924 г. в Брюсселе была заключена Международная конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте. Эта Конвенция была изменена сначала Протоколом 1968 г., а затем Протоколом 1979 г. В 1999 г. Россия присоединилась к Протоколу 1979 г. Из ст. VII Протокола 1979 г. следует, что присоединение к нему равносильно присоединению к Конвенции. Тем самым, как отмечал В. П. Звеков, это присоединение было подготовлено предшествующим развитием отечественного законодательства. Ее главные положения еще до присоединения России к Конвенции были повторены в Кодексе торгового мореплавания СССР 1968 г.

Практически условия морских перевозок внешнеторговых грузов определяются в договорах фрахтования (чартере), заключаемых с морским перевозчиком при предоставлении для перевозки всего судна, или же коносаментом на перевозки отдельных партий груза, где содержатся сведения об условиях перевозки (на обороте коносамента). Основные условия морских перевозок, интересующие российских предпринимателей (ответственность перевозчика, порядок предъявления к нему требований), соответствуют положениям Конвенции.

Морской перевозчик при несохранности груза отвечает за вину, а для предъявления к нему требований действует годичный срок давности. При перевозке грузов по коносаменту необходимо объявление его стоимости. Перевозчик не несет ответственности за так называемую навигационную ошибку (ошибка капитана, матроса, лоцмана в судовождении или управлении судном).

31 марта 1978 г. на конференции в Гамбурге была принята Конвенция ООН о морской перевозке грузов, призванная заменить Конвенцию 1924 г. (Россия не участвует). Новая конвенция имеет более широкую сферу действия (распространяется на перевозки животных и палубных грузов) и предусматривает ряд важных нововведений. В частности, ею отменено правило, освобождающее морского перевозчика от ответственности при навигационной ошибке, несколько повышен предел его ответственности за сохранность груза, более подробно определен порядок заявления требований к перевозчику (срок исковой давности по сравнению с Конвенцией 1924 г. увеличен с одного года до двух лет).

Наиболее прогрессивной формой доставки грузов морем являются регулярные, или линейные, перевозки, которые обычно осуществляются на основании соглашений об организации постоянных морских линий. Такие соглашения могут быть межгосударственными, однако чаще они заключаются заинтересованными судовладельческими компаниями. В них фиксируются основные условия эксплуатации соответствующих линий, а условия морских линейных перевозок определяются в линейных коносаментах, правилах и тарифах соответствующих судовладельческих компаний. Условия линейных перевозок имеют некоторые

транспортно-правовые особенности, однако специфические коллизионные вопросы в этой области, как правило, не возникают.

Большая часть морских линий эксплуатируется в настоящее время в рамках соглашений между крупными судовладельческими компаниями, образующими группы перевозчиков, получившие название линейных конференций. Решающее влияние имеют в них компании ведущих государств, которые стремятся обеспечить себе максимальные экономические выгоды путем установления высоких фрахтовых ставок и других льготных условий.

В целях устранения дискриминационных элементов в деятельности линейных конференций 6 апреля 1974 г. в рамках ООН по инициативе развивающихся стран было заключено важное международное соглашение — Конвенция о Кодексе поведения линейных конференций. Конвенция содержит ряд положений, направленных на введение работы линейных конференций в определенные рамки, исключающие дискриминацию и создающие баланс интересов перевозчика и грузовладельцев. Конвенция вступила в силу для СССР в октябре 1983 г.

Пассажирские перевозки морем стали предметом ряда международных соглашений, одно из которых — Афинская конвенция о перевозке морем пассажиров и их багажа от 13 декабря 1974 г. СССР присоединился к ней в 1983 г. Конвенция восприняла большинство ранее выработанных международно-правовых норм о морских пассажирских перевозках: принцип ответственности за вину, ограничение предела ответственности перевозчика (при причинении вреда здоровью пассажиров — 700 тыс. франков), срок исковой давности — два года.

Морские перевозки могут также осуществляться по чартеру. В этом случае для перевозки груза предоставляются все судно, его часть или определенные помещения. Обычно на практике применяются проформы чартеров, разработанные международными морскими организациями, а также национальными объединениями судовладельцев. Чартеры разрабатываются по видам грузов (угольные, нефтяные, лесные и т.д.), благодаря чему учитывается специфика перевозки отдельных грузов. По своему содержанию морской чартер представляет собой сложный договор, в

который включается до 60 различных условий (предоставление груза, порядок его подачи, расчеты по фрахту и т.д.). В отношении ответственности обычно делается ссылка на условия Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте. Условия проформ чартера могут изменяться и дополняться сторонами, в частности посредством включения оговорок.

Наряду с конвенциями, регулирующими международные порядки перевозки, Россия участвует в ряде важных многосторонних международных соглашений, в той или иной степени связанных с перевозчиками. К их числу прежде всего относится Конвенция ООН по морскому праву от 10 декабря 1982 г. Конвенция содержит ряд положений, затрагивающих проблемы международного частного права (гражданская юрисдикция в отношении иностранных судов, иммунитет государственных судов, эксплуатируемых в некоммерческих целях, национальность судов, применение клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации). Из других многосторонних соглашений укажем на следующие: Международная конвенция об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов, от 10 мая 1952 г.; Протокол 1992 г. об изменении Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 г.; Протокол 1992 г. об изменении Международной конвенции о создании Международного фонда для компенсации ущерба от загрязнения нефтью 1971 г.; Международная конвенция об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ от 3 мая 1996 г.; Международная конвенция о морских залогах и ипотеках от 6 мая 1993 г. (эта Конвенция вступила в силу 5 сентября 2004 г.).

2. КТМ РФ содержит ряд правил, исходящих из международных конвенций и протоколов к ним, в том числе и тех, в которых Россия не участвует (например, Протокола 1990 г. к Афинской конвенции).

Установленные гл. IX «Договор морской перевозки пассажира» КТМ РФ правила об ответственности перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, и об ограничении такой ответственности применяются при перевозке пассажира в заграничном сообщении, если только перевозчик и пассажир не являются

организациями или гражданами РФ. Если же перевозчик и пассажир являются организациями или гражданами РФ, ответственность перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, определяется по правилам гражданского законодательства России. Правила гл. IX КТМ РФ об ответственности перевозчика за утрату или повреждение багажа и об ограничении такой ответственности не применяются при его перевозке в каботажном плавании. При перевозке багажа в каботаже ответственность перевозчика за утрату или повреждение багажа либо за просрочку его выдачи определяется в соответствии с гражданским законодательством РФ.

В отличие от Кодекса торгового мореплавания СССР 1968 г. КТМ РФ содержит развернутые правила по вопросам права, применимого к соответствующим отношениям. Эти правила помещены в гл. XXVI «Применимое право» (ст. 414—426). Согласно ст. 414 КТМ РФ право, подлежащее применению к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иностранным элементом, в том числе если объект гражданских прав находится за пределами Российской Федерации, определяется в соответствии с международными договорами РФ, КТМ РФ, другими законами и признаваемыми в Российской Федерации обычаями торгового мореплавания.

Стороны договора, предусмотренного КТМ РФ, могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой право, подлежащее применению к их правам и обязанностям по данному договору. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяются правила КТМ РФ; наличие такого соглашения не может повлечь за собой устранение или уменьшение ответственности, которую в соответствии с КТМ РФ перевозчик должен нести за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа либо просрочку их доставки.

Отношения, возникающие из договора морской перевозки груза, договора буксировки, договора морского агентирования, договора морского посредничества,

договора морского страхования, тайм-чартера (фрахтования судна на время) и бербоут-чартера (фрахтования судна без экипажа), регулируются законом государства, предусмотренным соглашением сторон, из договора морской перевозки пассажира — законом государства, указанным в билете пассажира.

При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве отношения сторон, возникающие из договоров, регулируются законом государства, в котором учреждена, имеет основное место деятельности или место жительства сторона, являющаяся:

- перевозчиком — в договоре морской перевозки;
- судовладельцем — в договоре морского агентирования, тайм- чартере и бербоут-чартере;
- владельцем буксирующего судна — в договоре буксировки;
- доверителем — в договоре морского посредничества;
- страховщиком — в договоре морского страхования (ст. 418 КТМ РФ).

Пределы ответственности судовладельца, как уже отмечалось в гл. 3, определяются законом государства, в суде которого рассматривается морское требование, подпадающее под ограничение ответственности (ст. 426 КТМ РФ).

Напомним также, что к любому виду договора перевозки при отсутствии соглашения сторон подлежит в соответствии со ст. 1211 ГК РФ применению право страны перевозчика.

### **Международные смешанные перевозки**

Под международными смешанными перевозками обычно понимается перевозка грузов с использованием различных видов транспорта. Перевозки могут осуществляться как по единому транспортному документу, так и на основании различных документов. При смешанной перевозке одно и то же лицо (оператор смешанной перевозки) выполняет функции экспедитора и перевозчика. Правоотношения между грузовладельцем и перевозчиком при смешанной перевозке



не возникает. Как отмечалось в учебной литературе, в этом состоит отличие смешанной перевозки от прямой перевозки грузов (К. А. Бекашев).

Оператор выбирает маршрут следования груза и заключает соответствующие договоры с различными перевозчиками.

Положения о смешанных перевозках содержатся в ряде транспортных конвенций. 24 мая 1980 г. была принята Конвенция ООН о международных смешанных перевозках грузов (она еще не вступила в силу). Конвенция устанавливает предел ответственности оператора за утрату или повреждение груза. В 1975 г. МТП приняла Унифицированные правила о документе смешанной перевозки. Они могут применяться только при наличии ссылки на них в договоре международной смешанной перевозки. В 1992 г. ЮНКТАД и МТП разработали Правила о договоре смешанной перевозки.

В отличие от других видов международных перевозок в отношении смешанных перевозок подлежат до настоящего времени применению прежде всего нормы национального законодательства. Следует обратить внимание на то, что в гл. 40 «Перевозка» ГК РФ имеется ст. 788 «Прямое смешанное сообщение». В этой статье предусмотрено следующее: «Взаимоотношения транспортных организаций при перевозке грузов, пассажиров и багажа разными видами транспорта по единому транспортному документу (прямое смешанное сообщение), а также порядок организации этих перевозок определяются соглашениями между организациями соответствующих видов транспорта, заключаемыми в соответствии с законом о прямых смешанных (комбинированных) перевозках».

В некоторых законодательных актах, в частности в Федеральном законе от 30 июня 2003 г. «О транспортно-экспедиционной деятельности», имеются отдельные положения, регулирующие отношения по смешанным перевозкам.

### **Международный трубопроводный транспорт**

Во второй половине XX — начале XXI в. особую актуальность приобрела проблема транспортировки нефти и газа по трубопроводам. «Особенно масштабными и острыми, — как отмечал Г. М. Вельяминов, — являются проблемы транспортировки энергоносителей из России и через Россию». Правовое регулирование в этой области может осуществляться как путем заключения межправительственных многосторонних или двусторонних соглашений и переговоров (т.е., иными словами, путем применения норм международного публичного права), так и путем использования понятий и норм, относящихся к области международного частного права. В рамках СНГ был заключен ряд межправительственных соглашений, в частности о транзите казахстанской нефти. Однако практика показала, что субъектами соответствующих отношений должны быть не только государства как таковые, но и консорциумы, транснациональные корпорации, компании и иные юридические лица различных государств. Приведем пример.

17 июня 1992 г. Казахстан и Оман подписали Договор о создании Каспийского трубопроводного консорциума; в соответствии с Протоколом о трубопроводном консорциуме от 23 июля 1992 г. Россия стала стороной этого Договора. Протокол был представлен Президентом РФ на ратификацию и постановлением Верховного Совета РФ от 30 июня 1993 г. был ратифицирован. 27 апреля 1996 г. был заключен новый Протокол о реорганизации консорциума. В отличие от Протокола от 23 июля 1992 г., представляющего собой международное соглашение между правительствами государств (межправительственный договор), Протокол от 27 апреля 1996 г. был заключен не только между правительствами государств, но и с иными субъектами (добывающими компаниями и компаниями по транспортировке нефти, созданными, как правило, в форме акционерных и иных обществ), т.е. с юридическими лицами.

В дальнейшем в сфере регулирования трубопроводного транспорта стали широко применяться переговоры не только между государствами, но и с иными субъектами, в том числе с юридическими лицами.

Вопросы международного частного права приобретают в сфере трубопроводного транспорта все большее значение. Особенную актуальность они приобрели в связи со строительством газопровода «Северный поток» (Nord Stream), в котором приняли участие пять государств: Дания, Германия, Россия, Финляндия и Швеция. Важность строительства данного газопровода очевидна в свете повторяющихся конфликтов по передаче российского газа западно-европейским странам через территорию Украины. Газопровод «Северный поток» имеет то преимущество, что российский газ поставляется непосредственно западно-европейским получателям, минуя транзитные территории. Прокладка трубопровода была начата в 2010 г. В 2011 г. начались поставки газа. В 2012 г. поставка газа пошла в коммерческом режиме по двум ниткам. Газопровод проложен по дну Балтийского моря от Выборга (Россия) до Грайфсвальда (Германия).

В этом крупном международном проекте необходимо различать два основных аспекта его регулирования: международно-правовой и национально-правовой. Очевидно, что максимальное урегулирование различных аспектов строительства и функционирования газопровода международно-правовыми документами существенно упрощает решение возможных спорных ситуаций. Однако и при наличии самых подробных международно-правовых актов остаются вопросы, ими не урегулированные.

Эти вопросы решаются на национальном уровне. В рамках взаимодействия разнообразных участников данного проекта на его различных этапах возникает большое число частноправовых ситуаций, как договорных, так и недоговорных, требующих правового урегулирования. Подготовка к строительству, само строительство и эксплуатация газопровода приводят и будут приводить к необходимости заключения большого числа разнообразных договоров с фирмами из различных стран, причем не только из стран — участниц проекта.

Взаимоотношения сторон по вопросам эксплуатации трубопроводов регламентируются договорами. Право, применимое к таким договорам, может определяться самими сторонами, а при отсутствии такого выбора — судом. При этом в рамках ЕС право, применимое к договорам, будет определяться на основе Регламента ЕС «Рим I».

Помимо национального права, стороны договора вправе выбрать нормы права, что в современных доктрине и практике преимущественно толкуется как набор норм, выработанных в процессе международной коммерческой практики. В первую очередь речь идет о *lex mercatoria*, в состав которого включаются Принципы международных коммерческих договоров, разработанные УНИДРУА, Принципы европейского договорного права (Принципы Ландо) и др.

В качестве примера применения современных методов определения применимого права можно привести контракт, заключенный в рамках еще одного крупного международного строительного проекта — строительство Евротоннеля под проливом Ла-Манш, соединившего Великобританию и Францию (был открыт для эксплуатации в 1994 г.). В договоре строительного подряда между компанией «Евротоннель» и группой английских и французских компаний в оговорке о применимом праве предусматривалось, что договор будет регулироваться принципами, общими для английского и французского права, а при отсутствии таких общих принципов — общими принципами международного торгового права, которые применяются международными и национальными судами. В этом проявляется современное стремление избежать в крупных международных проектах применения национального права. Это относится как к договорам с участием государств, так и к договорам между частными компаниями.

Возможные в рамках проекта «Северный поток» внедоговорные отношения, в первую очередь деликтные, будут регулироваться исходя из международно-правовых или национальных норм права, которые должны учитываться при определении применимого права. Следует обратить внимание на то, что с января 2008 г. действует

Регламент ЕС «Рим II», в соответствии с которым по общему правилу применимое право определяется как право страны, где возник ущерб.

Статья 7 Регламента устанавливает правило определения применимого права в отношении экологического ущерба. В этой статье предусматривается, что помимо общего указанного правила сторона, требующая возмещения, может заявить о применении права страны, где имело место действие, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. В Регламенте также предусматривается автономия воли сторон: стороны деликта вправе после его возникновения выбрать применимое право, а если стороны занимаются коммерческой деятельностью, то и до возникновения деликта.

В рамках проекта «Северный поток» могут возникать и вопросы, связанные с собственностью. Одной из проблем является определение собственника газопровода: будет ли это единый собственник или будут различные собственники на различных участках газопровода. Выше уже неоднократно отмечалось, что основной коллизионной привязкой для определения права собственности является *lex rei sitae*. В случае невозможности определить конкретное место нахождения имущества используются иные привязки: место регистрации, место отправления, место получения и др. (об общих вопросах применения права к транспортным средствам см. в § 2 гл. 7 учебника). Какие из этих привязок окажутся наиболее адекватными и разумными в отношении газопровода, пролагаемого по территориям, не подпадающим под юрисдикцию конкретной страны (имеется в виду дно Балтийского моря за пределами территориальных вод конкретных государств), еще предстоит определить.

## **Глава 12. Международные расчётные и кредитные отношения**

### **Общие положения**

1. Расчеты и кредитные отношения представляют собой денежные обязательства. В международном обороте под расчетными отношениями понимаются прежде всего платежи по внешнеторговым и иным внешнеэкономическим операциям. Под кредитными отношениями понимаются отношения сторон, при которых кредитор обязуется передать в пользование заемщику (должнику) валютные ценности, а заемщик (должник) обязуется возратить их или предоставить кредитору соответствующую компенсацию, как правило, с уплатой процентов в сроки и на условиях, предусмотренных соглашением сторон.

Условия платежа относят обычно к одним из наиболее важных условий внешнеторгового контракта. Эти условия определяют правила уплаты цены сделки: основания, место, вид, сроки, гарантии платежа, права зачета и т.п.

Согласно Венской конвенции 1980 г., если покупатель не обязан уплатить цену в каком-либо ином определенном месте, он должен уплатить ее продавцу: в месте нахождения коммерческого предприятия продавца или, если платеж должен быть произведен против передачи товара или документов, в месте их передачи. Дополнительные расходы в связи с тем, что после заключения договора изменилось местонахождение коммерческого предприятия продавца, относятся на его счет. По Принципам международных коммерческих договоров, разработанным УНИДРУЛ: если место исполнения не установлено в договоре или не может быть определено исходя из договора, сторона должна исполнить денежное обязательство там, где находится коммерческое предприятие кредитора. Однако платеж путем денежного перевода, если кредитор не указал конкретный счет, может быть осуществлен в любое финансовое учреждение, относительно которого кредитор дал знать, что там имеется счет.

Расчеты осуществляются посредством аккредитива, в порядке инкассо, акцепта векселя или чека, а также иным образом. Аккредитив — это поручение банку произвести платежи за счет специально выделенных для этого сумм против представления соответствующих документов. Широкое применение на практике получили разработанные МТП Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (UCP). С 1 июля 2007 г. вступила в силу редакция Унифицированных правил UCP 600, принятая МТП в декабре 2006 г. В их развитие были приняты дополнения МТП для электронного представления документов. Этот документ, как и другие подобные ему, представляет собой результат кодификации международных банковских правил и обычаев.

В Унифицированных правилах дается понятие аккредитива, определено его содержание, установлены принципы исполнения аккредитива, круг участников, их права и обязанности и т.д.

При использовании инкассовой формы расчетов в международной банковской практике применяются вступившие в силу с 1 января 1996 г. Унифицированные правила по инкассо (они действуют в редакции 1995 г.); брошюра МТП № 522 (так называется документ МТП). По своей правовой природе они аналогичны Унифицированным правилам и обычаям для документарных аккредитивов. В настоящей главе приводятся основные положения этих документов.

2. Применение новых технологий оказало существенное влияние на совершенствование системы международных платежных отношений. Ярким примером может служить передача платежных поручений не только телексом, но и путем применения электронных средств. Это стало возможно не только через внутренние системы связи банков, но и через Сообщество всемирных межбанковских финансовых телекоммуникаций (СВИФТ). В 1987 г. Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) приняла сначала Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу, а затем в 1998 г. — Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитных переводах 1992 г. в качестве модели для принятия государствами соответствующего национального законодательства. На

основе указанного Типового закона 27 января 1997 г. была принята Директива Европейского парламента и Совета ЕС.

Типовой закон регулирует международные переводы, осуществляемые посредством платежных поручений, в тех случаях, когда банк-отправитель и банк-получатель находятся в разных государствах. Участниками перевода являются: перевододатель, бенефициар (получатель денежных средств), отправитель (перевододатель и банк-отправитель, выдающие платежное поручение), банк-получатель, банк-посредник.

Согласно Типовому закону, банк-получатель осуществляет платеж указанному в поручении бенефициару за свой счет. При этом он вправе получить возмещение суммы платежа с использованием различных способов их истребования, в частности путем: а) списания средств со счета банка-отправителя в банке-получателе (корреспонденте); б) зачисления средств на счет банка-получателя в банке-отправителе (корреспонденте); в) зачисления средств на счет банка-получателя в третьем банке.

3. Включая во внешнеэкономический контракт условия, предусматривающие форму расчетов, валюту платежа, порядок оплаты товаров, работ, услуг, а также осуществляя банковские операции в соответствии с гражданско-правовыми нормами, участники этих отношений должны учитывать установленные валютные ограничения, а также положения межправительственных соглашений, определяющие особый порядок расчетов по внешнеэкономическим операциям между предприятиями отдельных стран.

В обслуживании внешнеэкономической деятельности принимают участие коммерческие банки. В их задачу входят кредитование и финансирование затрат, связанных с внешнеэкономической деятельностью их клиентов, осуществление расчетов по прямым связям с иностранными партнерами, а также осуществление неторговых операций по обслуживанию российских и иностранных граждан. Последняя функция во многом относится и к сфере деятельности Сберегательного банка России.



Для создания банков с иностранным участием требуется получение лицензии (разрешения) Центрального банка РФ.

В ходе реформы внешнеэкономических связей перед банками РФ открылось широкое поле деятельности. В сфере внешнеэкономических связей стали проводиться такие финансовые операции, как покупка акций, облигаций и других ценных бумаг, их выпуск и размещение. Клиентам предлагаются новые виды услуг, например таких, как страхование валютных рисков по экспортно-импортным операциям.

Одно лишь перечисление видов деятельности банков показывает все многообразие и сложность расчетных и кредитных отношений, субъектами которых могут быть и непосредственно государства, и государственные банки, и коммерческие банки, и международные банки и предприятия, и отдельные граждане. А. Б. Альтшулер отмечал комплексный характер валютных отношений, неоднородность субъектов этих отношений, своеобразное сочетание в рассматриваемой области организационных и имущественных отношений.

4. В регулировании расчетных и кредитных отношений в России наряду с ГК РФ важную роль играет банковское законодательство (федеральные законы «О банках и банковской деятельности» и от 10 июля 2002 г. «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»), а также нормотворчество Центрального банка РФ.

В Федеральном законе от 10 декабря 2003 г. «О валютном регулировании и валютном контроле» определены принципы осуществления операций с иностранной валютой.

Правила гражданского законодательства РФ о расчетах по аккредитиву и по инкассо отражают международную практику и прежде всего указанные Унифицированные правила, хотя в ряде случаев терминология, использованная в ГК РФ, отличается от терминологии этих правил.

В некоторых странах СНГ пошли по другому пути, предусмотрев в гражданских кодексах лишь определения аккредитива и инкассового поручения, отослав в то же время к международным обычаям.

**Международные расчёты и кредитование  
во взаимоотношениях российских организаций с фирмами и организациями  
иностранных государств**

Расчеты по аккредитиву производятся в соответствии с Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов, о которых говорилось выше. Под документарным аккредитивом понимается соглашение, в силу которого банк-эмитент, действуя по просьбе и на основании инструкции клиента, должен произвести платёж третьему лицу (бенефициару), или должен оплатить или акцептовать переводные векселя, выставленные бенефициаром, или осуществить ряд других специальных действий (ст. 2 Унифицированных правил). В учебной литературе (Т. П. Лазарева) отмечалось, что использование этой формы расчетов в практике международной торговли наиболее благоприятно для продавца товаров (бенефициара), поскольку снятие денег со счета покупателя (плательщика) предшествует отправке товаров в его адрес. Соответственно, несвоевременное открытие аккредитива позволяет продавцу задержать поставку или даже отказаться от исполнения заключенного договора, ссылаясь на неплатежеспособность контрагента.

Аккредитив представляет собой сделку, обособленную от договора купли-продажи или иного договора (договоров), на котором он может быть основан (ст. 3 Правил). Из этого следует, что, если между сторонами договора купли-продажи достигнута договоренность о продлении срока аккредитива (например, в связи с несвоевременной высылкой поставщиком документов об отгрузке товаров) для производства платежа, соответствующие изменения должны быть внесены в аккредитив. Напротив, внесенные плательщиком (покупателем) по просьбе продавца изменения в аккредитив, продлевающие срок его действия, нельзя считать изменением срока поставки по заключенному между ними контракту.

Каждый аккредитив должен ясно указывать, является ли он отзывным или безотзывным. При отсутствии такого указания Унифицированные правила исходят из того, что аккредитив признается безотзывным (ст. 3 Правил). Это означает, что он не может быть изменен или аннулирован без предварительного согласия бенефициара, в пользу которого он открыт, в отличие от отзывного, в который эти изменения вносятся без такого уведомления.

Особенностью аккредитива является его строго формальный характер. В ст. 5 Правил прямо предусмотрено, что все заинтересованные стороны, участвующие в операциях по аккредитиву, имеют дело только с документами (а не с товарами, услугами и (или) другими видами исполнения обязательств, к которым могут относиться эти документы). Отгрузочные документы должны соответствовать требованиям аккредитива. При этом поступившие в банк документы, не предусмотренные в аккредитиве, не подлежат проверке и должны быть возвращены представившему их бенефициару.

Банки принимают документы к платежу при условии, что они представлены бенефициаром в пределах сроков действия аккредитива. Кроме того, в аккредитиве должен предусматриваться период времени после даты отгрузки товаров, в течение которого представляются документы в соответствии с условиями аккредитива. Учитывая, что это условие не всегда включается в аккредитив, Унифицированные правила предусмотрели: если такой период в аккредитиве не указан, банки не будут принимать документы, представленные им более чем через 21 день после даты отгрузки, но не позднее истечения срока аккредитива.

Покупатель не может открыть аккредитив на условиях, отличающихся от условий контракта. Из многочисленных случаев, бывших предметом рассмотрения споров в МКАС, приведенных в соответствующих обзорах практики М. Г. Розенбергом, обратим внимание на следующие примеры.

Контракт был заключен российской организацией (продавец) с корейской фирмой (покупатель); спор возник из-за того, что аккредитив, открытый по поручению

покупателя третьим лицом, не соответствовал условиям контракта, что привело к невозможности его использования (дело № 236/1996, решение от 6 апреля 1998 г.).

В другом деле российская организация (продавец) предъявила иск к фирме с местонахождением на Британских Виргинских островах (покупатель) в связи с тем, что отгруженный товар не был оплачен с открытого покупателем аккредитива из-за расхождения между отгрузочными документами и требованиями аккредитива. Иск был удовлетворен, учитывая, что неоплата товара с аккредитива не освобождает покупателя от обязанности оплатить полученный товар, урегулировав отношения с исполняющим банком. Вместе с тем неиспользование продавцом аккредитива неизбежно привело к задержке получения причитающихся ему денежных средств и удовлетворения его требований (дело № 398/1998, решение от 29 ноября 1999 г.).

Таким образом, обязанность формулировать условия аккредитивного поручения лежит на плательщике (покупателе товара), который должен дать банку, открывшему аккредитив (банку-эмитенту), полные и точные инструкции относительно вида, суммы аккредитива, сроков для представления документов, способа и места исполнения аккредитива и др.

Обязательство банка-эмитента перед бенефициаром по осуществлению платежа обусловлено представлением 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.

В литературе отмечалось, что, даже если по условиям аккредитива представленные продавцом документы к оплате не приняты, это не исключает возможность на основании условий контракта требовать, чтобы покупатель уплатил стоимость полученного им товара. Если покупатель не открыл аккредитив, это не освобождает его от обязанности принять и оплатить товар, поставленный в предусмотренный контрактом срок, хотя и ведет к задержке в расчетах.

2. При использовании в международной торговле расчетов по инкассо уполномоченная на получение платежа сторона (продавец), выполнив обязательства

по контракту, дает обслуживающему ее банку инкассовое поручение, с тем чтобы банк через своего иностранного корреспондента получил причитающийся платеж или акцепт векселя или иного платежного документа, представив в подтверждение выполненных обязательств соответствующие документы. При такой форме расчетов применяются указанные выше Унифицированные правила по инкассо, разработанные МТП.

Преимущества для плательщика (покупателя) состоят в том, что он осуществляет оплату товаров против документов, убедившись, что товары отгружены в его адрес поставщиком. В свою очередь, для получателя платежа (продавца) 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 (Т. П. Лазарева).

Унифицированные правила по инкассо МТП определяют виды инкассо, круг участников, способ и порядок осуществления инкассовых операций, ответственность сторон.

Участниками расчетов по инкассо являются доверитель (сторона, которая поручает банку операцию по инкассированию), банк-ремитент (банк, которому доверитель поручает операцию по инкассированию), инкассирующий банк (любой банк, не являющийся банком-ремитентом, участвующий в операции по инкассированию), представляющий банк (инкассирующий банк, осуществляющий представление плательщику), плательщик (лицо, которому должно быть сделано представление в соответствии с инкассовым поручением).

В инкассовом поручении доверитель должен дать точные указания об условиях, при которых переданные банку документы могут быть выданы плательщику. Обычно в нем содержатся реквизиты (сведения) о сторонах в инкассо (банке-ремитенте, доверителе, плательщике, представляющем банке), о сумме и валюте платежа, подлежащих инкассации, о прилагаемых документах и условиях их передачи, сроках и условиях получения платежа и (или) акцепта платежа 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 или другие подобные документы, используемые для получения денежного платежа («финансовые документы»), а также счета-фактуры, отгрузочные документы, «документы о праве собственности или подобные документы, не являющиеся финансовыми» («коммерческие документы»).

Унифицированные правила по инкассо различают два типа инкассо — чистое и документарное. Чистое — это инкассо только финансовых документов, а документарное — инкассо финансовых документов, сопровождаемых коммерческими документами, а также инкассо только коммерческих документов (ст. 2 Правил).

Выполняя поручение клиента, банк руководствуется только содержащимися в нем инструкциями. В случае отказа плательщика от платежа (или акцепта платежа) на исполняющем банке лежит обязанность незамедлительно известить об этом банк-ремитент, который доводит эту информацию до сведения доверителя. Он, в свою очередь, может отозвать документы и предъявить плательщику требования о взыскании задолженности по оплате в исковом порядке. При этом требования принципала (продавца) будут вытекать не из инкассового поручения, а из контракта, на основании которого должны были производиться расчеты по инкассо.

При использовании сторонами инкассовой формы расчетов споры между сторонами в значительной части случаев, как отмечалось в литературе, являлись следствием того, что покупатели не оплачивали инкассо по мотивам, не могущим служить основанием для отказа в оплате.

В качестве примеров М. Г. Розенберг приводит ряд дел, рассмотренных МКАС. Так, был удовлетворен иск югославской организации (продавец) к российской (покупатель) об оплате поставленного товара по контракту, заключенному сторонами (дело № 228/1995, решение от 31 января 1996 г.). Контракт предусматривал альтернативную возможность производства расчетов с аккредитива, открываемого покупателем, и с использованием формы инкассо. Отказ в оплате инкассо был

мотивирован отгрузкой товара при отсутствии открытого покупателем аккредитива. В другом деле венгерский покупатель отказался от оплаты счета, предъявленного российским продавцом, по мотиву неприложения к счету документов, подтверждающих отгрузку товара железнодорожным транспортом, хотя контракт предусматривал альтернативную возможность: предоставление или актов сдачи-приемки, которые к инкассо были приложены, или железнодорожных накладных. В одном из споров (дело № 215/1995, решение от 20 сентября 1996 г.) индийская фирма (покупатель) отказалась оплачивать предъявленное российской организацией (продавцом) инкассо, сославшись на то, что платежные документы были оформлены ненадлежащим образом и по формальным признакам не могут быть приняты к оплате. Одновременно покупатель выражал готовность оплатить поставленный товар после того, как продавец устранит формальные недостатки документов и предъявит их в надлежащий банк. МКАС удовлетворил иски продавца. При этом он учел, что продавцом документы были предъявлены в надлежащий банк (это было доказано продавцом) и что покупатель не отрицал своей задолженности и того, что товар был поставлен в соответствии с условиями контракта.

### **Договор банковского вклада**

Согласно ст. 834 ГК РФ самостоятельным видом договора является договор банковского вклада (депозит, депозитный договор). К отношениям банка и вкладчика по счету применяются правила о договоре банковского счета.

Под договором банковского счета в гражданском законодательстве (ст. 845 ГК РФ) понимается договор, по которому банк обязуется принимать и зачислять поступающие на счет, открытый клиенту (владельцу счета), денежные средства, выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету.

Согласно ст. 1211 ГК РФ к договору банковского вклада (депозиту) и договору банковского счета при отсутствии соглашения сторон о выборе права подлежит применению право страны банка.

Законодательство различных государств о взимании процентов годовых в случаях просрочки исполнения по денежным обязательствам часто не совпадает. В ряде стран (ФРГ, Япония) установлен узаконенный процент. В других странах имеются различные варианты определения размера процентов. Согласно Принципам международных коммерческих договоров, разработанным УНИДРУА, размер процентов годовых при просрочке платежа 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, такую же ставку в государстве валюты платежа. При отсутствии такой ставки в любом из этих мест в качестве ставки процентов годовых должны применяться соответствующие ставки, установленные законом государства валюты платежа.

Не только вопрос об определении размера процентов, валюты, в которой проценты должны определяться, но и устанавливающие основания их взимания имеют определенное практическое значение. В большинстве споров, связанных с расчетами, рассматриваемых в МКАС, эти вопросы возникали. Предписания по этим вопросам имеются в Венской конвенции 1980 г. (ст. 78), однако в них не указан размер и порядок начисления таких процентов. Поэтому при решении подобных вопросов прибегают к субсидиарному использованию норм национального права.

В обзорах практики МКАС М. Г. Розенберг обращал внимание на следующее: разрешая спор с использованием норм российского законодательства, МКАС неизменно исходил из того, что, поскольку право на получение процентов возникает по мере наступления просрочки (т.е. за каждый день), при начислении процентов должны использоваться нормы, действовавшие в соответствующий период просрочки. К кругу вопросов, которые возникали при разрешении в МКАС споров по процентам, в основном относились: размер процентов и оценка доказательств их



размера, представленных сторонами; дата, с которой они должны начисляться; по какую дату они могут начисляться; допустимость начисления процентов на проценты; соотношение требований об уплате процентов и об уплате неустойки; исчисление срока исковой давности по требованиям об уплате процентов годовых; возможность снижения размера процентов годовых третейским судом по ходатайству ответчика или по своему усмотрению и др.

Когда применимым признавалось иностранное право, его предписаниями определялся как порядок начисления процентов годовых, так и их размер.

Когда применялось российское право, а местом нахождения кредитора было иностранное государство, МКАС, как отмечает М. Г. Розенберг, в ряде случаев определял размер подлежащих уплате процентов годовых по нормативным предписаниям, действующим в соответствующем государстве. Во многих же случаях кредиторы представляли соответствующие доказательства об учетной ставке банковского процента, применяемой в месте нахождения кредиторов.

Новой для российского законодательства является норма, установленная ст. 1218 ГК РФ, которая гласит: «Основания взимания, порядок исчисления и размер процентов по денежным обязательствам определяются по праву страны, подлежащему применению к соответствующему обязательству».

В комментариях к этой статье М. Г. Розенберг обращал внимание на следующее: применение к соответствующему обязательству российского права не означает, что размер процентов будет всегда определяться по ставкам, действующим в России. ГК РФ (п. 1 ст. 395) исходит из того, что если иной размер процентов не установлен законом или договором, то он определяется существующей в месте жительства кредитора (а если кредитором является юридическое лицо, в месте его нахождения) учетной ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день исполнения денежного обязательства или его соответствующей части. При этом суду предоставлено право принять во внимание такую ставку на иную дату (день предъявления иска или день вынесения решения). Таким образом, и при применении российского права, если кредитором будет являться иностранец (юридическое или

физическое лицо), ставка процентов подлежит определению на основании доказательств ее размера в месте нахождения иностранного юридического лица или месте жительства иностранного физического лица.

### **Вексель и чек**

1. Широкое распространение в области кредитно-расчетных отношений получили такие ценные бумаги, как вексель и чек. Векселями оформляются задолженность импортера при коммерческом кредите и отношения между банками при предоставлении банковских кредитов. Различают два вида векселей: простые и переводные. Простой вексель удостоверяет ничем не обусловленное обязательство векселедателя выплатить в установленный срок векселедержателю сумму платежа, а переводной вексель обязывает к выплате иного указанного в нем плательщика. Наиболее распространенными являются переводные векселя, выставляемые импортером товара на банк и индоссированные последним. Совершением на векселе такой передаточной надписи (индоссамент — от итал. *indossamento*) удостоверяется переход требования к другому лицу. Банк принимает на себя безусловное обязательство платежа. Такие векселя выполняют роль международного платежного средства. Форма векселя определяется законом страны, где он выставлен (выписан). 7 июня 1930 г. на Женевской конференции были приняты конвенции об унификации вексельного права, согласно которым государства, присоединившиеся к ним, обязались на своей национальной территории в качестве национального ввести Единообразный вексельный закон (ЕВЗ). Тогда же была заключена Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях. СССР присоединился к этим конвенциям в 1936 г., в связи с чем 7 августа 1937 г. было утверждено Положение о переводном и простом векселях, которое текстуально воспроизводит ЕВЗ. Это Положение 1937 г. действует в настоящее время в России на основании Федерального закона от 11 марта 1997 г. «О переводном и простом векселе».

В женевских вексельных конвенциях участвуют страны континентальной Европы, а также Япония и Бразилия. Из стран СНГ участвуют Россия, Белоруссия, Казахстан и Украина. В этих конвенциях не участвуют страны англо-американской системы «общего права» (Австралия, Великобритания, Индия, США и др.).

В ЕВЗ решены все основные вопросы обращения простого и переводного векселей. В нем содержатся положения, касающиеся их обязательных реквизитов, порядка акцепта векселя плательщиком, передачи переводного векселя по передаточной надписи — индоссаменту, сроков платежа по векселю, протестов и исков в случае неакцепта и неплатежей и т.д.

Коллизионные вопросы решаются в соответствующей женевской Конвенции следующим образом: способность лица обязываться по переводному или простому векселю определяется его национальным законом. Если национальный закон отсылает к закону другой страны, то применяется этот последний закон. Форма, в которой приняты обязательства по переводному или простому векселю, определяется законом той страны, на территории которой эти обязательства были подписаны. Действие обязательств акцептанта переводного векселя или лица, подписавшего вексель, определяется по закону места платежа по этим документам.

ЮНСИТРАЛ была предпринята попытка устранить различия вексельного регулирования европейской континентальной системы и англо-американской системы в Конвенции ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях 1988 г. Однако данная Конвенция до сих пор не вступила в силу (подписали Конвенцию три государства: Канада, США и СССР (правопреемником является Российская Федерация), присоединились или ратифицировали ее Габон, Гвинея, Гондурас, Либерия и Мексика).

2. 19 марта 1931 г. была принята Конвенция, устанавливающая Единообразный закон о чеках.

Тогда же была принята также Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках. В этой Конвенции содержатся основные правила об урегулировании коллизий законов в области чекового права. По своему содержанию

нормы этой Конвенции совпадают с коллизионными нормами, установленными Конвенцией, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях. Способность лица обязываться чеками определяется национальным законом чекодателя. Если национальный закон отсылает к закону другой страны, то применяется этот последний закон. Закон страны, где чек подлежит оплате, определяет круг лиц, на которых чек может быть выдан. Форма чековых обязательств регулируется законом страны, на территории которой эти обязательства были подписаны. Закон страны, на территории которой были подписаны обязательства, вытекающие из чека, определяет содержание этих обязательств. Россия участником Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках, 1931 г. не является, однако в практике МКАС она применялась в тех случаях, когда одна из сторон (чекодатель) была из государства — участника Конвенции. В разд. VI части третьей ГК РФ имеются отдельные правила о применении права. Так, в ст. 1211 (подп. 10 п. 2) предусмотрено применение права страны банка к договору банковского счета. На основании этого договора ведомством заключаются соответствующие банковские сделки в области расчетов. Выбор права, подлежащего применению к отношениям, связанным с расчетами чеками, осуществляется в соответствии со ст. 1217 ГК РФ, отсылающей к праву страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке: «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».

Коллизионные нормы в данной области имеются в Банковском кодексе Белоруссии 2002 г., в Законе Киргизии об аккредитивах 2002 г. В ряде стран СНГ (Украина, Киргизия) к числу правовых актов, регулирующих платежи, отнесены

Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов в ред. 1993 г.  
(Правила МТП).

## **Глава 13. Обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения**

### **Общие положения**

1. К обязательствам, возникающим из внедоговорных отношений, относят обязательства, возникающие из причинения вреда. Эти обязательства обычно называют деликтными обязательствами, поскольку они возникают не из договора, а из неправомерных действий (деликтов).

Нарушение правил безопасности при применении современных транспортных средств, при массовом перемещении людей из одной страны в другую приводит к значительному увеличению числа аварий и катастроф различного рода и масштаба, что, в свою очередь, влечет за собой возникновение деликтных отношений с так называемым иностранным элементом. К сожалению, примеров такого рода более чем достаточно.

Сошлемся на два из них, относящихся к катастрофам в воздухе. Над Боденским озером (в воздушном пространстве ФРГ) по вине швейцарских авиадиспетчеров произошло столкновение двух самолетов, на одном из которых возвращались из Испании российские туристы.

Летевший из Израиля в Новосибирск самолет, принадлежавший российской авиакомпании, на борту которого находились российские граждане, был случайно сбит над Черным морем ракетой, выпущенной с территории Украины. В обоих этих случаях, имевших место в начале ЮН в., погибли люди, затем были предъявлены иски о возмещении вреда.

Вред может быть причинен иностранному гражданину на территории России, например, в результате дорожно-транспортного происшествия по вине российского или иностранного водителя, в результате столкновения в открытом море морских судов, зарегистрированных в различных государствах. Невосполнимый вред был причинен окружающей среде, побережью Испании, Франции и Португалии в результате гибели в 2002 г. танкера «Престиж», перевозившего нефть в Средиземном

море. Судно в последнем случае было зарегистрировано в одной стране (на Багамских островах), плавало под флагом другого государства (Либерии), отправилось в Сингапур из Греции.

После аварии на Чернобыльской АЭС радиационное облако было принесено ветром на территорию ряда европейских государств, что причинило вред в этих государствах. Как следствие этого было предъявление исков о возмещении вреда.

2. В отечественной литературе (В. П. Звеков) отмечалось, что во многих странах коллизии законов в области обязательств вследствие причинения вреда решаются исходя из закона места совершения правонарушения (*lex loci delicti commissi*). Выбор права места деликта в качестве ведущей коллизионной нормы закреплен в законодательстве Австрии, Венгрии, Германии, Греции, Италии, Польши, Скандинавских стран, а также в международных договорах, например в Кодексе Бустаманте.

Проявлением современных подходов стало комбинированное применение закона места совершения правонарушения и иных коллизионных правил, отсылающих к законам гражданства, места жительства сторон, места регистрации транспортного средства. Эти тенденции прослеживаются в развитии зарубежного законодательства, в международной договорной практике.

По германскому праву к искам в этой области подлежит применению право страны, в которой было совершено противоправное действие лицом, обязанным возместить вред. Потерпевший, однако, может потребовать, чтобы вместо этого права было применено право той страны, в которой наступил вред (ст. 40 Вводного закона к ГГУ в ред. от 20 мая 1999 г.). Установлена также возможность применения права, имеющего «существенно более тесную связь с правоотношением», а также применения права, определенного последующим соглашением сторон о выборе права (ст. 41, 42 Вводного закона). В Италии по Закону о реформе итальянской системы международного частного права 1995 г. ответственность по этим обязательствам регулируется правом страны, на территории которой наступил вред. Однако

потерпевший может потребовать применения права страны, на территории которой имело место действие, повлекшее причинение вреда.

Закон Швейцарии о международном частном праве 1987 г. в случаях, когда причинитель вреда и потерпевший имеют место обычного пребывания в одном и том же государстве, подчиняет требования из причинения вреда праву этого государства. В отсутствие общего места пребывания 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 их наступление в этом государстве, применяется право государства, где наступили вредные последствия. Стороны могут в любое время после наступления события, повлекшего причинение вреда, договориться о применении права суда.

В Законе Эстонии о международном частном праве 2002 г. предусмотрены следующие положения: к требованию, вытекающему из противоправного причинения вреда, применяется право того государства, где было совершено действие или произошло событие, являвшееся причиной возникновения вреда. Если последствия наступили не в том государстве, где было совершено действие, или произошло событие, явившееся причиной возникновения вреда, то по требованию потерпевшего применяется право того государства, где наступили последствия этого действия или события (ст. 50). Потерпевший может предъявить свое требование непосредственно к страховщику лица, обязанного возместить вред, если это предусматривает право, применимое к возмещению вреда или договору страхования (ст. 51).

Кроме того, эстонский Закон исходит из применения закона страны при наличии более тесной связи обязательства с правом этой страны, в частности если обе стороны имели место жительства в одном государстве.

Практическое значение имеет введение следующего ограничения при применении права иностранного государства: если к требованию, вытекающему из противоправного причинения вреда, применяется право иностранного государства,



то не допускается взыскание в Эстонии существенно более крупных компенсаций, чем это предусматривается эстонским правом в случае причинения такого вреда.

С 11 января 2009 г. применяется Регламент ЕС «Рим II».

В КНР в отношении деликтных обязательств действует закон места совершения противоправного действия. Если гражданство причинителя вреда и потерпевшего совпадает или место их жительства находится в одной и той же стране, то может применяться право страны, гражданами которой они являются, или право места их жительства. Если действие, совершенное вне пределов территории КНР, не рассматривается правом КНР как противоправное, это действие не считается противоправным (ст. 146 Общих положений гражданского права 1986 г.).

Таким образом, при решении коллизионного вопроса применительно к деликтным обязательствам осуществляется выбор между двумя основными вариантами: применением права страны совершения вредоносного действия либо страны потерпевшего, т.е. лица, которому был причинен вред. Традиционно применяется закон места причинения вреда, однако применение этого принципа по законодательству ряда стран корректируется возможностью применения права страны потерпевшего, если оно предоставляет лучшие возможности возмещения вреда.

Более сложная ситуация возникает в случаях, когда вредоносное действие совершается в одном государстве, а результат наступает в другом государстве (загрязнение окружающей среды, авария на атомной электростанции). При отсутствии международного соглашения между странами, к которым относятся потерпевшие, у них остается лишь возможность обращаться с исками о возмещении вреда в свои отечественные суды, что по ряду причин не может быть реализовано (о невозможности исполнения судебного решения см. в гл. 18 учебника).

3. Как определить, что именно должно рассматриваться в качестве места совершения деликта: следует ли понимать под местом деликта место, где было совершено действие, причинившее вред, или место, где наступили вызванные им вредные последствия?

В международной практике этот вопрос возникал неоднократно при рассмотрении споров в судах. Так, в частности, он был поставлен нидерландским судом в связи с иском голландского цветовода перед Европейским Судом в отношении толкования положения Европейского соглашения о подсудности и исполнении решений по гражданским и торговым делам. Суть спора, в отношении которого был сделан запрос, состояла в следующем: голландскому предпринимателю, занимающемуся выращиванием цветов, принадлежали участки, на которых в основном используется вода, поступающая из реки Рейн. В результате загрязнения этой воды калием, добываемым из шахты в Эльзасе, выращиваемым растениям причинялся вред. Шахта находится в районе Мюльхаузена (Франция). Голландский цветовод предъявил иск к администрации шахты в суде г. Роттердама (Нидерланды). Суд признал, что спор ему неподсуден и что иск должен быть предъявлен в соответствующий французский суд. При этом суд сослался на статью Европейского соглашения о подсудности и исполнении решений по гражданским и торговым делам. Суд следующей инстанции обратился с запросом в Европейский Суд в отношении толкования указанной статьи Европейского соглашения, а именно, как следует понимать слова Соглашения «место, в котором наступил вредоносный результат».

Европейский Суд признал, что в тех случаях, когда место совершения действий, повлекших за собой причинение вреда, не совпадает с местом наступления вредоносного результата, по выбору истца к ответчику может быть предъявлен иск как в суде страны, где был причинен вред, так и в суде страны, где были совершены действия, повлекшие за собой причинение вреда.

В ряде государств потерпевшему предоставляется возможность выбора между предъявлением иска на основании деликтного обязательства и иска на основании договора. С развитием систем страхования сфера, в которой допускается предъявление непосредственно исков потерпевших к страховщикам гражданской ответственности, расширяется, если это допускается правом, применяемым к обязательству вследствие причинения вреда, или правом, которому подчинен договор страхования (В. П. Звеков).

4. Отдельно следует остановиться на вопросе о возмещении морального вреда.

За причинение морального вреда (физических или нравственных страданий) суд может возложить на нарушителя обязанность денежной компенсации такого вреда (ст. 151 ГК РФ). Суд принимает во внимание прежде всего степень вины нарушителя. Это правило в полной мере подлежит применению и в случае причинения в России вреда иностранным гражданам.

Более сложным представляется решение в российском законодательстве вопроса о возможности компенсации морального вреда юридическим лицам. Моральный вред может быть причинен только физическому лицу. Однако согласно п. 11 ст. 152 ГК РФ правила о защите деловой репутации гражданина, за исключением положений о компенсации морального вреда, соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица.

В судебной практике США возникал вопрос о применении российского законодательства в отношении возмещения вреда, причиненного юридическим лицам, при отсутствии договорной ответственности. Приведем пример.

В 1996 г. комиссия Государственного комитета по антимонопольной политике квалифицировала действия одной американской компании в Москве как недобросовестную конкуренцию в отношении совместного предприятия — дочернего предприятия другой американской компании.

В дальнейшем эта компания предъявила иск о возмещении ущерба к ответчику как причинителю вреда в суде штата Северная Каролина (США). Поскольку в данном деле подлежало применению право места причинения вреда, в заключениях, представленных экспертами, рассматривались, в частности, такие вопросы, как установление причинной связи между поведением причинителя вреда и реальным нанесением ущерба, определение размера убытков, возможности применения в данном деле самой категории морального вреда.

5. В международной практике последних лет возросло значение проблемы возможности применения принципа иммунитета государства по искам о возмещении вреда. В Закон США об иммунитете иностранных государств 1976 г. было включено

правило о том, что иностранное государство не пользуется судебным иммунитетом в случае, если иск предъявлен в связи с причинением личного вреда или смерти, а также причинением ущерба собственности или ее утратой, которые имели место в Соединенных Штатах и были вызваны деликтным действием или бездействием иностранного государства, или его должностного лица, или служащего при исполнении им своих должностных или служебных обязанностей (§ 1605(a) (5)).

Наиболее известным случаем применения этого правила, как отмечалось в российской литературе (В. А. Жуков), является дело по иску Летельера к Чили. Взрыв в Вашингтоне бомбы, заложенной в машину, оборвал жизни бывшего чилийского посла, министра иностранных дел О. Летельера и жены его американского помощника. Расследование, проведенное ФБР и рядом других американских спецслужб, указывало на то, что приказ о расправе с Летельером был отдан либо главой чилийской секретной полиции, либо непосредственно самим А. Пиночетом.

Родственники погибших предъявили в 1978 г. иск к Чили и чилийской секретной полиции. В дипломатической переписке Чили отрицало наличие юрисдикции суда, заявляя, что, если убийство и было бы совершено по указанию чилийских властей, Чили все равно обладало бы иммунитетом, так как данные действия являются по своему характеру публично-правовыми.

Суд заявил, что нигде не содержится указания на то, что деликтные действия, о которых говорится в Законе США, могут быть только действиями, ранее классифицировавшимися как «частные». Подобное деление усложняло бы Закон. Утверждения Чили, что характер деликта должен быть проанализирован в суде, дабы выяснить, является ли он действием *jure imperii* или *jure gestionis* (см. гл. 6 учебника), не находят поддержки в Законе. В результате Чили как причинителю вреда в судебном иммунитете было отказано, однако это не означало, что чилийскому государству было отказано в иммунитете от принудительного исполнения судебного решения.

Европейская конвенция об иммунитете государств 1972 г. не ставит предоставление или непредоставление иммунитета иностранному государству в зависимость от

характера деликта. Иностранное государство может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда государства — участника Конвенции только потому, что причинение вреда имеет публично-правовую природу. Наряду с отсутствием деления на коммерческий и некоммерческий деликт установлено требование жесткой территориальной связи деликта с государством суда. Необходимо не только, чтобы деликт произошел в пределах территориальной юрисдикции государства суда, но, и чтобы причинитель вреда находился в этом государстве в момент, когда имели место обстоятельства, повлекшие причинение вреда.

В Конвенцию ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. (см. гл. 6 учебника) включена статья об ущербе, причиненном личности и собственности.

### **Коллизионные вопросы деликтных обязательств в российском законодательстве и международных договорах**

1. Часть третья ГК РФ определяет сферу действия права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда. Статья 1220 ГК РФ устанавливает:

«На основании права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются, в частности:

- 1) способность лица нести ответственность за причиненный вред;
- 2) возложение ответственности за вред на лицо, не являющееся причинителем вреда;
- 3) основания ответственности;
- 4) основания ограничения ответственности и освобождения от нее;
- 5) способы возмещения вреда;
- 6) объем и размер возмещения вреда».

В отношении определения права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, в ГК РФ предусмотрены две коллизионные нормы. Согласно первой из них: «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» (п. 1 ст. 1219).

Таким образом, часть третья ГК РФ исходит прежде всего из принципа применения закона места деликта (*lex loci delicti*). Тем самым в ГК РФ закреплён тот же основной принцип, из которого исходило и предшествующее законодательство.

Так, если будет применено российское право, то согласно положениям ГК РФ, ответственность за вред, причиненный несовершеннолетними в возрасте до 14 лет, будут нести родители или опекуны, если они не докажут, что вред возник не по их вине. Во всех перечисленных в ст. 1220 случаях (перечень не является исчерпывающим) не может в отношении одной из перечисленных категорий применяться право одной страны, а в отношении другой — право иной страны. Расщепления коллизионной привязки не происходит.

В литературе (А. Н. Гуев) приводились следующие примеры в отношении случая, когда причинитель вреда предвидел, что вред должен наступить именно в этой стране. Например, если поставщик продукции (на которую через месяц истечет срок годности), хотя и отгрузил ее с территории Польши, прекрасно понимал, что вред покупателю (российской фирме) или потребителям этой продукции наступит уже на территории России (куда продукция была отгружена). В этом случае может быть безусловно применено российское право. В отношении случая, когда причинитель вреда должен был предвидеть наступление вредного результата в другой стране (например, если итальянский поставщик отгружает в Якутию партию аккумуляторов, которые приспособлены для эксплуатации лишь при температуре до минус 10 градусов), очевидно подлежит применению российское право. Первая норма сформулирована как двусторонняя коллизионная, поскольку она обязывает

применять закон места совершения правонарушения независимо от того, где оно совершено — в Российской Федерации или в каком-либо иностранном государстве.

Вторая коллизионная норма предусматривает: «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» (п. 2 ст. 1219).

Эта коллизионная норма также носит двусторонний характер.

Ранее (в советское время) из этого принципа применительно к отношениям с участием советских граждан и организаций исходила судебная практика. Так, работнику, получившему трудовое увечье в период работы за границей, возмещался вред организацией, с которой он состоял в трудовых отношениях и которая направила его на работу за границу (при отсутствии договора (контракта), определявшего иное). Аналогичная норма, однако сформулированная как односторонняя коллизионная норма, на основе этой практики была сформулирована в предшествующем законодательстве.

Новым для нашего законодательства является установление возможности выбора права, подлежащего применению к деликтным обязательствам.

Согласно п. 3 ст. 1219 ГК РФ, 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. Однако применение этой нормы ограничено. В соответствии с п. 4 ст. 1219 правила этой статьи применяются, если между сторонами обязательства, возникающего вследствие причинения вреда, не заключено соглашение о праве, подлежащем применению к этому обязательству (ст. 1223.1).

2. В договорах о правовой помощи, заключенных СССР с другими странами и действующих для России, имеются коллизионные нормы о деликтной ответственности (ст. 33 Договора с Вьетнамом, ст. 40 Договора с Латвией, ст. 40 Договора с Литвой, ст. 40 Договора с Эстонией, ст. 37 Договора с Польшей). Эти нормы предусматривают применение права страны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Исключения из этого общего правила предусмотрены для случаев, когда причинивший вред и потерпевший являются гражданами одного и того же договаривающегося государства. В этих случаях подлежит применению закон страны гражданства или страны, в суд которой подано исковое заявление.

В Минской конвенции 1993 г. и в Кишиневской конвенции 2002 г. предусматривается как общая привязка к праву страны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для требования о возмещении вреда, так и привязка к общему гражданству сторон в деликтных отношениях.

В Киевском соглашении 1992 г. 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».

Приведем пример применения этого правила из практики судебных арбитражных органов.

В арбитражный суд поступило исковое заявление от белорусского акционерного общества о возмещении вреда, причиненного легковому автомобилю грузовиком-трейлером, принадлежавшим российскому обществу с ограниченной ответственностью, в результате дорожно-транспортного происшествия на территории Белоруссии. Виновником аварии был признан водитель транспортного средства, принадлежавшего российскому обществу.

Истец требовал возмещения ущерба в размере затрат на ремонт автомобиля.



Арбитражный суд при разрешении данного спора выбрал применимое право на основе коллизионной нормы, содержащейся в международном договоре — Киевском соглашении 1992 г.

Выбор белорусского права в качестве применимого судом определило то, что дорожно-транспортное происшествие произошло в Белоруссии.

## **Коллизионные вопросы деликтных обязательств различных видов**

### **Дорожно-транспортные происшествия**

Нарушение правил движения и ряд других причин приводят к значительному увеличению числа дорожно-транспортных происшествий (ДТП), в которых присутствует иностранный элемент. Приведем типичный пример из практики ДТП в России.

Поздно вечером в одной из областей России водитель — гражданин ФРГ, управляя принадлежащей ему машиной (зарегистрированной в ФРГ) в состоянии алкогольного опьянения, на опасном повороте не справился с управлением. Машина выехала на обочину и опрокинулась. В результате одному из пассажиров был причинен тяжкий вред (ампутация руки), другому — в результате сотрясения мозга вред средней тяжести и третьему — легкий вред. Иск о возмещении причиненного ущерба был предъявлен в суде в ФРГ, потерявшим руку (немецким гражданином) и немецкой (страховой) компанией.

На основании коллизионных норм, действующих в ФРГ (ч. IX ст. 40 ГГУ), прежде всего должно применяться российское право, как право места, где произошло ДТП. Кроме того, может быть применено право совместного обычного места жительства лица, обязанного возместить вред (деликвента), и лица, которому был причинен вред. Для ряда европейских государств (Австрия, Белоруссия, Бельгия, Испания, Латвия, Литва, Нидерланды, Польша, Словакия, Франция, Чехия, Швейцария и др.) действует Конвенция о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям 1971 г. Конвенция носит характер «единообразного закона», поскольку она подлежит

применению в каждой стране-участнице даже в том случае, если применимым является право государства, в Конвенции не участвующего. Поэтому положения Конвенции могут быть применены в случаях ДТП в европейских странах и в отношении российских граждан.

Так, в Швейцарии в ст. 134 Закона о международном частном праве прямо предусмотрено, что к требованиям о возмещении вреда, причиненного ДТП, применяется названная Конвенция. Если причинитель вреда и потерпевший имеют общее местожительство в одном государстве, подлежит применению правопорядок последнего. В случае если у них нет общего места жительства, применяется общий коллизионный принцип — *lex loci delicti commissi* (закон места совершения правонарушения). Если результат вредоносного действия наступил в другом государстве, претензии, обусловленные причинением вреда, подчиняются праву этого государства.

Как отмечалось в литературе, указанная Конвенция в определенной степени устарела, поскольку в ней допускается субсидиарное применение права страны места регистрации автомобиля, что в современных условиях широкого применения аренды машин носит случайный характер. При столкновении нескольких машин вместо права места причинения вреда субсидиарно может применяться, согласно ч. I ст. 41 Вводного закона к ГГУ, право места регистрации, если: а) машины зарегистрированы в одной и той же стране; б) стороны постоянно проживают в разных странах; в) ни одна из сторон не имеет места жительства в стране, где произошло ДТП. Если же одна из пострадавших сторон получает средства для проживания в стране места причинения вреда, вопрос о наличии тесной связи со страной регистрации отпадает. Россия так же, как и ФРГ, в названной Конвенции не участвует.

В случае причинения вреда иностранцам при ДТП применяются правила в этой области, предусмотренные российским законодательством, в частности принцип смешанной вины. Так, вина потерпевшего может либо повлечь полный отказ в возмещении причиненного вреда (п. 1 ст. 1083 ГК РФ), либо уменьшить размер

возмещения (п. 2 ст. 1083 ГК РФ). Аналогичные положения содержались в предшествующем гражданском законодательстве.

### **Катастрофы в воздушном сообщении**

Основное значение в этих случаях имеют материально-правовые нормы, содержащиеся в международных соглашениях (см. § 4 гл. 11 учебника). В соответствии с Варшавской конвенцией об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, 1929 г. и Гаагским протоколом 1955 г. применяются нормы внутреннего законодательства.

С катастрофами в воздушном сообщении связаны три особенности.

Во-первых, в случае катастрофы в воздушном пространстве над открытым морем отпадает возможность применения права страны места причинения вреда. В этих случаях речь может идти о праве страны, на территории которой имело место действие, повлекшее причинение вреда, страны места постройки или места регистрации воздушного судна.

Во-вторых, при воздушных катастрофах обычно возникает необходимость в предъявлении коллективных исков и часто к нескольким ответчикам, что объясняется тем, что жертвами воздушных катастроф обычно бывает много людей и членов их семей из различных государств. Иски могут предъявляться ими.

В-третьих, при коллективных исках возникают не только проблемы применения права нескольких государств, но и проблема определения подсудности, поскольку ответчики могут находиться в разных государствах.

Для России действует Конвенция об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности, от 7 октября 1952 г.

В отечественной литературе (В. П. Звеков) обращалось внимание на то, что эта Конвенция определяет «потолок» ответственности. Но ограничение ответственности не допускается, если ущерб был причинен в результате преднамеренных действий (бездействия) эксплуатанта воздушного судна либо его служащих и агентов,

совершенных в целях причинения ущерба, при условии, что служащий (агент) действовал при исполнении служебных обязанностей и в пределах своих полномочий. Конвенция исходит 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. Конвенция определяет меры обеспечительного характера для покрытия ущерба, включая страхование ответственности, предоставление банковских гарантий и проч., и обязанности по их осуществлению как эксплуатантами воздушных судов, так и государствами, являющимися участниками Конвенции.

Согласно ВК РФ ответственность за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира при воздушной перевозке, определяется не только общими правилами ГК РФ, если законом или договором воздушной перевозки не предусмотрен более высокий размер ответственности, но и международными договорами (п. 1 ст. 117). За утрату, недостачу или повреждение (порчу) багажа, груза, а также находящихся при пассажире вещей при международных воздушных перевозках перевозчик несет ответственность в соответствии с международными договорами РФ (п. 3 ст. 119).

Согласно Варшавской конвенции об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, 1929 г. и Гаагскому протоколу 1955 г. ответственность перевозчика за вред пассажиру, багажу, ручной клади и грузу ограничена определенной суммой.

### **Морские катастрофы**

При морских перевозках в случаях причинения вреда пассажирам и грузам применяются положения международных конвенций и внутреннего законодательства

(см. § 5 гл. 11 учебника). Особую сложность представляет определение ответственности при загрязнении моря нефтью в случае аварий танкеров.

Для нашей страны с 1975 г. действует Международная конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 г. В 2000 г. Россия присоединилась к Протоколу 1992 г. об изменении этой Конвенции. Для этой Конвенции (в новой редакции), так же как и для других специальных международных соглашений, характерны 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. Согласно этой Конвенции, обеспечивается получение физическими и юридическими лицами возмещения убытков, возникших из-за утечки или слива нефти из судов. Пределы ответственности собственника судна за загрязнение довольно высоки. Ответственность носит более строгий характер, чем основанная на принципах вины. Она наступает в любом случае, пока собственник не докажет, что убытки явились следствием военных и тому подобных действий или стихийных явлений исключительного, неизбежного и непредотвратимого характера; поведения третьих лиц, имевших намерение причинить убытки; небрежности или иных неправомерных действий государства (властей), а также вины потерпевшего.

В российском законодательстве имеется ряд положений, касающихся применения права к деликтным обстоятельствам в области торгового мореплавания. Так, в КТМ РФ предусмотрены нормы, исходящие из применения закона места совершения правонарушения, ограничиваемого рядом изъятий в сфере отношений, возникающих из столкновения судов, из причинения ущерба в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ. Так, отношения из столкновения судов во внутренних морских водах и в территориальном море регулируются законом государства, на территории которого произошло столкновение, а если столкновение судов произошло в открытом

море и спор рассматривается в России, подлежат применению правила, установленные в КТМ РФ, т.е. действует односторонняя коллизионная норма.

К отношениям же, возникающим из столкновения судов, плавающих под флагом одного государства, применяется закон данного государства независимо от места столкновения судов (п. 3 ст. 420 КТМ РФ).

Статья 426 КТМ РФ устанавливает, что к ограничению ответственности по морским требованиям применяется закон государства, в суде которого рассматривается морское требование, подпадающее под ограничение ответственности.

При причинении ущерба от загрязнения с судов нефтью правила, установленные КТМ РФ, применяются к ущербу от загрязнения с судов нефтью, причиненному на территории РФ, в том числе в территориальном море и в исключительной экономической зоне РФ; к предупредительным мерам по предотвращению или уменьшению такого ущерба, где бы они ни принимались (ст. 421 КТМ РФ).

При причинении ущерба в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ правила, установленные КТМ РФ, применяются к любому ущербу, причиненному на территории РФ, в том числе в территориальном море; ущербу от загрязнения окружающей среды, причиненному в исключительной экономической зоне РФ; 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 РФ; предупредительным мерам по предотвращению или уменьшению ущерба, где бы они ни принимались (ст. 422 КТМ РФ).

Особо регламентируются отношения, возникающие из причинения ущерба от загрязнения бункерным топливом. Так, согласно ст. 422.1 КТМ РФ правила, установленные в гл. XIX1 «Ответственность за ущерб от загрязнения бункерным топливом», применяются к ущербу от загрязнения бункерным топливом, причиненному на территории РФ и в ее исключительной экономической зоне; к

предупредительным мерам по предотвращению или уменьшению такого ущерба, где бы они ни принимались.

### **Аварии в атомной энергетике**

Многосторонние соглашения (Парижская конвенция об ответственности перед третьими лицами в области ядерной энергии от 29 июля 1960 г., Брюссельская конвенция об ответственности операторов ядерных судов от 25 мая 1962 г., Венская конвенция о гражданской ответственности за ядерный ущерб от 21 мая 1963 г., Конвенция о гражданской ответственности в области морских перевозок ядерных материалов от 17 декабря 1971 г.) исходят из принципа компетентности судов страны, в которой произошло соответствующее действие. При этом должно применяться право страны суда. В Венской конвенции о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 г. более четко определено, что подлежит применению право страны суда, «включая правила этого права, относящиеся к коллизионному праву» (иными словами, предусматривается и применение коллизионных норм права страны суда). Многие государства не присоединились к этим конвенциям. Имеются и отдельные двусторонние соглашения по этим вопросам. Так, согласно ст. 3 Соглашения между ФРГ и Швейцарией об ответственности перед третьими лицами в области атомной энергетике 1986 г. предусмотрена исключительная подсудность для рассмотрения таких исков судами страны места совершения действия.

Основу правового режима, установленного этими конвенциями, как отмечалось в нашей литературе (В. П. Звеков и др.), составляют как общие начала деликтной ответственности, так и начала, специфические для возмещения ядерного ущерба. К особенностям гражданско-правовой ответственности за ядерный ущерб относят сосредоточение («канализирование») ответственности на операторе ядерной установки (ядерного судна), ответственность при отсутствии вины причинителя вреда, 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.

### **Коллизионные вопросы защиты прав потребителя**

1. Во второй половине XX в. в ряде стран рыночной экономики возросло значение исков потребителей в отношении недостатков товара, поставленного из другой страны. Приведем в качестве примера дело из практики судов США.

Мотоциклист М. в Калифорнии получил тяжелые телесные повреждения во время поездки на мотоцикле вследствие того, что у его мотоцикла лопнула задняя шина. Шина была изготовлена на Тайване, производителем шин был Ш., приобретавший вентили для камер (свыше 100 тыс. штук в год) у японской фирмы «Асахи». В США продукцию экспортировала не японская фирма, а Ц.

В 1979 г. М. предъявил к Ш. иск о возмещении ущерба, причиненного вследствие недостатков товара, в одном из судов штата Калифорния. Между ними было заключено внесудебное мировое соглашение. В связи с этим Ш. предъявил регрессный иск к фирме «Асахи».

Суд первой инстанции подтвердил свою компетенцию на рассмотрение регрессного иска к «Асахи», несмотря на то что представитель фирмы ссылался на то, что вентили поставлялись на Тайвань, а не в Калифорнию. Суд следующей инстанции не признал свою компетенцию, и лишь после длительного путешествия по судам через восемь лет дело в конце концов было рассмотрено в Верховном суде США, который отказал в иске и тем самым отклонил международную подсудность американских судов в отношении регрессных исков такого рода.

Мнения судей по вопросу о подсудности регрессного иска одного иностранного лица к другому разделились. В ходе рассмотрения дела была высказана точка зрения о «минимуме контактов» японской фирмы с Калифорнией, поскольку фирма хотя и



производила вентили для камер, но сама не осуществляла их реализацию на калифорнийском рынке.

Как уже говорилось, представитель фирмы «Асахи» ссылаясь на то, что вентили поставлялись на Тайвань, а не в Калифорнию. В Калифорнии «Асахи» не имели ни представительства, ни какой-либо торговой точки. Он утверждал также, что спор должен рассматриваться в японских или тайваньских судах, а не в суде какой-либо другой страны. Фирма даже предъявила в Японии иск к Ш. Однако Верховный суд Калифорнии подтвердил наличие подсудности судов штата исходя из того, что товар продавался на калифорнийском рынке и что Калифорния как штат имеет государственный интерес в том, чтобы соблюдался определенный стандарт безопасности используемых здесь товаров.

В силу указанных причин юрисдикция является справедливой и разумной (*fair and reasonable*). В соответствии с федеральным законодательством США и законодательством штата Калифорния для обоснования подсудности требуется наличие так называемого минимума контактов с государством страны суда. Согласно этой концепции в случае причинения вреда на территории штата вследствие недоброкачества товара для обоснования подсудности достаточно того, что производитель ввел товар в торговый оборот, что он был здесь куплен и что производитель получил от этого материальную выгоду.

В США второй Свод законов о конфликтах законов 1971 г. рекомендует использовать в этих случаях помимо общих коллизионных принципов привязку к месту жительства (закону гражданства), а также к праву того государства, в котором лежит центр тяжести в отношениях сторон (§ 145), в отличие от первого Свода (1934 г.), исходившего из решающего значения принципа *lex loci delicti commissi* для определения статуса правонарушения (*tort*).

Вопрос о применении права в подобных случаях стал предметом регулирования в ряде государств (например, в § 135 Закона Швейцарии о международном частном праве 1987 г.).

Положения, содержащиеся в швейцарском Законе о международном частном праве 1987 г., касающемся вопросов ответственности за вред, причиненный товаром (product liability), характеризуются известным сходством с положениями о возмещении вреда. В частности, потерпевший может по своему выбору предъявить требование, основанное на: а) праве государства места делового обзаведения или места обычного пребывания; б) праве государства, в котором был приобретен товар, если причинившее ущерб лицо не докажет, что в этой стране продукт был выпущен в продажу без его согласия. При этом в случае применения в Швейцарии иностранного права к требованию о возмещении вреда, причиненного недостатками или неверным описанием товара, может быть присуждено лишь такое возмещение, которое полагалось бы за такой вред в соответствии со швейцарским правом.

Основные особенности в этой области определения применимого права можно свести к следующим: во-первых, часто в этих случаях место изготовления продукции или предоставления услуг не совпадает с местом наступления последствий недоброкачества изделия (например, медикамента); во-вторых, может применяться право, применение которого предусмотрено в отношениях между производителем и покупателем (по договору купли-продажи товаров).

В отношении ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, 2 октября 1973 г. была заключена Гаагская конвенция о праве, применимом к ответственности изготовителя (действует для Испании, Нидерландов, Норвегии, Финляндии, Франции и некоторых других государств). Россия в этой Конвенции не участвует. Кроме того, в Страсбурге в 1977 г. было заключено Европейское соглашение, содержащее материально-правовые нормы в этой области.

При определении права, подлежащего применению, вышеназванная Конвенция перечисляет ряд факторов, установление которых поможет определить тот правопорядок, который будет служить «собственно правом деликта». Право государства обычного местонахождения потерпевшего будет надлежащим, если таковое одновременно является либо местом основной деятельности изготовителя, причинившего вред товару, либо местом приобретения потерпевшим товара. В

случаях, когда подобного совпадения нет, применяется принцип закона места причинения вреда, если в данной стране потерпевший имеет свое обычное место жительства, либо причинитель вреда — место основной деятельности, либо продукт приобретен потребителем (ст. 4). В ситуациях, когда и это не имеет места, применяется право страны, в которой ведет свою обычную деловую активность лицо, несущее ответственность за продукт, если потерпевший не предпочтет основать свое требование на законе места причинения вреда (ст. 6). Наряду с этим независимо от применимого права будут учитываться требования, относящиеся к правомерному распространению продукта, законодательства той страны, где имел хождение товар (ст. 9).

Следует обратить внимание на то, что принят ряд директив ЕС о защите прав потребителя, воплощенных затем во внутреннем законодательстве стран — членов ЕС.

2. Коллизионные нормы о применении права к требованиям о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, были впервые включены в российское законодательство в области международного частного права в 2001 г. (разд. VI части третьей ГК РФ).

Проблемы в этой области возникали в судебной практике и ранее. Отдельные положения содержались в Законе РФ от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей», законах о стандартизации, о сертификации продукции и услуг, но коллизионных норм в них не было. Согласно названному Закону, вред, причиненный вследствие недостатков товара, подлежит возмещению продавцом или изготовителем товара по выбору потерпевшего (п. 3 ст. 14). Из практики известно, что по импортным товарам единственно целесообразным и разумным является предъявление соответствующих требований продавцу. Исключение составляет предъявление претензий по товарам крупных и известных фирм, в частности из стран Западной Европы и США.

Включение в часть третью ГК РФ специальных положений, направленных на защиту прав потребителя, связано с расширением не только международной торговли товарами, но и оказания услуг.

Приведем полностью текст ст. 1221 ГК РФ, содержащий коллизионные нормы в этой области:

«1. К требованию о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, по выбору потерпевшего применяется:

- 1) право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности продавец или изготовитель товара либо иной причинитель вреда;
- 2) право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности потерпевший;
- 3) право страны, где была выполнена работа, оказана услуга, или право страны, где был приобретен товар.

Выбор потерпевшим права, предусмотренного подпунктом 2 или 3 настоящего пункта, не допускается, если причинитель вреда докажет, что он не предвидел и не должен был предвидеть распространение товара в соответствующей стране.

2. Если стороны в соответствии со статьей 1223.1 настоящего Кодекса выбрали по соглашению между собой право, подлежащее применению к требованию о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, применяется выбранное сторонами право.

3. Если потерпевший не воспользовался предоставленным ему пунктом 1 настоящей статьи правом выбора и отсутствует соглашение сторон о подлежащем применению праве, 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.

4. Правила настоящей статьи соответственно применяются к требованиям о возмещении вреда, причиненного вследствие недостоверной или недостаточной информации о товаре, работе или об услуге».

В этой статье, как отмечалось выше, предусмотрены общие правила о праве, подлежащем применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда.

Приведенный выше текст новых положений ГК РФ о защите прав потребителя имеет большое значение. Речь идет о предоставлении определенных гарантий, обеспечивающих защиту потребителя, которого часто именуют «слабой стороной». Особенностью этих положений Кодекса является то, что в них во главу угла поставлены интересы потребителя: потерпевшему предоставляется право выбора наиболее благоприятного для него права. Такой подход законодательства полностью соответствует современным тенденциям в этой области.

Следует иметь в виду, что наряду с коллизионными нормами, относящимися к обязательствам вследствие причинения вреда (ст. 1219, 1220, 1220.1 ГК РФ), и нормами о праве, подлежащем применению к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги (ст. 1221 ГК РФ), в разд. VI ГК РФ были включены и другие правила, устанавливающие, право какой страны должно применяться к иным внедоговорным обязательствам. Так, правила ст. 1223 определяют право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения, а ст. 1217 ввела в законодательство РФ общую коллизионную норму о праве, подлежащем применению к обязательствам, возникающим из односторонних сделок: «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».

## **Глава 14. Право интеллектуальной собственности**

### **Общие положения**

1. В современном международном частном праве объекты авторского и патентного права стали объединяться в одну общую группу, получившую наименование «интеллектуальная собственность». Это было связано с заключением Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности, от 14 июля 1967 г. (членами ВОИС являются 166 государств). Согласно ст. 2 Конвенции интеллектуальная собственность включает права, относящиеся к литературным, художественным и научным произведениям; исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам; изобретениям во всех областях человеческой деятельности, научным открытиям; промышленным образцам; товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям, коммерческим обозначениям; защите от недобросовестной конкуренции, а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях.

Таким образом, перечень объектов, о которых говорится в Конвенции, не является исчерпывающим. Термин «интеллектуальная собственность» стал в дальнейшем применяться и во внутреннем законодательстве России, являющейся членом этой авторитетной международной организации, прежде всего в Конституции РФ (ст. 44, 71) и в ГК РФ (части первая, четвертая). В ст. 44 Конституции РФ говорится о том, что интеллектуальная собственность охраняется законом. Согласно п. «о» ст. 71 Конституции к исключительной компетенции Российской Федерации относится правовое регулирование интеллектуальной собственности.

Понятие «интеллектуальная собственность» имеет собирательное и в то же время условное значение. Право на интеллектуальную собственность — это не одна из категорий права собственности. Право на результаты творческой деятельности отличается от права на вещи, на материальный предмет, в котором воплощен этот

результат. Например, право собственности на картину или книгу принадлежит собственнику этой картины или экземпляра книги, а право интеллектуальной собственности принадлежит создателю картины (художнику) или автору книги (писателю).

Точно так же условный характер носит другой широко применяемый в международных отношениях термин — «промышленная собственность». Согласно ст. 1 Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. объектами охраны промышленной собственности являются патенты на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и указания происхождения или наименования места происхождения, а также пресечение недобросовестной конкуренции.

Наряду с Парижской конвенцией, которая неоднократно пересматривалась (в послевоенный период в Лиссабоне в 1958 г., в Стокгольме в 1967 г.), действуют Договор о патентной кооперации от 19 июня 1970 г., ряд региональных соглашений, в частности Евразийская патентная конвенция от 9 сентября 1994 г., применяемая государствами — участниками СНГ с 1 января 1996 г.

Основным международным многосторонним соглашением в области авторского права является Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений 1886 г. (была пересмотрена в Стокгольме в 1967 г., в Париже в 1971 г.). В ней участвуют 164 государства. Другим многосторонним соглашением в этой области является Всемирная конвенция об авторском праве от 6 сентября 1952 г., заключенная в Женеве, дополненная на конференции в Париже в 1971 г. Конвенция была разработана под эгидой ЮНЕСКО. В ней участвуют более 100 государств. Россия участвует в этих и в ряде других многосторонних соглашений; с отдельными государствами Россия заключила двусторонние соглашения по вопросам международной охраны интеллектуальной собственности. Когда говорят о международной охране в этой области, имеют в виду не создание какого-либо международного патента на изобретение или единой для всего мира охраны

литературного или музыкального произведения, а создание условий для обеспечения прав на результаты интеллектуального творчества независимо от того, в какой стране они были первоначально созданы или защищены.

Благодаря участию России в международных соглашениях обеспечивается охрана авторских прав ее граждан в большом числе государств. Возможности для патентования российских изобретений и охраны иных объектов (товарных знаков и др.) в результате участия в международных соглашениях обеспечиваются почти во всех государствах мира.

Из многосторонних соглашений, заключенных в последние десятилетия, наиболее широким охватом возможных объектов интеллектуальной собственности отличается заключенное в рамках Уругвайского раунда ГАТТ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности. В международной практике оно обычно именуется сокращенно — ТРИПС (TRIPS — от названия «Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights»). Соглашение было принято в Марракеше (Марокко) 15 апреля 1994 г. и вступило в силу с 1 января 1995 г. Оно обязательно для всех членов ВТО. Для России Соглашение вступило в силу 22 августа 2012 г. Предметом этого Соглашения являются: авторские права и смежные права, товарные знаки, указание мест происхождения товаров, промышленные образцы и модели, изобретения, топологии интегральных микросхем, защита производственных секретов. В Соглашении содержатся также положения о контроле в отношении условий лицензионных договоров, нарушающих правила антимонопольного законодательства. Впервые в многосторонней международной практике в Соглашении содержатся обязательства государств-участников в отношении соблюдения международных стандартов охраны, защиты прав интеллектуальной собственности от всякого рода нарушений, а также правила о разрешении споров. Ряд мер по унификации авторского и патентного законодательства, а также по борьбе с пиратством был осуществлен в рамках ЕС.

К двусторонним соглашениям России в отношении широкого круга объектов интеллектуальной собственности относится Соглашение о торговых отношениях с



США от 1 июня 1990 г. Аналогичные соглашения были заключены США с Украиной, Казахстаном, Туркменией и другими странами на постсоветском пространстве.

Современное состояние международных соглашений в области интеллектуальной собственности свидетельствует о том, что эти соглашения устанавливают единые материально-правовые нормы, способствующие унификации права в этой области, предоставляют для иностранных обладателей этих прав равный режим с отечественными, облегчают защиту их прав от всевозможных нарушений. Но они не содержат коллизионных норм. Исключение представляет в этом отношении Кодекс Бустаманте, который исходит из того, что интеллектуальная собственность и промышленная собственность регулируются постановлениями специальных международных конвенций, «действующих или могущих быть принятыми в будущем. Если таких конвенций нет, то приобретение, регистрация и использование этих прав подчинены предоставляющему их местному праву» (ст. 115).

В рамках ВОИС в последние годы были заключены в области авторского права Договор ВОИС по авторскому праву от 20 декабря 1996 г. и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам от 20 декабря 1996 г., Договор ВОИС о международной регистрации аудиовизуальных произведений от 20 апреля 1989 г., Договор ВОИС по аудиовизуальным исполнениям от 24 июня 2012 г. (Пекинский договор). В области охраны промышленной собственности — Договор ВОИС о законах по товарным знакам от 27 октября 1994 г., Сингапурский договор о законах по товарным знакам от 27 марта 2006 г.

Положения по вопросам интеллектуальной собственности содержатся также в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве между Российской Федерацией и Европейскими сообществами от 24 июня 1994 г. Оно вступило в силу с 1 декабря 1997 г. и содержит обязательство России продолжать совершенствование механизмов охраны прав интеллектуальной собственности с целью обеспечить к концу пятого года после вступления этого Соглашения в силу уровня защиты, аналогичного существующему в ЕС, включая эффективные средства обеспечения соблюдения прав (п. 1 приложения № 10). Кроме того, с момента вступления в силу Соглашения Россия

обязалась предоставлять компаниям и физическим лицам Сообщества в отношении признания и охраны интеллектуальной собственности режим не менее благоприятный, чем тот, который предоставлен ею любой третьей стране по двусторонним соглашениям. Это правило не применяется в отношении преимуществ, предоставленных Россией любой третьей стране на основе эффективной взаимности, а также преимуществ, предоставленных Россией другой стране — республике бывшего СССР.

В комментариях к части четвертой ГК РФ особое внимание обращалось на то, что в современную эпоху интеграции мировой экономики и развития связей во всех сферах международной жизни важное значение имеют положения внутреннего законодательства, направленные на предоставление интеллектуальным правам международной защиты (А. Л. Маковский). Именно поэтому для международного частного права особое значение имеет ст. 1231 ГК РФ:

«1. На территории Российской Федерации действуют исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации, установленные международными договорами Российской Федерации и настоящим Кодексом.

Личные неимущественные и иные интеллектуальные права, не являющиеся исключительными, действуют на территории Российской Федерации в соответствии с абзацем четвертым пункта 1 статьи 2 настоящего Кодекса.

2. При признании исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации в соответствии с международным договором Российской Федерации содержание права, его действие, ограничения, порядок его осуществления и защиты определяются настоящим Кодексом независимо от положений законодательства страны возникновения исключительного права, если таким международным договором или настоящим Кодексом не предусмотрено иное».

Правила, установленные гражданским законодательством, принимаются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных

юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом (п. 1 ст. 2 ГК РФ).

Принятие части четвертой ГК РФ, посвященной интеллектуальной собственности, рассматривается в нашей литературе как завершение воплощения в российском законодательстве положений, вытекающих из международных обязательств России в области интеллектуальной собственности. При подготовке этой части ГК РФ преследовалась также цель обеспечить соответствие ГК РФ тем международным договорам, участником которых Россия может стать в ближайшем будущем (В. Ф. Яковлев, А. Л. Маковский). Часть четвертая ГК РФ была подписана Президентом РФ 18 декабря 2006 г. и введена в действие с 1 января 2008 г.

Как отметил в 2001 г. известный отечественный специалист по праву интеллектуальной собственности В. А. Дозорцев, раньше или позже кодификация в этой области будет осуществляться во всем мире. При этом он обратил внимание на то, что принятый в 1992 г. во Франции Кодекс интеллектуальной собственности нельзя признать кодексом в современном смысле слова, кодификационным актом. Этот Кодекс представляет собой подборку отдельных действующих актов, принятых в разное время и независимо друг от друга.

2. Конкретное регулирование отношений, возникающих в связи с созданием, использованием и охраной произведений науки, литературы, искусства и иных результатов интеллектуальной деятельности, осуществляется обычно не законодательством об интеллектуальной собственности, а патентным законодательством, законами об авторском праве, о товарных знаках.

Особенностью российского законодательства является то, что в нем отношения, складывающимся в связи с созданием и использованием многообразных результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации (от общих положений гражданского законодательства, как отмечал В. Ф. Яковлев, до международного частного права), целиком посвящена часть четвертая ГК РФ. Для обобщающего названия прав на эти результаты и средства в ГК РФ был использован предложенный в свое время В. А. Дозорцевым термин «интеллектуальные права».

Наряду со специальными законами разделы об интеллектуальной собственности в ряде стран были включены в гражданские кодексы (Белоруссии, Грузии, Казахстана, Киргизии, Туркмении, Узбекистана, Украины). Так, Книга 4 «Право интеллектуальной собственности» Гражданского кодекса Грузии содержит 90 статей, в основном посвященных авторским правам и смежным правам.

В части четвертой ГК РФ предусмотрен ряд положений, прямо относящихся к проблематике международного частного права.

Так, в ст. 1256 «Действие исключительного права на произведения науки, литературы и искусства на территории Российской Федерации» говорится следующее:

«1. Исключительное право на произведения науки, литературы и искусства распространяется:

1) на произведения, обнародованные на территории Российской Федерации или необнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме на территории Российской Федерации, и признается за авторами (их правопреемниками) независимо от их гражданства (выделено мной. — М. Б.);

2) на произведения, обнародованные за пределами территории Российской Федерации или необнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме за пределами территории Российской Федерации, и признается за авторами, являющимися гражданами Российской Федерации (их правопреемниками);

3) на произведения, обнародованные за пределами территории Российской Федерации или необнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме за пределами территории Российской Федерации, и признается на территории Российской Федерации за авторами (их правопреемниками) — гражданами других государств и лицами без гражданства в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

2. Произведение также считается впервые обнародованным путем опубликования в Российской Федерации, если в течение тридцати дней после даты первого опубликования за пределами территории Российской Федерации оно было опубликовано на территории Российской Федерации.

3. При предоставлении на территории Российской Федерации охраны произведению в соответствии с международными договорами Российской Федерации автор произведения или иной первоначальный правообладатель определяется по закону государства, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для приобретения авторских прав.

4. Предоставление на территории Российской Федерации охраны произведениям в соответствии с международными договорами Российской Федерации осуществляется в отношении произведений, не перешедших в общественное достояние в стране происхождения произведения вследствие истечения установленного в такой стране срока действия исключительного права на эти произведения и не перешедших в общественное достояние в Российской Федерации вследствие истечения предусмотренного настоящим Кодексом срока действия исключительного права на них.

При предоставлении охраны произведениям в соответствии с международными договорами Российской Федерации срок действия исключительного права на эти произведения на территории Российской Федерации не может превышать срок действия исключительного права, установленного в стране происхождения произведения».

3. Коллизионные вопросы в области интеллектуальной собственности остаются не урегулированными в законодательном порядке в большинстве государств. Однако соответствующие положения имеются в законах о международном частном праве Австрии (1978), Швейцарии (1987), Италии (1995), которые исходят из принципа применения к правам на интеллектуальную собственность права страны, на территории которой испрашивается охрана этих прав (*lex loci protectionis*). В законах некоторых других государств (например, Португалии, Румынии) в области авторского права применяется коллизионная привязка к праву страны происхождения произведения (*lex originis*). В эстонском законодательстве предусмотрено, что к интеллектуальной собственности, к ее возникновению, содержанию, прекращению и

защите применяется право того государства, на территории которого такая защита испрашивается (ст. 23 Закона о международном частном праве 2002 г.).

Во французской судебной практике обычно проводится различие следующего порядка: в отношении определения прав первого обладателя авторского права применяется право страны происхождения, а в других случаях — право страны охраны. В Германии судебная практика следует общему принципу применения права страны, в которой испрашивается охрана. В США в Законе об авторском праве, как и в иных актах, не содержится каких-либо коллизионных норм в этой области. В судебной практике руководящее правило было принято в 1998 г. в решении по иску Информационного телеграфного агентства России (ИТАР — ТАСС). Остановимся на этом деле.

Издаваемая в Нью-Йорке 20-тысячным тиражом еженедельная русская газета «Русский курьер» перепечатала около 500 опубликованных в российской прессе статей. Такое нарушение авторских прав имело место после 13 марта 1995 г., т.е. после вступления в силу для России Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. Иск по поводу этого нарушения авторских прав российских авторов и издателей был предъявлен к газете ИТАР — ТАСС одним из российских издательств и Союзом журналистов России (в интересах его членов). Дело рассматривалось в США в суде первой инстанции, а затем в 1998 г. в апелляционном суде (Second Circuit Court of Appeals), являющемся в США ведущим судом, рассматривающим споры в области авторского права.

Апелляционный суд подробно остановился в своем решении как на вопросах правовой охраны прав иностранных авторов, так и, что особенно интересно, на коллизионно-правовых аспектах.

В результате было подтверждено, что иск ИТАР — ТАСС подлежит удовлетворению, а в отношении других истцов он должен быть отклонен.

Суд исходил из того, что право страны происхождения произведения определяет, кому принадлежит авторское право на произведение. Поскольку закон США об авторском праве (Copyright Act), как и Бернская конвенция, не содержит

коллизии нормы такого рода, суд был вынужден сам сформулировать такое коллизийное правило — правило федерального общего права (federal common law), именно федерального, а не штата Нью-Йорк, поскольку только таким образом могло быть обеспечено единообразное применение федерального авторского права. В этом решении суд исходил из двух положений. Во-первых, из того, что право страны происхождения произведения определяет, кому принадлежит авторское право на произведение, т.е. в данном случае российское право. Во-вторых, из того, что в отношении нарушения авторских прав подлежит применению право страны причинения вреда (т.е. в данном случае право США как статут деликтных обязательств).

Наибольший интерес представляет решение коллизийных вопросов в Законе Швейцарии о международном частном праве 1987 г. Этот Закон предусматривает следующие положения:

- к правам интеллектуальной собственности применяется право государства, на территории которого испрашивается охрана (ст. 110);
- к договорам в этой сфере применяются положения о применении права к договорным обязательствам (ст. 110, 122);
- в случае предъявления требования о причинении вреда стороны могут договориться о применении права страны суда (ст. 110);
- признаются иностранные решения по делам о нарушении прав в этой области, вынесенные в государстве места жительства ответчика или в государстве, на территории которого испрашивается охрана, если ответчик не имел места жительства в Швейцарии (ст. 111);
- иностранные решения по поводу наличия, действительности и регистрации прав в этой области признаются только в том случае, если они вынесены или признаются в государстве, на территории которого испрашивается охрана (ст. 111).

В основном по тому же пути решения вопроса пошел и Модельный гражданский кодекс государств — участников СНГ. Согласно ст. 1232 этого Кодекса к правам на интеллектуальную собственность применяется право страны, где испрашивается

защита этих прав, а договоры, имеющие своим предметом права на интеллектуальную собственность, регулируются правом, определяемым положениями о применении права к договорным обязательствам.

Соответствующие положения, сформулированные в соответствии с Модельным кодексом, включены в гражданские кодексы Армении (ст. 1291), Белоруссии (ст. 1132), Казахстана (ст. 1120), Узбекистана (ст. 1180) и ряда других стран СНГ.

В разд. VI «Международное частное право» ГК РФ не содержатся коллизионные нормы по вопросам интеллектуальной собственности.

В заключение можно сформулировать два положения общего характера.

Во-первых, общая особенность прав на произведения литературы, науки и искусства, как и прав на технические достижения, заключается в том, что они, в отличие от других прав, носят строго территориальный характер. Если, например, российская организация вывозит какое-либо имущество за границу и право на это имущество возникло у данной организации по нашим законам, то пересечение товаром границы не лишает ее права собственности на имущество. Точно так же имущественные и иные права, возникшие в иностранном государстве на основании законов этого государства, признаются на территории нашего государства.

Прямо противоположное явление наблюдается в области авторского и патентного права, что объясняется причинами исторического порядка. Еще в период феодализма право автора признавалось актом власти суверена. Действие этого акта ограничивалось территорией княжества или государства.

Во-вторых, регулирование в области интеллектуальной собственности в международных отношениях осуществляется не Конвенцией об учреждении ВОИС 1967 г., а соответствующими многочисленными международными соглашениями, регулирующими охрану конкретных объектов.



## **Авторское право и смежные права**

1. Благодаря заключению международных конвенций был устранен территориальный характер авторского права. Конечно, в этом были заинтересованы не только издательства, но и авторы, чьи произведения без их согласия издавались и иным образом использовались в других странах. Первой такой конвенцией стала Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений 1886 г. (см. § 1 настоящей главы), участниками которой был образован так называемый Бернский союз. Административные функции Бернского союза выполняет ВОИС. В Конвенции участвует свыше 160 государств (включая США с 1989 г., Китай с 1992 г.). Для России Бернская конвенция в редакции 1971 г. действует с 13 марта 1995 г. К Бернской конвенции в ред. 1971 г. присоединились также Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Латвия, Литва, Молдавия, Таджикистан, Украина, Эстония.

Поскольку Бернская конвенция содержит, в отличие от Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г., значительное число материально-правовых норм, она представляет собой более высокий «международный стандарт» охраны авторских прав.

Согласно ст. 1281 ГК РФ исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора и 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора.

Авторы — граждане стран — участниц Бернского союза пользуются охраной своих авторских прав. Так, согласно ст. 5 Бернской конвенции указанные авторы пользуются в других странах Союза, кроме страны происхождения произведения, в отношении своих произведений, как опубликованных, так и неопубликованных, «правами, которые предоставляются в настоящее время или могут быть предоставлены в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам, а также правами, особо предоставляемыми настоящей Конвенцией».

Такая же охрана предоставляется авторам — гражданам государств, не участвующих в Конвенции, в отношении произведений, опубликованных ими впервые в одной из стран Бернского союза или одновременно в стране, не входящей в Союз, и в стране Союза. Бернская конвенция во главу угла ставит территориальный признак — страну происхождения произведения или, точнее, страну первого опубликования произведения.

Это положение ст. 3 Конвенции, исходящее из так называемого географического критерия, имеет практическое значение для советских (российских) авторов, произведения которых опубликованы до присоединения России к Бернской конвенции. Приведем примеры.

Тексты музыкальных произведений известных советских композиторов Шостаковича, Прокофьева, Хачатуряна и других в ряде случаев были впервые опубликованы в Англии или Германии в период, когда СССР не участвовал в Бернской конвенции, а Англия и Германия участвовали. Эти произведения подпадают под охрану, предусмотренную Бернской конвенцией.

В отношении таких произведений в ФРГ действуют установленные законодательством этой страны сроки охраны. Так, срок охраны (70 лет после смерти автора) действует в отношении произведений С. С. Прокофьева до 31 декабря 2023 г., А. И. Хачатуряна — до 31 декабря 2048 г., Д. Д. Шостаковича — до 31 декабря 2045 г.

Другой пример, выходящий за пределы вопроса о сроках охраны, касается публикации в Италии романа Б. Л. Пастернака «Доктор Живаго». Как известно, по идеологическим соображениям публикация в Советском Союзе этого произведения оказалась невозможной, и оно было впервые опубликовано в 1957 г. в Италии — государстве, входящем в состав Бернского союза, причем не в оригинале, а в переводе на итальянский язык. Затем книга издавалась на других языках и в других странах — членах Бернского союза. Английский писатель А. Моллин опубликовал свой роман «Дочь Лары», в котором использовал сюжетную линию, образы героев и частично сам текст романа Б. Л. Пастернака «Доктор Живаго». Права итальянского

издательства, опубликовавшего «Доктор Живаго» впервые, были признаны в ходе судебного разбирательства в ряде государств (в частности, в ФРГ). В 1996 г. суд в Карлсруэ (ФРГ) вынес решение о запрете распространения романа «Дочь Лары». Следует в связи с этим отметить, что согласно Закону ФРГ об авторском праве и смежных правах 1965 г. иностранным гражданам должна предоставляться охрана и в тех случаях, когда произведение впервые опубликовано на территории действия Закона только в переводе.

По Бернской конвенции в ред. 1971 г. охрана предоставляется гражданам стран Бернского союза и в тех случаях, когда их произведение было впервые опубликовано вне территории стран Союза.

В отношении неопубликованных произведений охрана предоставляется авторам — гражданам стран Союза.

В Бернской конвенции установлены подробные правила в отношении содержания авторских прав. Объем прав в основном определяется по закону страны, где предъявляется требование об охране. Субъекту охраны предоставляется национальный режим, т.е. те же права, которые предоставляются соответствующими законами гражданам данной страны. Кроме того, автору предоставляются права, особо предусмотренные Бернской конвенцией. Осуществление прав в другой стране не зависит от охраны произведения в стране его происхождения. Это относится как к объему охраны (в материально-правовом смысле), так и к порядку судебной защиты прав авторов. В отношении судебной защиты гражданину каждой страны Союза в любой другой стране Союза также обеспечен национальный режим.

Что касается прав автора, установленных в самой Бернской конвенции (без отсылки к внутреннему законодательству стран — ее участниц), то в ней предусматривается исключительное право автора на перевод своих литературных и художественных произведений, воспроизведение экземпляров произведения, публичное исполнение драматических и музыкальных произведений, передачу своих произведений по радио и телевидению, публичное их чтение, переделку, запись музыкальных произведений механическим способом и ряд других прав.

Под объектами авторских прав обычно понимаются произведения науки, литературы и искусства. В Бернской конвенции применяется понятие «литературные и художественные произведения». Этот термин, согласно Конвенции, охватывает все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были выражены, как то: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения; драматические, музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, графики и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам.

Этот перечень не является закрытым или исчерпывающим. По мере развития науки и техники круг объектов охраны расширяется, что также находит свое отражение в Бернской конвенции (при ее пересмотрах) и в других международных соглашениях. В ТРИПС охрана распространена на компьютерные программы.

Ограничивая возможность свободного использования произведений (необходимо получить согласие обладателей прав, выплатить гонорар и т.д.), Бернская конвенция не отвечала в ряде случаев интересам развивающихся стран. По инициативе этих стран на Стокгольмской конференции (1967) наряду с пересмотренным текстом Бернской конвенции был подписан специальный протокол для развивающихся стран. Некоторые правила, предусмотренные в нем, менее жесткие, чем в основном тексте Бернской конвенции. Однако в результате политики западных государств, защищающих интересы крупных издательских монополий, фирм по производству звукозаписи и других обладателей авторских прав, протокол не вступил в силу. На Парижской конференции (1971) в текст Бернской конвенции были включены

некоторые правила, облегчающие распространение переводной литературы в учебных и научных целях в развивающихся странах, однако менее льготные, чем предусмотрены в протоколе.

Тенденция расширения объема защиты получила дальнейшее отражение в ТРИПС. В Бернской конвенции были предусмотрены определенные изъятия из исключительных прав правообладателей. В ТРИПС позиции правообладателя были усилены, поскольку предусматривается, что страны-участницы должны свести ограничения или исключения к определенным случаям, которые не вступают в противоречие с нормальным использованием произведения и не нарушают законных интересов правообладателя.

В ТРИПС предусмотрено, что страны-участницы будут применять материально-правовые нормы Бернской конвенции, за исключением положений о личных неимущественных правах (праве на авторство, неприкосновенности произведения). Таким образом, эти страны приняли на себя международно-правовые обязательства, предусмотренные Бернской конвенцией, не будучи членами Бернского союза. Кроме того, они приняли дополнительные обязательства, которые в Бернской конвенции не содержатся.

Авторы компьютерных программ и производители звукозаписи получили право разрешать или запрещать коммерческую аренду (сдавать в прокат) оригиналов или копий своих охраняемых произведений. Аналогичные исключительные права установлены и в отношении кинофильмов, так как сдача кинофильмов в прокат и в аренду на коммерческой основе привела к широкомасштабному копированию фильмов, а это наносит серьезный материальный ущерб и нарушает права на тиражирование продукции. Исполнители защищены от случаев несанкционированной звукозаписи, тиражирования и воспроизведения своих концертных исполнений на срок не менее 50 лет (борьба с незаконной торговлей звукозаписями). Производители звукозаписей обладают правами препятствовать тиражированию записей в течение 50 лет.

Срок охраны авторского права, по Бернской конвенции, составляет все время жизни автора и 50 лет после его смерти. Это в принципе минимальный срок, так как если по закону страны — участницы Союза, в которой предъявляется требование об охране, срок является более продолжительным, то применяется установленный в этой стране срок, однако он не может быть более продолжительным, чем срок действия авторского права, который установлен в стране, где произведение было впервые опубликовано.

Если в законодательстве соответствующей страны содержится правило о сравнении сроков охраны, оно будет применяться к охране произведений российских авторов. Это правило состоит в следующем: согласно п. 8 ст. 7 Конвенции срок определяется законом страны, в которой истребуется охрана; однако, если законодательством этой страны не предусмотрено иное, этот срок не может превышать срок, установленный в стране происхождения произведения. Например, в Испании срок охраны произведений составляет период жизни автора и 60 лет после его смерти, однако произведения российских авторов могли охраняться лишь в течение 50 лет после смерти авторов, поскольку закон Российской Федерации устанавливал до 2004 г. срок действия прав авторов в течение их жизни и 50 лет после их смерти.

Таким образом, увеличение срока действия авторского права до 70 лет после смерти автора обеспечило дополнительную охрану произведений российских авторов во многих странах мира.

С введением в действие части четвертой ГК РФ ранее действовавшие в Российской Федерации законы в этой области были признаны с 1 января 2008 г. утратившими силу. Основопологающей статьей части четвертой ГК РФ общего характера, непосредственно относящейся к области международного частного права, является ст. 1231 «Действие исключительных и иных интеллектуальных прав на территории Российской Федерации». В п. 1 этой статьи предусмотрено, что на территории РФ действуют исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации, установленные международными договорами РФ и ГК РФ.

В комментариях к части четвертой ГК РФ обращалось внимание на то, что само слово «установленные» имеет в данном контексте широкий смысл. Оно означает не просто предусмотренные ГК РФ или международными договорами виды исключительных прав (исключительные права на определенные виды интеллектуальной собственности), а исключительные права, возникающие, существующие и прекращающиеся по основаниям и в порядке, установленным внутригосударственным (национальным) российским законодательством (причем не любым его актом, а лишь ГК РФ) либо международным договором, в котором участвует Российская Федерация (А. Л. Маковский).

Следует обратить внимание на то, что, по свидетельству А. Л. Маковского, приблизительно до трети общего объема разд. VII ГК РФ составляют нормы, которые были перенесены в Кодекс из конвенций и международных договоров в сфере интеллектуальных прав. Разумеется, сделано это было с учетом системы ГК РФ и юридической техники, свойственной российскому законодательству.

Во многих странах (в частности, в странах ЕС, согласно Директиве № 93/98/ЕЭС от 29 октября 1993 г., а также в США на основании Закона от 27 октября 1998 г.) срок действия авторского права был увеличен до 70 лет.

2. Вторым основным многосторонним международным соглашением является Всемирная конвенция об авторском праве. Она была разработана под эгидой ЮНЕСКО и подписана на конференции в Женеве 6 сентября 1952 г. В Конвенции участвуют свыше 100 государств, причем ряд государств (в частности, страны Американского континента) не участвует в Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. Для СССР (РФ) Конвенция в первоначальной редакции действует с 27 мая 1973 г., в редакции 1971 г. — с 9 мая 1995 г.

Всемирная конвенция, как и Бернская, исходит из принципа национального режима, но в отличие от нее этот принцип играет здесь большую роль, поскольку Всемирная конвенция содержит не много материально-правовых норм, отсылая к внутреннему законодательству. Тем самым присоединение к Всемирной конвенции в меньшей

степени требует внесения изменений во внутреннее законодательство. По своему содержанию она носит более универсальный характер, что делает возможным участие в ней стран с различным законодательством в области авторского права. Во Всемирной конвенции более широко представлены государства с различными системами авторского права.

Основное правило Всемирной конвенции (правило о национальном режиме) содержится в ст. II. Эта статья (в ред. 1971 г.) гласит:

«1. Произведения, выпущенные в свет гражданами любого Договаривающегося государства, и произведения, впервые выпущенные в свет в таком государстве, пользуются в любом другом Договаривающемся государстве такой же охраной, как и охрана, предоставляемая этим государством произведениям его граждан, впервые выпущенным в свет на его территории, а также охраной, специально предоставляемой настоящей Конвенцией (выделено мной. — М. Б.).

2. Не выпущенные в свет произведения граждан любого Договаривающегося государства пользуются в любом другом Договаривающемся государстве такой же охраной, как и охрана, предоставляемая этим государством не выпущенным в свет произведениям его граждан, а также охраной, специально предоставляемой настоящей Конвенцией (выделено мной. — М. Б.).

3. Для целей настоящей Конвенции любое Договаривающееся государство может своим внутренним законодательством приравнять к своим гражданам любое лицо, постоянно проживающее в этом государстве».

Таким образом, Всемирная конвенция предусматривает охрану прав на опубликованные произведения для граждан государств, участвующих в ней, даже в том случае, если произведение впервые было опубликовано на территории государства, не участвующего в ней.

В Конвенции указывается, что государства-участники обязаны принять все меры, необходимые для обеспечения «достаточной и эффективной охраны прав авторов и всех других обладателей авторских прав». В ней не раскрывается содержание авторских прав и нет исчерпывающего, закрытого перечня охраняемых



произведений. В ст. 1 содержится лишь примерный перечень литературных, научных и художественных произведений, в который входят «произведения письменные, музыкальные, драматические и кинематографические, произведения живописи, графики и скульптуры».

Существенной особенностью Всемирной конвенции являлось то, что в ней первоначально специально регулировалось только одно правомочие автора — право на перевод.

Согласно ст. V авторское право включает исключительное право автора переводить, выпускать в свет переводы и разрешать перевод и выпуск в свет переводов произведений, охраняемых на основании настоящей Конвенции. Практически наиболее важным является то, что обладатель авторского права в соответствии с Конвенцией имеет исключительное право на перевод или переиздание своего произведения. Нельзя в другой стране издать произведение без разрешения того издательства, которое впервые издало его, и без уплаты соответствующего вознаграждения. Таким образом, например, произведение А. Кристи нельзя перевести во Франции без разрешения английского издательства, которое впервые его издало, и без уплаты соответствующего вознаграждения. Нужно заключить договор на его издание. Сказанное распространяется и на переиздания, поскольку действие авторского права уже не ограничивается территорией одного государства, а распространяется на все государства — участники Конвенции.

В тексте 1971 г. говорится о любых способах воспроизведения произведения, что означает, в частности, что охрана распространяется на радиовещание и телевидение. Кроме того, в текст 1971 г. была включена ст. ст. IV bis, согласно которой государства-участники призваны соблюдать «основные права, обеспечивающие охрану имущественных интересов автора».

В то же время согласно Всемирной конвенции ни одно государство-участник не обязано обеспечивать охрану произведения в течение срока более продолжительного, чем срок, установленный для произведения данной категории законом государства, в

котором произведение было впервые выпущено в свет, но он не может быть короче периода, охватывающего время жизни автора и 25 лет после его смерти.

Выпуску произведения в свет в Конвенции посвящена специальная статья. Она сформулирована следующим образом: «Под «выпуском в свет» для целей настоящей Конвенции следует понимать воспроизведение в материальной форме и распространение среди публики экземпляров произведения, которое можно прочесть или зрительно воспринять иным образом». Отсюда следует, в частности, что музыкальное произведение будет считаться выпущенным в свет не в момент его исполнения, а в момент выхода из печати текста нот.

Всемирная конвенция имеет еще одну особенность. В ней предусматривается необходимость соблюдения определенных формальностей в отношении охраняемых произведений (помещение на произведениях знака авторского права, состоящего из специального символа ©, указание обладателя авторского права и года первого выпуска в свет). Эта особенность вызвана тем, что в США и в некоторых других странах Северной и Южной Америки требуется выполнение различных формальностей (регистрация, депонирование произведений) как обязательное условие предоставления охраны, которые заменяются для произведений, охраняемых Конвенцией, помещением знака авторского права. В 1971 г. во Всемирную конвенцию было включено правило о воспроизведении, публичном исполнении и передаче произведений по радио.

Состав стран-участниц в обеих конвенциях (Бернской и Всемирной) в основном совпадает; если одни и те же государства участвуют в обеих конвенциях, применяются положения Бернской конвенции, она пользуется приоритетом.

3. Одно из различий между Всемирной конвенцией и Бернской конвенцией состоит в том, что Всемирная конвенция не имеет обратной силы, а Бернская имеет. Действие Всемирной конвенции определяется «моментом возникновения права на произведение», а Бернской конвенции — «моментом прекращения права» (В. А. Дозорцев).

Согласно п. 1 ст. 18 Бернской конвенции она применяется ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу не стали еще общественным достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны.

Каждая страна определяет для себя условия применения этого принципа. В постановлении Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. было дано поручение Министерству иностранных дел РФ оформить присоединение России к Бернской конвенции, «уведомив при этом, что действие Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений не распространяется на произведения, которые на дату вступления этой Конвенции в силу для Российской Федерации уже являются на ее территории общественным достоянием».

Из этого можно было сделать вывод о том, что в России стали охраняться те произведения иностранных авторов, которые ранее не пользовались на ее территории охраной, если они не перешли еще в разряд общественного достояния вследствие истечения срока охраны.

В практическом плане это означало, что если произведение российского автора еще продолжало охраняться в России, то, хотя бы оно и было выпущено в свет до 13 марта 1995 г., с даты присоединения России к Бернской конвенции оно стало охраняться во всех странах Бернского союза.

Соответственно, на территории РФ с 13 марта 1995 г. должны были охраняться произведения иностранных авторов, которые ранее правовой охраной не пользовались, при условии, однако, что они не перешли еще в разряд общественного достояния вследствие истечения срока охраны в стране происхождения. Однако в 2012 г. Россия приняла решение об отзыве указанного заявления (постановление Правительства РФ от 11 декабря 2012 г.).

В силу перехода произведения в общественное достояние оно может использоваться любым лицом без какого-либо разрешения и без выплаты авторского вознаграждения. При этом, конечно, должно быть соблюдено право авторства и неприкосновенность произведения.

Заслуживают внимания и другие многосторонние договоры, разработанные ВОИС. К их числу относится Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г. (ДАП), вступивший в силу 6 марта 2002 г. Свыше 60 государств подписали Договор; ратифицировали его Аргентина, Белоруссия, Киргизия, Латвия, США, Япония и ряд других стран. Россия приняла решение о присоединении к Договору в 2008 г. Договор вступил в силу для России 5 февраля 2009 г. Договор был подготовлен в целях регулирования новых отношений в связи с созданием новых технологий и появлением новых видов произведений. Перечень произведений, перечисленных в Бернской конвенции, дополнен в ДАП компьютерными программами и базами данных. Правовая охрана распространяется на «форму выражения» произведений, а не на идеи, процессы и т.п. как таковые.

В отечественной литературе (А. Л. Маковский, А. М. Минков) обращалось внимание на то, что авторские права, предоставляемые на основании ДАП, существенно дополняют права, предусмотренные Бернской конвенцией по охране литературных и художественных произведений 1886 г. Во-первых, введено в качестве общей категории исключительное право на распространение произведения (ст. 6); во-вторых, регламентировано специальными правилами исключительное право на прокат компьютерных программ, кинематографических произведений и фонограмм (ст. 7); в-третьих, что наиболее существенно с практической точки зрения, в ДАП предусмотрено новое исключительное право автора размещать любое «сообщение своих произведений для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи», включая помещение их в Интернет (ст. 8).

Для определения прав на результаты интеллектуальной деятельности и прав на средства индивидуализации особую роль призвано сыграть применение международных договоров. Значение ст. 1231 ГК РФ состоит в том, что именно в этой статье впервые в Кодексе обращается внимание на то, что действие исключительных и иных интеллектуальных прав устанавливается не только ГК РФ, но и международными договорами РФ (п. 1). На роль, которую призван сыграть именно международный договор при признании исключительного права на результат

интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации, обращается внимание и в п. 2 ст. 1231 ГК РФ.

4. Таким образом, для охраны авторских прав иностранцев в России решающее значение имеет то обстоятельство, было ли его произведение опубликовано в стране, с которой имеется международный договор, независимо от того, является ли автор гражданином этой страны. Важно, чтобы произведение было опубликовано в стране — участнице такого договора.

Авторское право признается за авторами — гражданами РФ и их правопреемниками в отношении произведений, обнародованных либо необнародованных, но находящихся в какой-либо объективной форме за пределами России.

При предоставлении на территории России охраны произведению в соответствии с международными договорами РФ автор произведения определяется по закону государства, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для обладания авторским правом.

В отношении произведений иностранных авторов, впервые выпущенных в свет за границей, можно говорить о двух группах произведений.

К первой группе относятся произведения, охраняемые в силу положений многосторонних соглашений. Охраняемыми являются также произведения, на которые распространяется действие заключенных Россией двусторонних соглашений о взаимной охране авторских прав. Такие соглашения были заключены ранее с Австрией, Венгрией, КНР, Польшей, Швецией и другими странами.

К произведениям второй группы относятся те, на которые не распространяются многосторонние конвенции или двусторонние соглашения с другими государствами о взаимной охране авторских прав. В отношении произведений этой группы действует режим неохраняемых произведений.

Автор такого произведения не имеет права требовать, например, уплаты вознаграждения за издание его произведения на территории России. Это не значит, однако, что в данном случае в России фактически не соблюдаются личные права иностранных авторов (право на имя и на неприкосновенность произведения).

Если произведение относится к первой группе, то его режим будет определяться как правилами международного соглашения, так и правилами нашего внутреннего законодательства.

Поскольку использование произведения, в том числе перевод произведения на другой язык, допускается на основании договора, заключаемого с автором или его правопреемником, иностранный автор или его правопреемник может заключать договоры об издании его произведения в России.

Законодательство исходит из того, что такие договоры могут быть двух основных типов. Во-первых, авторский договор о передаче исключительных прав и, во-вторых, авторский договор о передаче неисключительных прав.

5. Наряду с охраной авторских прав большое значение в современных условиях приобрела охрана так называемых смежных прав, под которыми понимаются права исполнителей, производителей фонограмм, организаций эфирного и кабельного вещания.

Основным международным договором в этой области, в котором с 13 марта 1995 г. участвует Россия, является Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм от 29 октября 1971 г. Российская Федерация присоединилась к Конвенции на основании постановления Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. одновременно с присоединением к Бернской конвенции. В ней участвуют свыше 70 государств: Австрия, Великобритания, Испания, Италия, Латвия, Литва, Молдавия, Нидерланды, США, Украина, Франция, ФРГ, Швеция, Эстония, Япония и др. Согласно ст. 2 Конвенции иностранным фонограммам на территории РФ обеспечивается охрана от воспроизведения и импорта копий фонограмм. Конвенция не распространяется на иностранные фонограммы, записанные до 13 марта 1995 г.

Наряду с названной Конвенцией действует еще Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций, заключенная в Риме 26 октября 1961 г. (в ней участвуют свыше 80 государств). Российская Федерация участвует в этой Конвенции с 26 мая 2003 г. Эта Конвенция

направлена на согласование интересов обладателей охраняемых смежных прав при создании определенных произведений. Как и большинство международных конвенций в области охраны интеллектуальной собственности, она исходит, в принципе, из предоставления зарубежным обладателям смежных прав национального режима той страны, где испрашивается охрана. Государство-участник обязано также обеспечить на территории своей страны минимальный уровень охраны смежных прав, предусмотренный Конвенцией. Причем для каждой категории смежных прав определены критерии предоставления охраны и минимальный объем предоставляемых прав. Например, каждое государство-участник обязано предоставить охрану зарубежным артистам-исполнителям при соблюдении следующих условий: исполнение имело место в другом договаривающемся государстве; исполнение записано на охраняемой фонограмме или (не будучи записанным на фонограмме) распространяется путем охраняемой передачи в эфир. Предоставляемая артистам-исполнителям охрана предусматривает право воспрепятствовать передаче их исполнения в эфир или публичному сообщению, записи исполнения и воспроизведению записи, если они осуществлены без согласия исполнителя, за установленными исключениями. Условия охраны и объем охраны определены также для зарубежных производителей фонограмм и организации вещания (Л. А. Трахтенгерц).

Минимальный срок действия охраны, установленный Конвенцией, — 20 лет. Этот срок исчисляется с конца года, в котором была осуществлена запись исполнения, включенного в фонограмму, или исполнялось произведение, не записанное на фонограмму, или прозвучала передача в эфире.

Основные положения Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. и Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г. воспроизведены в Договоре ВОИС по авторскому праву и в Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г. (ДИФ), вступившем в силу 20 мая 2002 г. В ДИФ участвуют около 60 государств. Россия присоединилась к ДИФ

в 2008 г., Договор вступил в силу для России 5 февраля 2009 г. В ДИФ регулируется право двух групп лиц: 1) исполнителей (певцов, музыкантов и т.п.); 2) производителей фонограмм. Срок охраны должен составлять не менее 50 лет.

6. Что же касается охраны и использования произведений отечественных авторов за границей, то следует иметь в виду, что в подавляющем большинстве государств авторские права иностранных граждан признаются лишь при участии этих государств в международных соглашениях или на началах взаимности. В странах — участницах Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г. охрана предоставляется произведениям российских авторов, опубликованным впервые в нашей стране после 27 мая 1973 г.

Что касается произведений российских авторов, подпадающих под действие Всемирной конвенции в ред. 1971 г., то охрана предоставляется лишь в отношении произведений, впервые выпущенных в свет после 9 мая 1995 г.

На всех издаваемых в СССР и России произведениях после присоединения СССР к Всемирной конвенции стал ставиться знак охраны авторского права — ©.

После присоединения России к Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. расширился круг стран, в которых начали охраняться произведения российских авторов, и условия такой охраны стали более единообразными.

Автор может передать право на использование своего произведения как на территории РФ, так и за рубежом любым гражданам и юридическим лицам, в том числе иностранным. Содействие обладателям прав путем оказания им консультационных услуг и правовой помощи по охране авторских и смежных прав за рубежом осуществляют любые организации и фирмы. Автор вправе сам заключать договоры с иностранными фирмами, он может обращаться и к любым другим отечественным и зарубежным литературным, музыкальным и иным агентствам и заключать договоры с их помощью.

Сейчас заниматься такого рода посреднической деятельностью могут практически любые российские организации при условии, что эта деятельность соответствует их



уставной правоспособности. За свои услуги по заключению экспортных и импортных договоров в области авторских прав они получают комиссионное вознаграждение, размер которого определяется в договорах с авторами и иными правообладателями. В литературе (А. П. Сергеев) обращалось внимание на то, что действующее российское авторское законодательство вообще не устанавливает каких-либо ограничений или дополнительных условий для передачи прав на использование произведений российских авторов иностранным пользователям. Договоры с ними заключаются в общем порядке и могут подчиняться по выбору сторон российскому или иностранному законодательству. При отсутствии соглашения о подлежащем применению праве применяется российское законодательство в соответствии с правилом, по которому применяется право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания авторского договора.

Размер вознаграждения за использование произведений российских авторов за рубежом определяется авторским договором.

Согласно п. 4 ст. 1256 ГК РФ предоставление на территории РФ охраны произведениям в соответствии с международными договорами РФ осуществляется в отношении произведений, не перешедших в общественное достояние в стране происхождения произведения вследствие истечения установленного в такой стране срока действия исключительного права на эти произведения и не перешедших в общественное достояние в Российской Федерации вследствие истечения предусмотренного ГК РФ срока действия исключительного права на них.

При предоставлении охраны произведениям в соответствии с международными договорами РФ срок действия исключительного права на эти произведения на территории РФ не может превышать срока действия исключительного права, установленного в стране происхождения произведения.

Выше уже отмечалось, что после присоединения СССР к Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г. на всех издаваемых в СССР и России произведениях стал ставиться знак охраны авторского права — ©. На практике это положение Конвенции

не всегда понималось правильно. В ст. 1271 «Знак охраны авторского права» ГК РФ предусмотрено следующее: «Правообладатель для оповещения о принадлежащем ему исключительном праве на произведение вправе использовать знак охраны авторского права, который помещается на каждом экземпляре произведения и состоит из следующих элементов:

латинской буквы «С» в окружности;

имени или наименования правообладателя;

года первого опубликования произведения».

В абз. 2 п. 1 ст. 1231 ГК РФ предусмотрено, что личные неимущественные и иные интеллектуальные права, не являющиеся исключительными, действуют на территории РФ в соответствии с абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ. В этом пункте ст. 2 ГК РФ говорится о том, что правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом. Таким образом, в абз. 2 п. 1 ст. 1231 ГК РФ законодатель проявил особый подход в отношении личных неимущественных и иных интеллектуальных прав, не являющихся по своему характеру исключительными. (Этот абзац был добавлен в ГК РФ в результате второго чтения законопроекта, в первоначальном проекте его не было.)

Согласно п. 2 ст. 1231 ГК РФ «при признании исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации в соответствии с международным договором Российской Федерации содержание права, его действие, ограничения, порядок его осуществления и защиты определяются настоящим Кодексом независимо от положений законодательства страны возникновения исключительного права, если таким международным договором или настоящим Кодексом не предусмотрено иное».

В отношении так называемых смежных прав в части четвертой ГК РФ не только дается определение этого понятия (ст. 1303), но и предусматривается, что предоставление на территории РФ охраны объектам смежных прав в соответствии с

международными договорами РФ осуществляется в отношении исполнений, фонограмм, сообщений передач организаций эфирного или кабельного вещания, не перешедших в общественное достояние в стране их происхождения вследствие истечения установленного в такой стране срока действия исключительного права на эти объекты и не перешедших в общественное достояние в Российской Федерации вследствие истечения предусмотренного ГК РФ срока действия исключительного права (п. 3 ст. 1304 ГК РФ).

В отношении действия на территории РФ исключительного права на фонограмму в ст. 1328 ГК РФ предусматривается, что исключительное право на фонограмму действует на территории РФ в случаях, когда: изготовитель фонограммы является гражданином РФ или российским юридическим лицом; фонограмма обнародована или ее экземпляры впервые публично распространялись на территории РФ, а также в иных случаях, предусмотренных международными договорами РФ.

Ссылки на применение международных договоров РФ содержатся также в ст. 1332 ГК РФ, посвященной действию исключительного права на сообщение радио- или телепередачи на территории РФ. В отношении действия на территории РФ исключительного права изготовителя базы данных такие ссылки содержатся в ст. 1336—1340, а в отношении действия на территории РФ исключительного права публикатора на обнародованное им произведение — в ст. 1341 ГК РФ.

Современная регламентация интеллектуальной собственности ввела понятие сложного объекта. К этому понятию было также отнесено понятие единой технологии. Речь идет, в частности, о таком результате научно-технической деятельности, к которому в соответствии с гражданским законодательством можно отнести научные исследования, конструкторскую документацию, опытный образец, новую технологию (И. С. Мухаметшин). Согласно ст. 1551 ГК РФ право на технологию может передаваться для использования единой технологии на территориях иностранных государств с согласия государственного заказчика или распорядителя бюджетных средств в соответствии с законодательством о внешнеэкономической деятельности. Такая сделка подлежит государственной

регистрации в органе федеральной исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Несоблюдение этого требования влечет недействительность сделки.

7. Особую актуальность в последние годы приобрели вопросы авторского права, связанные с созданием новых технологий, прежде всего Интернета. Интернет не только создал неограниченные возможности передачи текста, звука и видеозаписи, но и привел к опасным для авторов и иных правообладателей, независимо от места их нахождения, возможностям нарушения их прав.

Попытка решить некоторые вопросы использования цифровых технологий была сделана в ДАП, ДИФ, а также в директивах, принятых в рамках ЕС в области авторского права и смежных прав. Охрана компьютерных программ как литературных произведений в смысле ст. 2 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. была распространена на программы независимо от способа или формы их выражения. Установлены правила, касающиеся компиляции данных (базы данных) и права на коммерческий прокат компьютерных программ, кинематографических произведений; произведений, воплощенных в фонограммах.

В этих документах, а также в разрабатываемом договоре (протоколе) ВОИС по аудиовизуальным исполнениям было применено понятие «доведение до всеобщего сведения», которое наиболее точно отражает особенности использования охраняемых объектов в новой технологической среде. Так, в ст. 8 ДАП предусмотрено, что авторы произведений пользуются исключительным правом разрешить «любое сообщение своих произведений для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору». Тем самым охватывается, в частности, интерактивное сообщение по запросу через систему Интернет или Web-TV.

В заявлении, сделанном в отношении ст. 10 ДАП, отмечалось, что государства имеют право переносить и распространять на цифровую среду ограничения и исключения, которые действуют в отношении «классических» произведений. В 1989 г. был

заключен Договор ВОИС о международной регистрации аудиовизуальных произведений.

В соответствии с директивами ЕС государства — члены ЕС обязались инкорпорировать в свое национальное право содержание нескольких директив: по компьютерным программам (1991), смежным правам (1992), правам на аренду (прокат), спутниковому телевидению и кабельной ретрансляции (1993), правовой охране баз данных (1996).

В феврале 2001 г. после длительного согласования была принята Директива ЕС, которая предусматривает защиту авторских прав на размещенные в Интернете литературные и музыкальные произведения, а также фильмы. Государствам — членам ЕС предоставлена возможность использовать различные исключения, предусмотренные в этом документе. В настоящее время в рамках ЕС действует Директива ЕС № 2014/26/EU о коллективном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальном лицензировании прав на музыкальные произведения в целях онлайн-использования на внутреннем рынке.

8. Как и в ряде других государств, в России в последние годы большую остроту приобрела проблема борьбы с так называемым пиратством в области интеллектуальной собственности. Особенно широко распространено видеопиратство, что затрагивает законные интересы как иностранных, так и отечественных обладателей авторских и смежных прав.

В отличие от Бернской конвенции в ТРИПС уделено большое внимание обеспечению эффективности охраны правообладателей, поскольку главной целью создателей этого Соглашения было установление конкретных мер для преодоления так называемой пиратской практики. Был установлен ряд правил процессуального характера, таможенных и иных мер по борьбе с пиратством. Предусмотрено принятие судами предварительных мер, арест товаров, изготовленных без разрешения обладателей авторских прав.

Первоначально в России была установлена административная и иная ответственность за продажу, сдачу в прокат и иное незаконное использование экземпляров

произведений и фонограмм, однако эти и иные меры борьбы с нарушениями авторских и смежных прав не получили еще широкого применения. Законом от 8 апреля 2003 г. о внесении изменений в УК РФ было установлено, что «пиратов» будут наказывать не только за нанесение ущерба правообладателю, но и за сам факт использования контрафактной продукции, в том числе за «приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта, совершенные в крупном размере».

Встречались и другие нарушения прав авторов, относящиеся непосредственно к сфере международного частного права. Можно привести такой пример из практики. В течение нескольких лет предметом рассмотрения российского Антимонопольного комитета, других государственных органов и судов был договор от 22 января 1992 г., заключенный тогдашней компанией «Останкино» и американской корпорацией об использовании хранящегося в архивах «Останкино» фонда аудио- и видеопроизведений. Этим договором американской корпорации были предоставлены исключительные права на использование архивных записей, хотя это в большинстве случаев нарушало права наследников композиторов и аргистов-исполнителей.

9. Следует остановиться на договорных отношениях между Россией и другими государствами, входившими ранее в состав СССР.

В целях обеспечения признания и охраны авторских прав в отношениях между странами СНГ с некоторыми из них были заключены двусторонние соглашения. 24 сентября 1993 г. страны — участницы СНГ заключили многостороннее Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав. В нем участвует 12 государств, в том числе Россия. Соглашение вступило в силу в мае 1995 г. Взаимные интересы охраны авторского права и смежных прав сделали необходимым достижение договоренности между этими государствами о том, что они будут обеспечивать выполнение на своих территориях международных обязательств, вытекающих из участия бывшего Союза ССР во Всемирной конвенции об авторском праве (в ред. 1952 г.), исходя из того, что дата вступления в силу этой

Конвенции для СССР (27 мая 1973 г.) является датой, с которой каждое такое государство будет считать себя связанным ее положениями.

Что же касается отношений между собой, то эти государства, как это предусмотрено в названном Соглашении, будут применять Всемирную конвенцию как к произведениям, созданным после 27 мая 1973 г., так и к произведениям, охранявшимся по законодательству этих государств до этой даты, на тех же условиях, которые установлены национальным законодательством в отношении своих авторов. В ст. 3 Соглашения содержалось обязательство государств-участников предпринять необходимые меры для разработки и принятия законопроектов, обеспечивающих охрану авторского права и смежных прав на уровне требований Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г., Конвенции по охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г., а также Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г., о которых говорилось выше. В дальнейшем ряд этих государств присоединился к этим универсальным конвенциям.

6 марта 1998 г. в Москве государствами — участниками СНГ было заключено Соглашение о сотрудничестве по пресечению правонарушений в области интеллектуальной собственности. Согласно ст. 3 этого Соглашения каждая сторона вправе на основе взаимности предоставить физическим и юридическим лицам других сторон режим не менее благоприятный, чем своим физическим и юридическим лицам в отношении защиты прав на интеллектуальную собственность.

Практическое же решение вопросов осуществления в новых условиях взаимной охраны прав авторов, проживающих на территории России и любого другого государства, входившего ранее в СССР, может быть обеспечено путем заключения соглашений между РАО (Российским авторским обществом) и аналогичными авторско-правовыми организациями (обществами) этих государств. Такое сотрудничество может прежде всего состоять в том, что эти организации примут на себя обязательство обеспечивать в соответствии с действующим законодательством

на территории их деятельности взаимный сбор, распределение и перечисление авторского вознаграждения, причитающегося авторам другой страны, во всех случаях управления правами авторов на коллективной основе: публичное исполнение произведений, тиражирование грампластинок и магнитозаписей, использование произведений изобразительного и декоративно-прикладного искусства, а также получение дополнительного вознаграждения за кино- и телефильмы, издание произведений (сбор вознаграждения для наследников авторов).

На значение решения вопросов охраны авторских прав и других вопросов охраны интеллектуальной собственности было обращено внимание в Уставе СНГ. В этом документе в перечень основных направлений сотрудничества вошла «правовая охрана интеллектуальной собственности». Между отдельными государствами СНГ были заключены двусторонние соглашения (например, Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Армения о взаимной охране авторских прав от 25 июня 1993 г.).

### **Патентное право**

1. Охрана изобретений обычно осуществляется на основе норм патентного права. В части четвертой ГК РФ основу гл. 72 «Патентное право» составляют устоявшиеся нормы Патентного закона 1992 г. В литературе отмечалось, что «Гражданский кодекс в принципе закрепляет уже сложившуюся в России систему патентной охраны, что немаловажно для правоприменительной практики, ее стабильности» (А. Л. Маковский). В отношении изобретений территориальный характер соответствующих прав проявляется еще более ярко, чем в отношении произведений литературы и искусства. Технические достижения признаются в качестве изобретений только в результате принятия решения патентным ведомством; в России — Федеральной службой по интеллектуальной собственности (Роспатент), и права на изобретения возникают у какого-либо лица лишь в случае выдачи ему охранного документа (патента). Такой документ действует только на территории государства, в котором он



был выдан. Поэтому для приобретения права на это изобретение в другом государстве требуются подача заявки и самостоятельная выдача патента или иного охранного документа в этом иностранном государстве.

Признание предложения изобретением и выдача патента осуществляются в каждом государстве на основе норм его внутреннего законодательства. К изобретению предъявляется требование новизны, а в ряде стран также требование полезности. Предложенное решение должно быть новым, т.е. не известным ранее во всем мире (так называемая мировая новизна). Новизна устанавливается путем проведения специальной экспертизы на новизну (прежде всего по патентной и научно-технической литературе).

Охрана осуществляется путем выдачи патента на изобретение (имеются различные виды патентов).

Обычно в случае выдачи патента исключительное право на изобретение предоставляется патентообладателю, в качестве которого чаще всего выступают крупные фирмы. Имея патент, патентообладатель может разрешить кому-либо использовать это изобретение, использовать его сам или вообще никому его не предоставлять для использования. Без согласия патентообладателя изобретение не может быть использовано. Если кто-либо сделает это, т.е. нарушит патент, то по решению суда с нарушителя можно будет взыскать убытки, связанные с нарушением патента, и наложить арест на изделие, созданное с использованием патента, например при ввозе его в страну.

Чтобы вывозимые из России товары не нарушали патентов третьих лиц, они должны обладать так называемой патентной чистотой. Это значит, что, перед тем как поставить изделие, представить экспонат на выставку или вывезти его за границу, перед тем как передать техническую документацию, нужно проверить, обладает ли изделие патентной чистотой, т.е. не подпадает ли оно под действие патентов, принадлежащих третьим лицам. Это устанавливается путем проведения экспертизы на патентную чистоту. Если будет установлено, что изделие не обладает патентной чистотой, придется либо отказаться от его поставки, либо изменить соответствующие

технические решения, либо купить лицензию у патентообладателя, т.е. получить разрешение на использование изобретения (см. § 5 настоящей главы).

2. В России право на изобретение охраняется государством и удостоверяется патентом. Изобретению предоставляется правовая охрана, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо (ст. 1350 ГК РФ). Патент на изобретение удостоверяет авторство на изобретение, приоритет изобретения и исключительное право на изобретение. Патент выдается автору изобретения, работодателю в случаях, предусмотренных законом, и их правопреемникам.

Федеральный закон от 30 декабря 2008 г. «О патентных поверенных» (вступил в силу с 31 марта 2009 г.) в соответствии с ГК РФ регулирует отношения, связанные с деятельностью на территории РФ патентных поверенных, определяет требования к патентным поверенным, устанавливает порядок их аттестации и регистрации, а также определяет права, обязанности и ответственность патентных поверенных.

Патентный поверенный осуществляет ведение дел с федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности по поручению заявителей, правообладателей и иных заинтересованных граждан и юридических лиц, постоянно проживающих (для граждан) или имеющих место нахождения (для юридических лиц) в Российской Федерации и за ее пределами, если международным договором РФ или законодательством РФ не предусмотрено иное.

Закон направлен на совершенствование правовой охраны изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, а также средств индивидуализации (товарные знаки, знаки обслуживания и наименование мест происхождения товаров) (подробнее об этом см. в § 4 настоящей главы).

Патентными поверенными могут быть только российские граждане, проживающие на территории РФ. Утрата гражданства или выезд из территории РФ на постоянное место жительства за границу влекут за собой исключение из реестра патентных поверенных.

В число видов деятельности патентного поверенного входит, в частности, осуществление оформления и подачи от имени доверителя, заказчика, работодателя заявок и иных документов, необходимых в соответствии с законодательством РФ и международными договорами РФ для получения правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, в том числе созданных при осуществлении международного научно-технического сотрудничества.

При получении патента и ежегодно в течение срока его действия (20 лет) взимаются специальные патентные пошлины.

Выдача охранных документов иностранцам производится таким же образом, как и российским гражданам.

Объем прав иностранца, получившего патент в России, полностью определяется российским правом. Так, при выдаче патента в соответствии с правилами законодательства патентообладателю-иностранцу предоставляется исключительное право на изобретение, и без его согласия никто не может использовать изобретение.

Лицо, нарушившее исключительное право патентовладельца, обязано прекратить нарушение и возместить причиненный ущерб в порядке, предусмотренном гражданским законодательством.

Аналогичные правила установлены в России в отношении полезных моделей и промышленных образцов.

В ряде правил нашего законодательства нашел отражение факт участия России в Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. и в других международных соглашениях в этой области.

3. Основным международным соглашением, регулирующим вопросы охраны прав на изобретения и товарные знаки, является Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Главная цель Конвенции состоит в создании более льготных условий для патентования изобретений организациями и гражданами одних государств в других. В Конвенции участвуют свыше 170 государств, в том числе Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия,

Таджикистан, Туркмения, Украина, а также Латвия, Литва, Эстония. Наша страна участвует в Конвенции с 1965 г.

Парижская конвенция не предусматривает создания международного патента, который, будучи выдан в одной стране — участнице Конвенции, действовал бы во всех других странах. В любой другой стране изобретение может свободно использоваться без выплаты вознаграждения, если оно там не запатентовано.

Одним из основных принципов Парижской конвенции является принцип национального режима. Конвенция предусматривает предоставление гражданам и фирмам любой страны — ее участницы такой же охраны промышленной собственности, какая предоставляется или будет предоставляться в будущем своим гражданам законодательством данного государства (ст. 2).

Практически наиболее важным правилом Парижской конвенции является правило о конвенционном приоритете. Введение правила о приоритете в Конвенцию объясняется следующим: патент получает тот, кто первым подал заявку на изобретение. Первенство в подаче заявки обеспечивает новизну изобретения, которая является необходимым условием выдачи патента. При патентовании изобретения за границей вопрос о новизне осложняется тем, что изобретение, уже запатентованное в одном государстве, не является «новым» и, следовательно, непатентоспособно в другой стране. Запатентовать же изобретение одновременно в ряде государств — задача очень сложная. Положение облегчается для заявителей из стран — участниц Конвенции. Лицо, подавшее заявку на изобретение в одном из государств-участников, в течение 12 месяцев с даты подачи первой заявки пользуется для подачи заявки в других государствах-участниках правом приоритета (ст. 4). Публикация о таком изобретении, подача заявки на него третьим лицом в течение этого срока — эти и подобные им обстоятельства не помешают выдаче патента, поскольку приоритет и новизна будут определяться в другой стране не на день фактической подачи заявки в другой стране, а на момент подачи первой заявки. Подробные правила по этим вопросам содержатся в ст. 1382 ГК РФ. В п. 1 этой статьи говорится следующее: «Приоритет изобретения, полезной модели или промышленного образца может быть

установлен по дате подачи первой заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец в государстве — участнике Парижской конвенции по охране промышленной собственности (конвенционный приоритет) при условии подачи в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявки на изобретение или полезную модель в течение двенадцати месяцев с указанной даты, а заявки на промышленный образец — в течение шести месяцев с указанной даты. Если по не зависящим от заявителя обстоятельствам заявка, по которой испрашивается конвенционный приоритет, не могла быть подана в указанный срок, этот срок может быть продлен федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, но не более чем на два месяца».

В п. 2 предусматривается, что заявитель, желающий воспользоваться правом конвенционного приоритета в отношении заявки на полезную модель или промышленный образец, должен сообщить об этом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности до истечения двух месяцев со дня подачи такой заявки и представить заверенную копию первой заявки, указанной в п. 1 ст. 1382, до истечения трех месяцев со дня подачи в указанный федеральный орган заявки, по которой испрашивается конвенционный приоритет.

Согласно п. 3 заявитель, желающий воспользоваться правом конвенционного приоритета в отношении заявки на изобретение, должен сообщить об этом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности и представить в этот федеральный орган заверенную копию первой заявки в течение 16 месяцев со дня ее подачи в патентное ведомство государства — участника Парижской конвенции.

При непредставлении заверенной копии первой заявки в указанный срок право приоритета тем не менее может быть признано федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности по ходатайству заявителя, поданному им в этот федеральный орган до истечения указанного срока, при условии, что копия первой заявки запрошена заявителем в патентном ведомстве,

в которое подана первая заявка, в течение 14 месяцев со дня подачи первой заявки и представлена в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение двух месяцев со дня ее получения заявителем.

Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности вправе потребовать от заявителя представления перевода на русский язык первой заявки на изобретение только в случае, когда проверка действительности притязания на приоритет изобретения связана с установлением патентоспособности заявленного изобретения.

В Парижской конвенции имеются лишь отдельные материально- правовые нормы по вопросам охраны изобретений (об обязательном осуществлении изобретений, о возможном использовании запатентованных устройств на кораблях и иных транспортных средствах).

4. В условиях развития патентования изобретений правила Парижской конвенции во многом стали недостаточными, особенно для стран, которые производят зарубежное патентование в широких масштабах. Более половины общего числа заявок на изобретения, подаваемых во всех странах мира, дублируется, поскольку заявки подаются на одни и те же изобретения, но в разные страны. Возникла потребность в углублении международного сотрудничества в этой области. В результате большой подготовительной работы 19 июня 1970 г. в Вашингтоне было заключено другое многостороннее соглашение — Договор о патентной кооперации. В 1973 г. Договор вступил в силу. В нем участвует 116 государств. СССР ратифицировал Договор 23 декабря 1977 г. (с оговорками). Договор действует для Азербайджана, Белоруссии, Грузии, Казахстана, Киргизии, Молдавии, России, Узбекистана, Украины, а также Латвии, Литвы и Эстонии.

Договор о патентной кооперации предусматривает возможность составления и подачи так называемой международной заявки. По такой заявке проводится поиск по выявлению предшествующего уровня техники, что имеет существенное значение для получения патентов. В дальнейшем такой поиск может быть проведен в одном из «международных поисковых органов». Одним из этих органов является Российское

патентное ведомство, которое проводит документальный поиск по материалам заявок, облегчающий затем проведение экспертизы в национальных ведомствах стран, куда подается заявка для патентования.

По желанию заявителя поисковый орган может не ограничиться проведением такого поиска, а осуществить и международную предварительную экспертизу. Выводы экспертизы сообщаются национальным ведомствам тех стран, где заявитель хочет обеспечить охрану. Если выводы экспертов не будут противоречить требованиям национального законодательства, национальные ведомства вынесут решение о выдаче патента.

Таким образом, хотя Договор о патентной кооперации, как и Парижская конвенция, не вводит единый международный патент, он содержит определенные элементы, дальнейшее развитие которых может привести к созданию такого патента. Реализация этого Договора уменьшает затраты труда и средств при проведении зарубежного патентования, делает его более оперативным.

5. В ходе переговоров по заключению ТРИПС серьезные разногласия возникли в отношении введения патентной охраны на медикаменты и продукты питания. В ТРИПС было определено исключительное право патентообладателя как в отношении патента на изделие (продукт), так и в отношении способа его изготовления. Если предметом патента является способ, третьим лицам может быть запрещено использование этого способа, предложение к продаже, продажа или импорт. Следует обратить внимание на то, что действие патента, выданного на способ, распространяется на изделие, полученное посредством применения такого способа. В случае рассмотрения спора в суде, согласно ТРИПС, суд может возложить на ответчика бремя доказывания того обстоятельства, что способ изготовления идентичного продукта отличается от запатентованного способа.

Важным шагом на пути к гармонизации национального законодательства в области правовой охраны изобретений явилось подписание 1 июня 2000 г. Договора о патентном праве. Договор подписали 47 государств (Великобритания, Киргизия,

Латвия, Молдавия, США, Франция, Эстония и др.), ратифицировали 18 государств. В России Договор вступил в силу 12 августа 2009 г.

Унификация законодательства об изобретениях, а тем самым и создание единого патента предусмотрены отдельными региональными соглашениями. Так, создание европейского патента предусмотрено Конвенцией о выдаче европейского патента, подписанной на конференции в Мюнхене 5 октября 1973 г. (Европейская патентная конвенция), а создание единого патента для стран Общего рынка — Конвенцией о европейском патенте для Общего рынка от 15 декабря 1975 г. В Мюнхене функционирует Европейская патентная организация.

6. 9 сентября 1994 г. Евразийскую патентную конвенцию подписали Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан, Украина. Согласно Конвенции, была учреждена Евразийская патентная организация. Органами Организации являются Административный совет и Евразийское патентное ведомство. Штаб-квартира Организации находится в Москве. Официальный язык Организации — русский. Конвенция содержит материальные нормы патентного права. Евразийское ведомство выдает евразийские патенты на изобретения, которые являются новыми, имеют изобретательский уровень и промышленно применимы. Право приоритета, согласно ст. 8 Евразийской патентной конвенции 1994 г., признается в соответствии с Парижской конвенцией по охране промышленной собственности. В Евразийской патентной конвенции 1994 г. определяются исключительные права патентообладателя, объем правовой охраны, срок действия евразийского патента (20 лет с даты подачи евразийской заявки) и т.д.

Наряду с этим в Евразийской патентной конвенции 1994 г. содержатся процедурные нормы, касающиеся подачи евразийской заявки и выдачи евразийского патента. Заявители из государств-участников подают евразийские заявки через национальное патентное ведомство данной страны, если это предусмотрено ее законодательством. Заявка может подаваться и непосредственно в Евразийское патентное ведомство. Евразийская патентная конвенция 1994 г. исходит из так называемой системы отсроченной экспертизы. По ходатайству заявителя, которое должно быть подано в



Евразийское патентное ведомство по истечении шести месяцев с даты публикации отчета о поиске, ведомство проводит экспертизу заявки, по существу. В рамках Евразийской патентной системы применяется Договор о патентной кооперации.

Евразийский патент действует на территории всех государств — участников Конвенции с даты его публикации.

В соответствии с Конвенцией при создании Евразийской патентной системы сохраняется независимость национальных систем, право любого государства-участника выдавать национальные патенты не затрагивается.

Существование Евразийской патентной системы создало большие преимущества для заявителей из любой страны СНГ и из третьих стран: они могут в будущем не подавать заявки на получение патента в каждой отдельной стране, а путем подачи одной заявки на русском языке в Москве и уплаты одной пошлины обеспечить патентную охрану во всех государствах — участниках Конвенции.

Рассмотрение евразийской заявки на изобретение, имеющей в соответствии с Евразийской патентной конвенцией силу предусмотренной российским законодательством заявки на изобретение, осуществляется начиная с даты, когда федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности получена от Евразийского патентного ведомства заверенная копия евразийской заявки.

В случае если евразийский патент и патент Российской Федерации на идентичные изобретения или идентичные изобретение и полезную модель, имеющие одну и ту же дату приоритета, принадлежат разным патентообладателям, такие изобретения или изобретение и полезная модель могут использоваться только с соблюдением прав всех их патентообладателей (п. 1 ст. 1397 ГК РФ).

В случае если евразийский патент и патент Российской Федерации на идентичные изобретения или идентичные изобретения и полезную модель, имеющие одну и ту же дату приоритета, принадлежат одному и тому же лицу, это лицо может предоставить любому лицу право на использование таких изобретений или изобретения и полезной

модели в соответствии с лицензионным договором, заключенным на основе этих патентов (п. 2 ст. 1397 ГК РФ).

7. Патентование отечественных изобретений за границей производится прежде всего для обеспечения экономических интересов за рубежом. Одной из целей патентования за границей является обеспечение промышленного экспорта, т.е. охрана экспорта при вывозе отечественных промышленных товаров, поставке оборудования за границу, строительстве предприятий на основе нашей документации и при техническом содействии со стороны наших организаций.

Другая цель патентования за границей — обеспечение наилучших условий продажи лицензий иностранным фирмам на право использования отечественных изобретений. Патентование с этой целью производится в тех случаях, когда изделия, в производстве которых используются изобретения, обладают высокими технико-экономическими показателями и можно предполагать спрос на лицензии со стороны иностранных фирм или когда уже есть предложения о покупке лицензий на эти изобретения.

Важное значение имеет патентование изобретений, производимое при осуществлении научно-технического сотрудничества, для охраны результатов совместных исследований и разработок.

Патентование может осуществляться и для защиты в случае необходимости изобретений, используемых в изделиях, выставляемых на международных выставках и ярмарках.

Подача за границу заявки на изобретение, созданное в России, целесообразна, как правило, после того, как это изобретение будет заявлено в России. Патентование в зарубежных странах изобретений, созданных в России, осуществляется, как правило, по истечении шести месяцев с даты подачи заявки в наше ведомство (п. 1 ст. 1395 ГК РФ).

Заявитель может это сделать в том случае, если он не будет уведомлен о том, что в заявке содержатся сведения, составляющие государственную тайну. Заявка на изобретение может быть подана ранее указанного срока, но после проведения по

просьбе заявителя проверки наличия в заявке сведений, составляющих государственную тайну. Порядок проведения такой проверки устанавливается Правительством РФ.

Патентование в соответствии с Договором о патентной кооперации или Евразийской патентной конвенцией изобретения или полезной модели, созданных в Российской Федерации, допускается без предварительной подачи соответствующей заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, если заявка в соответствии с Договором о патентной кооперации (международная заявка) подана в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности как в получающее ведомство и Российская Федерация в ней указана в качестве государства, в котором заявитель намерен получить патент, а евразийская заявка подана через федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (п. 2 ст. 1395 ГК РФ).

Оформление заявочных материалов для получения заграничного патента — сложный процесс. Патент за границей испрашивается на имя предприятия (организации) или же на имя действительного автора (авторов) изобретения, причем и в заявке, и в патенте указывается имя действительного изобретателя. Таким образом, личные права изобретателя охраняются и при патентовании за границей. Патент может быть получен и на имя правопреемника, т.е. лица, которому автор передал соответствующие права.

Изобретения патентуются за границей с соблюдением требований законов той страны, в которой испрашивается охрана. Во многих государствах заявки необходимо подавать через патентного поверенного. Такими патентными поверенными являются специальные конторы, специальные фирмы.

8. С государствами СНГ может быть установлен на основе многосторонних и двусторонних соглашений иной, чем с другими государствами, порядок патентования изобретений (в частности, без применения требования о подаче заявок через патентных поверенных). В этих государствах может быть подтверждено действие ранее выданных охранных документов СССР на изобретения.

В целях принятия неотложных мер по созданию межгосударственной системы правовой охраны промышленной собственности 12 марта 1993 г. было заключено Соглашение о мерах по охране промышленной собственности и создании Межгосударственного совета по вопросам охраны промышленной собственности. Это Соглашение прекратило свое действие после вступления в силу 14 августа 2011 г. Соглашения о сотрудничестве в области правовой охраны и защиты интеллектуальной собственности и создании Межгосударственного совета по вопросам правовой охраны и защиты интеллектуальной собственности, заключенного 19 ноября 2010 г. В настоящее время Соглашение 2010 г. вступило в силу для Казахстана, России, Таджикистана, Армении, Белоруссии, Узбекистана, Молдавии, Украины и Киргизии.

**Право на товарный знак, знак обслуживания,  
наименование места происхождения товаров  
и борьба с недобросовестной конкуренцией**

Товарный знак — это обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей (п. 1 ст. 1477 ГК РФ). Обычно это оригинальное художественное изображение, которое помещается на изделиях. Оно призвано служить рекламе изделий. Поэтому товарный знак способствует реализации товара и свидетельствует об определенном качестве изделия.

Под знаком обслуживания понимается обозначение, служащее для индивидуализации выполняемых юридическими лицами либо индивидуальными предпринимателями работ или оказываемых ими услуг (п. 2 ст. 1477 ГК РФ).

От товарного знака следует отличать фирменное наименование. Исключительное право на использование своего фирменного наименования принадлежит юридическому лицу. Такое наименование или его отдельные элементы могут быть использованы правообладателем в принадлежащем ему товарном знаке и знаке

обслуживания. В отечественной литературе право на фирму определяется как личное неимущественное право (Д. А. Медведев). Оно органически связано с деловой репутацией юридического лица, а также правом на защиту чести и достоинства лиц, которым принадлежит предприятие.

На территории РФ действует исключительное право на товарный знак, зарегистрированный федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, а также в других случаях, предусмотренных международным договором РФ (ст. 1479 ГК РФ). В этой статье говорится о территориальном характере действия исключительного права. При выдаче федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности свидетельства на товарный знак возникшее исключительное право действует на всей территории РФ.

В то же время для признания права на товарный знак в другом государстве правообладателю необходимо произвести регистрацию знака в соответствующем государстве, согласуясь с национальным законодательством.

В начале XXI в. значение товарных знаков и фирменных наименований резко возросло. Стоимость товарных знаков в 2002 г. таких американских компаний, как «Кока-кола», составила 69,6 млрд. долл. США, «Майкрософт» — 64,1 млрд., «Ай-би-эм» — 51,2 млрд., а финской компании мобильных телефонов «Нокиа» — 30 млрд. долл. США.

В России право на товарный знак возникает вследствие его регистрации. Если товарный знак будет зарегистрирован в России, то правообладатель получит исключительное право на использование знака. Никто не может использовать охраняемый в России товарный знак без разрешения правообладателя.

Согласно ст. 1495 ГК РФ приоритет товарного знака может быть установлен по дате подачи первой заявки на товарный знак в государстве — участнике Парижской конвенции по охране промышленной собственности (конвенционный приоритет), если заявка на товарный знак подана в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение шести месяцев с указанной даты (п. 1).

Приоритет товарного знака, помещенного на экспонатах официальных или официально признанных международных выставок, организованных на территории одного из государств — участников Парижской конвенции по охране промышленной собственности, может устанавливаться по дате начала открытого показа экспоната на выставке (выставочный приоритет), если заявка на товарный знак подана в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение шести месяцев с указанной даты (п. 2).

Заявитель, желающий воспользоваться правом конвенционного или выставочного приоритета, обязан указать это при подаче заявки на товарный знак или в течение двух месяцев со дня ее подачи в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности и приложить необходимые документы, подтверждающие правомерность такого требования, либо представить эти документы в указанный федеральный орган в течение трех месяцев со дня подачи заявки (п. 3).

Приоритет товарного знака может устанавливаться по дате международной регистрации товарного знака в соответствии с международными договорами РФ (п. 4).

В комментариях к п. 4 данной статьи обращалось внимание на то, что согласно ст. 4 Мадридского соглашения о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 г. (в ред. 1979 г.) начиная с даты международной регистрации во всех странах — участницах Соглашения товарному знаку предоставляется «такая же правовая охрана, как если бы он был заявлен там непосредственно». Важно подчеркнуть, что любой товарный знак, являющийся объектом международной регистрации, пользуется правом конвенционного приоритета.

Постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 29 мая 2007 г. по делу «Р энд А Бейли энд Ко» установлено, что было нарушено исключительное право на товарный знак «BAILEYS», приоритет которого должен быть определен по дате международной регистрации согласно ст. 4 Мадридского соглашения.

В ст. 1515 ГК РФ, посвященной защите прав на товарные знаки, установлено, что товары, этикетки, упаковки товаров, на которых незаконно размещены товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными (п. 1).

Правообладатель вправе требовать изъятия из оборота и уничтожения за счет нарушителя контрафактных товаров, этикеток, упаковок товаров, на которых размещены незаконно используемый товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение (п. 2).

В литературе (А. П. Сергеев) отмечалось, что отсутствие в предшествующем ГК законодательстве соответствующего указания на практике нередко приводило к отказу в удовлетворении предъявляемых правообладателями исков об уничтожении контрафактных товаров.

Правообладатель вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации в размере от 10 тыс. до 5 млн. руб., определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения, либо в двукратном размере стоимости товаров, на которых незаконно размещен товарный знак, или в двукратном размере стоимости права использования товарного знака, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака (п. 4).

Гражданский кодекс РФ устанавливает, что товарный знак, зарегистрированный в Российской Федерации, должен обязательно использоваться. Правовая охрана товарного знака может быть прекращена досрочно в связи с неиспользованием товарного знака непрерывно в течение любых трех лет после его государственной регистрации.

При решении вопроса о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием могут быть приняты во внимание представленные правообладателем доказательства того, что товарный знак не использовался по независящим от него обстоятельствам (п. 3 ст. 1486 ГК РФ).

При решении вопроса о прекращении действия регистрации принимаются во внимание, в частности, действия иностранного владельца товарного знака, направленные на осуществление его права на товарный знак в Российской Федерации (например, публикация товарного знака в газетах, журналах и рекламных материалах, демонстрация экспонатов, обозначенных товарными знаками, на выставках и ярмарках, проводимых в России, и т.п.). Иными словами, действия такого рода рассматриваются как действия по использованию знака.

Споры о регистрации товарных знаков решаются в административном порядке федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Защита прав иностранных фирм на товарные знаки в России обеспечивается в соответствии с действующим законодательством.

В соответствии со ст. 1484 ГК РФ лицу, на имя которого зарегистрирован товарный знак (правообладателю), принадлежит исключительное право использования товарного знака любым не противоречащим закону способом (исключительное право на товарный знак), в том числе способами, указанными в п. 2 данной статьи. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на товарный знак.

Исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности путем размещения товарного знака: 1) на товарах, в том числе на этикетках, упаковках товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории РФ, либо хранятся или перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию РФ; 2) при выполнении работ, оказании услуг; 3) на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот; 4) в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе; 5) в сети Интернет, в том числе в доменном имени и при других способах адресации.

Никто не вправе использовать без разрешения правообладателя сходные с его товарным знаком обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых



товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров, если в результате такого использования возникнет вероятность смешения.

Товары, этикетки, упаковки товаров, на которых незаконно размещены товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными (п. 1 ст. 1515 ГК РФ).

Необходимо обратить внимание на то, что правообладатель может запретить другой фирме ввозить в Россию товар, обозначенный таким или сходным с ним знаком, как и его. В случаях незаконного использования владелец знака может потребовать: 1) прекращения нарушения; 2) взыскания причиненных нарушением убытков; 3) удаления с товара или его упаковки незаконно используемого знака; 4) уничтожения изображений знака; 5) принятия иных мер.

Приведем типичный случай нарушения прав иностранных фирм на принадлежащие им товарные знаки.

В течение длительного времени в различных государственных органах (в Апелляционной палате Роспатента) и в арбитражных судах (Арбитражном суде г. Москвы, Высшем Арбитражном Суде РФ) рассматривался вопрос о регистрации и использовании в России товарного знака «Паклан».

Европейский концерн «Паклан» объединял три компании в Бельгии, Голландии, ФРГ и занимался производством и сбытом товаров для домашнего хозяйства — пакетов и пленки из полиэтилена (для хранения продуктов питания, замораживания кубиков льда, для мусора), изделий из алюминиевой фольги, бумаги для выпечки, губок и мочалок для мытья посуды и т.д.

Для продвижения производимых фирмой товаров в Москве было создано дочернее предприятие «Паклан-Москва». В июне 1992 г. фирма «Паклан» подала заявку на регистрацию товарного знака «Паклан» в Роспатент. Однако в регистрации знака концерну было отказано со ссылкой на то, что ранее поступила заявка на аналогичный товарный знак от АООТ «Московское патентное бюро». Роспатент зарегистрировал по этой заявке товарный знак в виде словесного обозначения «Паклан» для обозначения товаров 6, 16, 21 классов, т.е. именно в отношении тех товаров, которые

хотела продавать фирма «Паклан» (алюминиевая фольга, пластмассовые материалы для упаковки, домашняя и кухонная утварь и посуда). Московское патентное бюро само товаров не производит, оно специализируется на оказании патентных услуг и аудите промышленной собственности, оценивает стоимость товарных знаков с учетом затрат на их разработку, защиту и кампанию по продвижению на рынке.

Решением Апелляционной палаты Роспатента от 21 марта 1995 г. регистрация знака «Паклан» по заявлению фирмы была признана недействительной (постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 октября 1996 г. № 225/96).

В учебной литературе (Л. А. Трахтенгерц) в связи с этим делом справедливо обращалось внимание на то, что в этом и в аналогичных случаях российский предприниматель, получив информацию о возможном появлении на российском рынке товаров крупной западной фирмы, не зарегистрировавшей ранее свой товарный знак в России, не теряя времени подает заявку на этот знак на свое имя. Делается это для того, чтобы вынудить зарубежную фирму приобрести права на свой же товарный знак у российского правообладателя. Хотя судебная практика по делам такого рода еще полностью не сложилась, трудно признать действия такого рода соответствующими требованию добросовестности в международном торговом обороте.

С точки зрения российского законодательства действия такого рода представляют собой злоупотребление правом (согласно ст. 10 ГК РФ), они могут быть признаны судом недобросовестной конкуренцией, если такие действия предпринимателя противоречат обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, справедливости и разумности (в соответствии со ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. «О защите конкуренции»). Этот Закон распространяется на случаи, когда приобретение, использование и нарушение исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности может привести к недобросовестной конкуренции. Федеральный антимонопольный орган (с 2004 г. — Федеральная антимонопольная служба) может выносить решения о признании действий по приобретению прав на товарный знак недобросовестной конкуренцией.

Заслуживает внимания решение Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по спору о товарном знаке «Nivea». Суть этого спора состоит в следующем.

Компания «Байерсдорф АГ» (Германия) являлась владельцем серии товарных знаков со словесным обозначением «Nivea». Компания активно использовала данный товарный знак в России с 1990-х гг. и являлась одним из лидеров российского рынка косметической продукции. Однако ООО «БРК-Косметикс» зарегистрировала в России другой товарный знак с приоритетом от 26 марта 2002 г. со словесным обозначением «Livia».

Немецкая компания представила в палату по патентным спорам Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентным и товарным знакам свои возражения против регистрации товарного знака «Livia». Данные возражения были отклонены патентной палатой, в связи с чем компания «Байерсдорф АГ» обратилась в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о признании решения патентной палаты недействительным.

Судебными актами нижестоящих судов решение патентной палаты было оставлено в силе. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ вынесенные по делу судебные акты отменил, решение патентной палаты признал недействительным.

Как отмечал В. В. Старженецкий, в этом постановлении последовательно разбираются три основных критерия: различительная способность, однородность товаров и сходство обозначений.

Высший Арбитражный Суд РФ отметил, что товарные знаки немецкой компании обладают существенной различительной способностью, являются одними из наиболее популярных косметических брэндов в России с достаточно большой долей рынка и узнаваемостью среди потребителей. Об этом свидетельствовали данные социологических опросов, представленных в деле. В постановлении также было указано, что различительная способность товарного знака «Nivea» усиливалась благодаря длительному использованию на товарном рынке России и наличию серии знаков со схожими словесными и изобразительными элементами.

Товарный знак «Livia» являлся «младшим» (зарегистрированным позднее) и на основании представленных материалов обладал значительно меньшей известностью и различительной способностью в глазах потребителя на российском рынке.

Из постановления Высшего Арбитражного Суда РФ следует, как указывает В. В. Старженецкий, что лица, которые выходят на рынок и регистрируют товарные знаки для своей продукции, должны соблюдать надлежащую осмотрительность при выборе и использовании средств индивидуализации, особенно в тех случаях, когда речь идет об одном сегменте рынка и прямой конкуренции хозяйствующих субъектов.

Сформулированное правило направлено на борьбу с паразитированием на чужих товарных знаках, с недобросовестной конкуренцией и представляется логичным, поскольку трудно предположить, что регистрирующее товарный знак лицо ничего не знает о продукции конкурента(ов). Добросовестный участник коммерческого оборота вполне может успешно продвигать свои товары под каким-либо оригинальным товарным знаком, не нарушая права и интересы своих конкурентов.

Действующим законодательством установлены гражданская, административная и уголовная ответственность в случаях незаконного использования товарного знака. В частности, предусмотрено, что правообладатель вправе требовать изъятия из оборота и уничтожения за счет нарушителя контрафактных товаров, этикеток, упаковок товаров, на которых размещены незаконно используемый товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение. В тех случаях, когда введение таких товаров в оборот необходимо в общественных интересах, правообладатель вправе требовать удаления за счет нарушителя с контрафактных товаров, этикеток, упаковок товаров незаконно используемого товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения.

Лицо, нарушившее исключительное право на товарный знак при выполнении работ или оказании услуг, обязано удалить товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение с материалов, которыми сопровождается выполнение таких работ или оказание услуг, в том числе с документации, рекламы, вывесок.

Правообладатель вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации: 1) в размере от десяти тысяч до пяти миллионов рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения; 2) в двукратном размере стоимости товаров, на которых незаконно размещен товарный знак, или в двукратном размере стоимости права использования товарного знака, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака (п. 4 ст. 1515 ГК РФ).

Однако, несмотря на введение этих и других мер борьбы с пиратством, практика их применения не может быть признана достаточно эффективной. Для сравнения сошлемся на практику работы таможенных органов порта Гамбурга (ФРГ).

Зимой 2004/2005 гг. только в одном задержанном ими прибывшем контейнере, предназначенном для перегрузки на другие суда, были обнаружены футболки, рубашки, брюки, тренировочные костюмы, шорты, пижамы, снабженные знаками «Adidas», «Fila», «Reebok», «Hugo Boss», а также парфюмерия с товарными знаками наиболее известных фирм.

Было установлено, что товары произведены не во Франции, как сказано в сопроводительных документах, а во Вьетнаме. С согласия фирм — обладателей товарных знаков все эти предметы были сожжены. Общая стоимость задержанной в порту фальсифицированной продукции составила более 1 млн. евро.

2. Для того чтобы обеспечить за рубежом охрану товарных знаков на российские экспортные товары, такие знаки необходимо зарегистрировать в соответствующих государствах. Для экспортных товаров часто применяются специально создаваемые знаки, приобретающие большую популярность (знаки для часов, спичек, крабов и т.д.). Хороший товарный знак способствует продвижению отечественных товаров на внешнем рынке. Отсутствие же охраны на товарный знак может затруднить реализацию товара. Предприятия, продукция которых экспортируется за границу, регистрируют свои товарные знаки за рубежом.

Регистрация товарных знаков за рубежом осуществляется на основании как национального законодательства, так и положений международных соглашений. В отношении товарных знаков Парижская конвенция по охране промышленной собственности опирается на те же принципы, что и в отношении прав на изобретение (национальный режим, правило о конвенционном приоритете). Наряду с этим Парижская конвенция устанавливает определенные требования, которые должны предъявляться к товарным знакам при их регистрации в странах-участницах (в отношении изобретений Конвенция каких-либо требований не содержит, отсылая по всем вопросам такого рода к национальному законодательству).

Некоторые страны — участницы Парижской конвенции заключили в 1891 г. Мадридское соглашение о международной регистрации знаков. В настоящее время его участниками являются 56 государств. Соглашение действует для Азербайджана, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Молдавии, России, Таджикистана, Узбекистана, Украины, а также для Латвии и Литвы.

В соответствии с Соглашением в Международное бюро в Женеве через ведомство страны, где была подана национальная заявка и осуществлена регистрация знака, подается заявка на международную регистрацию. В заявке указываются номера заявки и регистрации знака в стране происхождения.

В заявке указываются те страны — участницы Соглашения, в отношении которых испрашивается охрана. В течение года после подачи заявки в Международное бюро каждое государство может возразить против предоставления международной регистрации на том основании, что заявленное обозначение не отвечает требованиям национального законодательства. Если отказа не поступило, товарный знак становится охраняемым во всех странах, в отношении которых была подана заявка на международную регистрацию.

В 1989 г. был подписан Протокол к Мадридскому соглашению. Мадридский протокол был принят в целях введения в систему международной регистрации некоторых изменений, основными из которых являются установление возможности по усмотрению заявителя подавать заявки, основываясь не только на национальных

регистрациях, но и на национальных заявках, и к тому же не только на французском, но и на английском языке. Эти и другие изменения позволили, в частности, Великобритании, Японии, а затем и США (со 2 ноября 2003 г.) войти в Мадридскую систему путем участия в Протоколе.

Для участников Мадридского соглашения является обязательным использование Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков. Приведем пример применения положений этих международных соглашений.

Швейцарская фирма «Фабрик де Табак Реюни С. А.» (FTR) через патентное ведомство Швейцарии в январе 1995 г. подала заявку на международную регистрацию товарного знака «Президент» в отношении ряда стран, в том числе Узбекистана. В отношении этого знака никаких заявлений об отказе от имени Узбекистана не делалось. Сигареты с этим знаком поставлялись в Узбекистан. Однако другая фирма («Папастратос») в том же месяце, но позднее даты международной регистрации подала заявку в Узбекистане на аналогичный товарный знак, и он был зарегистрирован. В этом знаке на этикетке для сигарет в качестве основного элемента было использовано слово «Президент». В данном случае речь шла о сходстве обозначений до степени их смешения, и впоследствии регистрация знака на сигареты фирмы «Папастратос» была признана в Узбекистане недействительной (определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда Республики Узбекистан от 16 мая 2000 г.).

12 июня 1973 г. в Вене было подписано новое международное соглашение по вопросам товарных знаков — Договор о регистрации товарных знаков. В нем участвуют 15 государств.

В 1994 г. был заключен Договор ВОИС о законах по товарным знакам, в котором участвуют 38 государств, в том числе Казахстан, Киргизия, Латвия, Литва, Молдавия, Россия, Узбекистан, Украина, Эстония. Цели этого Договора — осуществление гармонизации и упрощение национального законодательства путем устранения излишних формальностей при подаче заявок и поддержания товарных знаков в силе.

26 марта 2007 г. Россия подписала Сингапурский договор о законах по товарным знакам, принятый 27 марта 2006 г.

В рамках ЕС был осуществлен ряд мероприятий по созданию единого товарного знака; организовано Ведомство по товарным знакам, принимающее заявки на регистрацию единого товарного знака для всех государств — членов ЕС.

3. В практике применения международных конвенций о товарных знаках возникают большие сложности, связанные с использованием понятий общеизвестных товарных знаков и знаков, вошедших во всеобщее употребление как обозначения товаров определенного вида. Статья 6 bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. содержит положения, устанавливающие охрану общеизвестных товарных знаков. Согласно Конвенции по определению компетентного органа страны регистрации или страны применения товарный знак признается в этой стране общеизвестным в качестве знака определенного лица. Поэтому должна отклоняться или признаваться недействительной регистрация или запрещаться применение товарного знака, представляющего собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способные вызвать смешение с общеизвестным знаком (например, в качестве общеизвестных можно привести такие словесные знаки, как «Coca-Cola», «Ford»). В то же время по российскому законодательству не подлежат регистрации в качестве знака обозначения, вошедшие во всеобщее употребление как названия определенного рода изделия (так называемые свободные знаки).

В отечественной литературе неоднозначную оценку получило рассмотрение спора о правах иностранных фирм на использование в России словесного товарного знака «аспирин». Немецкая фармацевтическая фирма «Байер» еще в конце XIX в. разработала соответствующий препарат и почти во всех странах стала применять этот товарный знак. Исключение составляли США, Великобритания и Франция, где он превратился в свободный знак в результате применения законодательства о враждебных иностранцах во время Первой мировой войны.



В России право фирмы «Байер» оспаривалось французской фирмой «Упса», поставляющей в Россию свой аналогичный препарат под названием «Аспирин упса». В России товарный знак фирмы «Байер» был зарегистрирован в 1899 г. В 1909 г. регистрация была продлена до 1919 г. Повторно знак был зарегистрирован в 1991 г. В определенный период времени в СССР наименование использовалось как родовое, применяемое для обозначения товара определенного рода. Однако в связи с присоединением СССР к Парижской конвенции по охране промышленной собственности на момент регистрации препарат под таким названием отечественными предприятиями больше не производился.

Регистрация знака по заявлению фирмы «Упса» была аннулирована со ссылкой на то, что этот знак вошел во всеобщее употребление как обозначение товаров определенного вида.

Наряду с национальной регистрацией более чем в 80 странах фирма «Байер» сначала в 1899 г., а затем в 1986 г. осуществила международную регистрацию в соответствии с Мадридским соглашением о международной регистрации знаков. На основе международной регистрации в 1986 г. было сделано заявление о распространении ее действия на Россию. Решение о признании действия этой международной регистрации было принято Роспатентом 27 июня 1994 г. Апелляционная палата Роспатента 30 ноября 1995 г. приняла решение об аннулировании этой регистрации. Однако действия для реализации такого решения, предусмотренные Мадридским соглашением, Протоколом и Инструкцией к нему, не были выполнены.

После длительного рассмотрения спора в различных инстанциях право фирмы «Байер» было признано, в результате достигнутого соглашения с 1 января 2000 г. препарат фирмы «Упса» стал продаваться в России под названием «Упсарин».

В связи с этим спором можно сделать следующие выводы:

- многосторонние конвенции, регулирующие правовую охрану товарных знаков, пользуются приоритетом перед национальными правилами, касающимися регистрации знаков;

- охрана общеизвестных товарных знаков должна осуществляться в России на основании ст. 6bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г.;
- в отношении одного и того же знака на имя одного и того же лица не должны действовать национальная и международная регистрации, если одна из них не была оспорена в соответствии с порядком, установленным Конвенцией.

Одним из наиболее существенных дополнений российского законодательства в этой сфере стало вступление в силу части четвертой ГК РФ, и в частности разд. IV «Особенности правовой охраны общеизвестного товарного знака» (ст. 1508, 1509).

Общеизвестным в Российской Федерации товарным знаком может быть признан товарный знак, охраняемый на территории РФ на основании его регистрации, или товарный знак, охраняемый на территории РФ без регистрации в соответствии с международным договором РФ, а также обозначение, используемое в качестве товарного знака, но не имеющее правовой охраны на территории РФ, если такие товарные знаки или обозначение в результате их интенсивного использования стали на указанную в заявлении дату широко известны в Российской Федерации среди соответствующих потребителей в отношении товаров заявителя.

Товарный знак и обозначение, используемое в качестве товарного знака, не могут быть признаны общеизвестными товарными знаками, если они стали широко известны после даты приоритета тождественного или сходного с ними до степени смешения товарного знака другого лица, который предназначен для использования в отношении однородных товаров.

Общеизвестному товарному знаку предоставляется правовая охрана, предусмотренная ГК РФ для товарного знака.

В интересах пресечения действий, рассматриваемых в силу п. 3 ст. 10 bis Парижской конвенции как недобросовестная конкуренция, правовая охрана общеизвестного товарного знака распространяется также на иные товары, неоднородные с теми, для которых товарный знак был признан общеизвестным (п. 3 ст. 1508 ГК РФ). Использование общеизвестного товарного знака недопустимо в тех случаях, когда его

использование другим лицом, нежели правообладатель или его лицензиат, будет ассоциироваться у потребителей с обладателем исключительного права на общеизвестный товарный знак и может ущемить законные интересы такого обладателя.

В комментариях к части четвертой ГК РФ приводится постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20 октября 2006 г. по делу № КГ-А40/9646-06-П, оставившее в силе ранее вынесенные решения по спору между КОО «ТНС Гэллап Ой» (Финляндия) и Роспатентом, удовлетворившим возражение американской компании «Гэллап Инк» о признании частично недействительной регистрации финской компанией комбинированного товарного знака «Гэллап» в отношении услуг 35 класса Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков. Решения основывались на том, что обозначение «Gallup» в сознании российского потребителя неразрывно связано с личностью американского ученого-социолога Дж. Х. Гэллапа и основанным им Институтом Гэллапа, проводящим регулярные опросы населения.

Правовая охрана общеизвестному товарному знаку предоставляется на основании решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Правовая охрана общеизвестного товарного знака действует бессрочно.

4. Наряду с охраной товарных знаков российское законодательство (ст. 1516—1537 ГК РФ) предусматривает охрану наименований мест происхождения товаров.

Наименование места происхождения товара — это обозначение, представляющее собой либо содержащее современное или историческое, официальное или неофициальное, полное или сокращенное наименование страны, населенного пункта, местности или другого географического объекта, либо производное от такого наименования и ставшее известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами. Такая же правовая охрана применяется к

обозначению, которое позволяет идентифицировать товар как происходящий с территории определенного географического объекта и, хотя и не содержит наименования этого объекта, стало известным в результате использования данного обозначения в отношении товара, особые свойства которого отвечают вышеперечисленным требованиям (ст. 1516 ГК РФ).

Право пользования этим же наименованием места происхождения товара может быть предоставлено любому юридическому или физическому лицу, которое в границах того же географического объекта производит товар, обладающий теми же основными свойствами.

В случае если географический объект, наименование которого заявляется в качестве наименования места происхождения товара, находится за пределами Российской Федерации, к заявке прилагается документ, подтверждающий право заявителя на заявленное наименование места происхождения товара в стране происхождения товара (ст. 1522 ГК РФ).

За незаконное использование в России наименования места происхождения товара законодательством предусмотрены меры, соответствующие мерам в отношении незаконного использования товарных знаков.

В состав объектов охраны промышленной собственности, согласно Парижской конвенции, входят указания происхождения или наименования места происхождения. 31 октября 1958 г. было заключено Лиссабонское соглашение об охране наименований места происхождения изделий и их международной регистрации. В соответствии с этим Соглашением ВОИС осуществляет регистрацию таких наименований. Охрана наименований мест происхождения предусмотрена ТРИПС, а также в документах ЕС. На основании Директивы ЕС 1999 г. в реестре, который ведет Европейское патентное ведомство, зарегистрировано более 400 охраняемых географических указаний мест происхождения.

После многолетних переговоров в 1997 г. была достигнута договоренность между Россией и Францией о том, что при экспорте российских напитков не будут применяться наименования «шампанское» и «коньяк», в названии которых

использованы наименования соответствующих местностей во Франции. Привычные россиянам напитки «Советское шампанское» и коньяк будут и впредь выпускаться под этими названиями, но только для внутреннего рынка, поскольку в протоколе заседания российско-французского агропромышленного комитета, состоявшегося в Москве 12 сентября 1997 г., сказано, что Россия исключила наименование «Советское шампанское» и «коньяк» только при поставках на экспорт, а также отказалась от написания «Советское шампанское» и «коньяк» латинскими буквами.

Однако известны случаи, когда в других странах (например, в Латвии) продолжается выпуск напитка под названием «Советское шампанское», которое поставляется в другие европейские государства, в частности в ФРГ.

Государства СНГ заключили 4 июня 1999 г. Соглашение о мерах по предупреждению и пресечению использования ложных товарных знаков и географических указаний (вступило в силу для Российской Федерации 5 ноября 2001 г.).

Под ложным товарным знаком понимается товарный знак, используемый третьим лицом в нарушение прав владельцев товарного знака, или знак, содержащий ложные указания происхождения товара, а также данные или такой элемент, который может ввести потребителей в заблуждение. Соглашение предусматривает ряд мер по пресечению использования ложных товарных знаков и недобросовестной конкуренции, соответствующих ТРИПС.

Под географическими указаниями в Соглашении понимаются обозначения, которые идентифицируют происхождение товара из территорий сторон или их регионов, или местностей, где качество, репутация либо другие характеристики товара в значительной степени соотносятся с его географическим происхождением. Соглашение предусматривает ряд мер, направленных на пресечение использования ложных товарных знаков и географических указаний, аналогичных мерам, установленным ТРИПС.

Стороны предоставляют правовые средства защиты в целях предупреждения использования географических указаний, идентифицирующих территориальное происхождение вин или крепких спиртных напитков, для этих видов напитков, в

действительности не происходящих из указанного в географическом указании места, в том числе и в случаях, когда такие географические указания используются в переводе или сопровождаются указанием истинного места происхождения, или такими пояснениями, как «вид», «тип», «стиль», «имитация» или подобными.

В регистрации товарного знака для вин или крепких спиртных напитков, который состоит из географического указания или содержит его, должно быть отказано или регистрация должна быть признана недействительной, если это предусмотрено национальным законодательством стороны, или по запросу заинтересованной стороны в отношении тех вин или крепких спиртных напитков, которые не имеют этого географического происхождения.

5. Понятие «недобросовестная конкуренция» содержится в ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции». Под ней понимаются «любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам — конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации».

Не допускается недобросовестная конкуренция, в том числе:

- распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации;
- введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей;
- некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами;

- продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг;
- незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну.

Не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг (ст. 14 Закона).

Российское законодательство о недобросовестной конкуренции воспроизводит ст. 10bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., участником которой является Россия. Приведем пример из судебной практики, связанной с борьбой с недобросовестной конкуренцией.

В конце 1992 г. московский магазин «Люкс» продал 20 тыс. пар джинсов китайского производства с товарными знаками и другими атрибутами джинсов известной американской фирмы «Леви Страусс». В рекламе по телевидению было сообщено, что продаются джинсы последней модели производства этой фирмы. По искам потребителей к магазину «Люкс» районный суд Москвы в начале 1993 г. принял решение о расторжении договора купли-продажи, возмещении убытков и компенсации за моральный ущерб, нанесенный продажей фальсифицированного товара. В сумму, взысканную с магазина в пользу каждого покупателя, вошла стоимость настоящих джинсов «Леви Страусс» в пересчете на рубли и компенсация за моральный ущерб.

Статья 1222 ГК РФ предусматривает специальное правило о праве, подлежащем применению в этой области. Она гласит: «К обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существа обязательства».

Страны СНГ осуществляют сотрудничество в выявлении и пресечении недобросовестной конкуренции хозяйствующих субъектов (ст. 2 Соглашения о согласовании антимонопольной политики от 12 марта 1993 г.).

6. Расширение использования Интернета привело к возникновению ряда острых проблем. Одна из них — соответствие доменных имен, применяемых в сети Интернет для обозначения сервера, т.е. компьютера, предоставляющего свои ресурсы (информацию, файлы, диски и т.д.) другим пользователям для совместного использования в Сети. Доменные имена — это система индивидуализации виртуального сетевого мира, которая существует как бы параллельно системе индивидуализации «реального» мира, т.е. системе фирменных наименований и товарных знаков. Возникла конфликтная ситуация. В нашей литературе (А. М. Минков) был приведен такой пример: существует страница [www.adidas.spb.ru](http://www.adidas.spb.ru). Суффикс spb.ru — это стандартное обозначение для Санкт-Петербургского региона. Товарный знак «Adidas» надлежащим образом зарегистрирован в Российской Федерации. Таким образом, обычный посетитель Сети думает: есть марка «Adidas», я хочу купить «Adidas» в Санкт-Петербурге. И по аналогии он набирает в сети Интернет [www.adidas](http://www.adidas) и добавляет spb.ru. Он не знает, есть ли такой домен в действительности, но на самом деле такой метод срабатывает. И по статистике нахождение какого-либо сервера путем комбинирования товарных знаков и фирменных наименований, и общеупотребительных суффиксов составляет несколько десятков процентов при первичном поиске какой-либо информации. Однако на самом деле страница не имеет ничего общего со знаменитой фирмой. Таким образом, фирма «Adidas» получает реального конкурента на территории России, и тем самым нарушается законодательство о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров. Обычно в качестве объекта злонамеренной регистрации доменных имен служат общеизвестные товарные знаки. Должен быть разработан механизм, позволяющий владельцу общеизвестного товарного знака исключить возможность регистрации доменов с использованием такого товарного знака в определенных или всех доменах первого уровня любым



лицом, кроме самого владельца товарного знака. Такое положение стало бы распространением на глобальную сеть Интернет системы специальной охраны общеизвестных товарных знаков, заложенной в Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. и ТРИПС, о чем говорилось ранее.

Всемирная организация интеллектуальной собственности создала в конце XX в. Центр по арбитражу и посредничеству в области доменных имен. Этот Центр был создан специально для разрешения споров, возникающих в связи со злонамеренной регистрацией доменных имен, идентичных или схожих до степени смешения с зарегистрированными или общеизвестными товарными знаками. Несмотря на то, что этот Центр существует совсем недавно, им уже было разрешено более 6000 спорных дел.

### **Лицензионные соглашения на изобретения, ноу-хау и товарные знаки**

Лицензия — это разрешение на использование изобретения, технического опыта или секретов производства (ноу-хау). В условиях современной научно-технической революции торговля лицензиями развивается быстрее, чем торговля готовой продукцией. Взаимовыгодная торговля лицензиями способствует развитию международного научно-технического сотрудничества. Обычно в практике российских организаций лицензии передавались на условиях простой лицензии или же на условиях исключительной лицензии. При простой (неисключительной) лицензии продавец лицензии(лицензиар), предоставляя право на использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации покупателю (лицензиату), сохраняет за собой право использования изобретения на этой же территории или же право предоставления лицензии на таких же условиях другим лицам. По договору исключительной лицензии лицензиар предоставляет лицензиату соответствующие права в пределах, оговоренных в соглашении, и уже не может предоставлять аналогичные права по условиям лицензий другим лицам. Кроме покупателя лицензии, никто не может использовать изобретение на данной

территории. В отечественной практике лицензионные соглашения заключаются, как правило, на длительные сроки (5—10 лет). В течение всего срока действия соглашения сторонам приходится выполнять не только условия договора, присущие обычным сделкам купли-продажи товаров, но и специфические условия, которые создают основу для постоянного научно-технического сотрудничества между лицензиаром и лицензиатом.

Лицензионный договор является основным видом гражданско- правового договора о передаче технологии. Предмет договора составляет предоставление права на использование изобретения и ноу-хау.

В международной практике применяется деление таких договоров на договоры патентной лицензии и договоры беспатентной лицензии. В середине 1970-х гг. около 25% лицензий было основано на передаче патентных прав, а в 50% договоров передача патентных прав сочеталась с передачей ноу-хау, и лишь предметом 25—30% договоров было исключительно ноу-хау. В конце 1990-х гг. соотношение видов договоров резко изменилось. Доля смешанных лицензионных соглашений уменьшилась вдвое, они составляли 25%, а доля лицензий на ноу-хау возросла до 50%.

Условия передачи технологии могут определяться также в контрактах купли-продажи готовых изделий (машин, оборудования), по оказанию технического содействия или технической помощи при строительстве предприятий, в договорах о производственной кооперации, научно-техническом сотрудничестве, проведении совместных исследований.

Возрастание роли и значения ноу-хау, на что обращалось внимание в учебной литературе (Э. Я. Волынец-Руссет), объяснялось тем, что воспроизводство новой техники (технологии) стало практически невозможным без знания ноу-хау. Наряду с этим быстрое сокращение сроков морального старения новой техники (технологии) привело к тому, что фирмы в ряде случаев не подают заявки на изобретения, если в пределах сроков морального старения можно сохранить их в тайне, как ноу-хау, и по конечной продукции, поступающей на рынки, нельзя их воспроизвести.

В случаях, когда результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации подлежит государственной регистрации, отчуждение исключительного права на такой результат или на такое средство по договору, залог этого права и предоставление права использования такого результата или такого средства по договору, а равно и переход исключительного права на такой результат или на такое средство без договора, также подлежат государственной регистрации (ст. 1232 ГК РФ).

Согласно положениям части третьей ГК РФ в отношении лицензионного договора применяется право страны, на территории которой лицензиату разрешается использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, а если такое использование разрешается на территориях одновременно нескольких стран — право страны, где находится место жительства или основное место деятельности лицензиара (п. 8 ст. 1211). Лицензиар — это та сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение. Именно лицензиар является той стороной в договоре, которая предоставляет другой стороне (лицензиату) возможность за обусловленную в договоре плату использовать исключительное право или комплекс таких прав.

Право на использование товарного знака может быть предоставлено обладателем исключительного права на знак (лицензиаром) по лицензионному договору другой стороне (лицензиату).

Лицензионный договор должен содержать условие о том, что качество товаров лицензиата будет не ниже качества товаров лицензиара и что лицензиар будет осуществлять контроль за выполнением этого условия. Так же, как и лицензионный договор на использование запатентованного в России изобретения, договор об уступке товарного знака и лицензионный договор должны быть зарегистрированы.

2. Особой разновидностью лицензионного договора является договор франчайзинга. В международной практике такой договор используется для создания и функционирования в различных странах магазинов, ресторанов, гостиниц и иных предприятий, расширения сети рынков сбыта товаров и услуг под фирмой и с

использованием товарного знака правообладателя (например, «Макдональдс», «Пицца хат», «Хилтон» и др.).

В российском законодательстве этот вид договора получил наименование договора коммерческой концессии. По договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использования в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав — товарный знак, знак обслуживания и т.д. Этот договор не следует смешивать с концессионным договором.

Договор коммерческой концессии предусматривает использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме (в частности, с установлением минимального и (или) максимального объема использования), с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности (продаже товаров, полученных от правообладателя или произведенных пользователем, осуществлению иной торговой деятельности, выполнению работ, оказанию услуг).

Основанием возникновения прав на промышленную собственность у предприятия с иностранным участием является передача таких прав предприятию его участниками, которая может осуществляться как при его создании в качестве вклада, так и в процессе деятельности предприятия путем покупки лицензий, а также путем создания изобретений его сотрудниками. В соответствии с законодательством в счет вкладов в уставный фонд предприятия могут быть внесены имущественные права (в том числе на использование изобретений и ноу-хау).

Права на промышленную собственность, принадлежащую предприятию с иностранным участием, охраняются в соответствии с действующим

законодательством. Порядок передачи прав на промышленную собственность предприятию его участниками и предприятием своим участникам, а также порядок коммерческого использования этих прав и защиты их за границей определяется учредительными документами. Так, в частности, в договоре о создании предприятия может быть предусмотрено, что для обозначения продукции, выпускаемой предприятием, может быть использован знак одного из участников или же совместный товарный знак.

3. Рассмотрение споров по вопросам интеллектуальной собственности отличается большой сложностью. В ряде стран признано, что рассмотрение данной категории дел наиболее целесообразно проводить в специализированном суде. Специальные патентные суды созданы во многих странах мира: Австрии, Германии, Швеции, США, Великобритании, Тайване, Таиланде, Филиппинах.

7 декабря 2011 г. был опубликован и вступил в силу Федеральный конституционный закон «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» и Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации» в связи с созданием в системе арбитражных судов Суда по интеллектуальным правам». 3 июля 2013 г. согласно постановлению Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 июля 2013 г. «О начале деятельности Суда по интеллектуальным правам» Суд по интеллектуальным правам начал свою работу, местом пребывания суда определена Москва.

Суд по интеллектуальным правам в качестве суда первой инстанции рассматривает:

1) дела об оспаривании нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, затрагивающих права и законные интересы заявителя в области правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, в том числе в сфере патентных прав и прав на селекционные достижения, права на топологии интегральных микросхем, права на секреты производства (ноу-хау), права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, права использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии;

2) дела по спорам о предоставлении или прекращении правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий (за исключением объектов авторских и смежных прав, топологий интегральных микросхем), в том числе:

- об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям и их должностных лиц, а также органов, уполномоченных Правительством РФ рассматривать заявки на выдачу патента на секретные изобретения;
- об оспаривании решения федерального антимонопольного органа о признании недобросовестной конкуренцией действий, связанных с приобретением исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, товаров, работ, услуг и предприятий;
- об установлении патентообладателя;
- о признании недействительными патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец или селекционное достижение, решения о предоставлении правовой охраны товарному знаку, наименованию места происхождения товара и о предоставлении исключительного права на такое наименование, если федеральным законом не предусмотрен иной порядок их признания недействительными;
- о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования.

Суд по интеллектуальным правам в качестве суда кассационной инстанции рассматривает:

- 1) дела, рассмотренные им по первой инстанции;
- 2) дела о защите интеллектуальных прав, рассмотренные арбитражными судами субъектов РФ по первой инстанции, арбитражными апелляционными судами.

## **Глава 15. Семейное право**

### **Общие положения**

1. Для семейного права, как ни для какой другой области правового регулирования, характерны весьма существенные различия между правовыми системами различных государств. Это объясняется тем, что на регулирование семейных отношений большое влияние оказывают национальные особенности и традиции. Регулирование этих отношений имеет вековую историю. На разработку правовых норм, особенно в области семейного права, оказывают влияние церковь, религиозные догматы. В связи с этим в данных областях фактически отсутствует международная унификация материально-правовых норм. Здесь безраздельно господствуют коллизионные нормы, но они лишь отсылают к праву отдельных государств.

В качестве примера обратим внимание на отдельные различия в области семейного права.

В одних странах (Бельгия, Германия, Дания, Латвия, Литва, Нидерланды, Норвегия, Россия, Украина, Франция, Эстония и др.) признаются только браки, заключенные в государственных органах. В других странах наравне с гражданской формой брака правовые последствия порождает и брак, заключенный в церковной форме (Грузия, Великобритания, некоторые штаты США, большинство провинций Канады, Австралия).

В Италии, Испании, Португалии, Бразилии, Аргентине и других латиноамериканских странах заключение брака формально допускается как в гражданской, так и в церковной форме (в последнем случае при условии обязательного последующего уведомления государственных органов о состоявшейся церковной церемонии бракосочетания). Однако с учетом той роли, которую играет католическая церковь в этих странах, церковная форма брака, по существу, является обязательной для лиц католического вероисповедания, которые составляют там большинство населения.

Есть и такие государства, в которых заключение брака возможно лишь в церковной форме (Греция, Кипр).

В одних странах имеются ограничения для женщин, вступающих в брак: они могут вступать в брак только по истечении определенного периода времени после развода или смерти мужа, в других странах такие ограничения не установлены.

Имеются страны, в которых установлены ограничения или особые условия для вступления в брак их граждан с иностранцами. Так, в Дании браки с иностранцами разрешены только в том случае, если лицо, вступающее в брак, старше 24 лет; иностранка может выйти замуж за датского гражданина при условии, что он имеет достаточную жилплощадь в Дании, постоянные доходы и способен предоставить банковскую гарантию на определенную сумму. В Туркмении были установлены следующие правила: наличие собственности на недвижимость или квартиру; требования о взносе иностранцем определенной страховой суммы, которая должна быть выплачена туркменской гражданке или на содержание детей в случае расторжения брака. Имеются и такие государства, которые вообще не допускают заключения браков такого рода. В нашей стране лишь в течение очень короткого периода (1947—1953) по причинам сугубо политического характера браки советских граждан с иностранцами были запрещены.

Для семейного права ряда государств характерно главенство мужа; во многих странах до сих пор сохраняется неравноправное положение мужа и жены в семье. Гражданские кодексы этих государств установили так называемый брачный договор, который заключается до брака и закрепляет прежде всего права мужа на имущество жены.

Законодательство большинства государств исходит из принципа моногамии, однако в странах, относящихся к мусульманскому миру, характерной особенностью в области семейных отношений является полигамия (многоженство).

В отдельных странах Азии и Африки признается полигамия, сохраняются архаические обычаи уплаты выкупа за невесту, установлен крайне низкий возраст для вступления женщины в брак. В Йемене брачный договор от имени невесты заключает



ее опекун, который может выдать замуж несовершеннолетнюю девушку вообще без ее согласия. Законодательству и практике ряда стран известны расовые ограничения; не допускаются браки между людьми разной расы или разного вероисповедания.

Из этих отдельных примеров видно, что при различиях в семейном законодательстве в тех случаях, когда в брак вступают граждане разных государств, решение коллизионного вопроса приобретает большое значение. Коллизионные нормы семейного права стран отличаются большим разнообразием. Брачная правоспособность, т.е. само право вступать в брак, отсутствие препятствий для вступления в брак — все это определяется в ряде государств личным законом каждого из супругов. В случае расторжения брака между супругами различного гражданства в ряде стран применяется законодательство страны гражданства мужа.

Брак, заключенный в одном государстве в соответствии с законом места его заключения, может быть не признан в другом государстве, что порождает так называемые хромающие браки. В ряде государств признается институт обручения (помолвки), причем в отдельных странах определяется, какое право подлежит применению к помолвке и к последствиям нарушения помолвки (например, в Законе Италии о реформе международного частного права 1995 г.).

Что же касается регулирования коллизионных вопросов, то в одних странах такие нормы включены в новые законы о международном частном праве (Австрия, Бельгия, Венгрия, Грузия, Италия, Тунис, Турция, Украина, Швейцария, Эстония и др.), в других — в семейные или гражданские кодексы.

Подробные коллизионные нормы в области семейного права содержатся в бельгийском Законе 2004 г. (гл. 111—VI) и в эстонском Законе о международном частном праве 2002 г.

В Швейцарии согласно Закону о международном частном праве 1987 г. материально-правовые условия для заключения брака лиц — граждан двух государств определяются швейцарским правом. Из принципа применения права места заключения брака исходит и законодательство КНР, Вьетнама, а по законодательству России (ст. 156 СК РФ) и Германии (ст. 13 Вводного закона к ГГУ) в аналогичных

случаях подлежит применению право обоих государств, граждане которых вступают в брак.

В последние годы возросло значение многосторонних и двусторонних договоров, содержащих коллизионные нормы в этих областях. В ЕС с 1 марта 2005 г. введен в действие Регламент ЕС № 2201/2003 от 27 ноября 2003 г., относящийся к юрисдикционной компетенции, признанию и исполнению решений по семейным делам и делам об ответственности родителей («Брюссель II а»). 21 июня 2012 г. вступило в силу постановление Совета (ЕС) № 1259/2010 от 20 декабря 2010 г. «О реализации расширенного сотрудничества в области права, применимого к разводу и юридическому разделению». Принятый Регламент получил название «Рим III», он используется для определения законодательства, применимого в случаях расторжения браков, которые тем или иным образом связаны с иностранным государством.

Регламент «Рим III» действует в Австрии, Бельгии, Болгарии, Венгрии, Германии, Испании, Италии, Латвии, Литве, Люксембурге, Мальте, Португалии, Румынии, Словении и Франции. Суды в иных государствах для решения вопроса о праве, применимом в случае расторжения брака, по-прежнему руководствуются положениями своего международного частного права.

Изменение фамилии лиц, вступающих в брак, также определяется на основе коллизионных норм. Так, в Германии, согласно Вводному закону к ГГУ, возможность изменения фамилии определяется правом государства гражданства каждого из супругов. Таким образом, при вступлении в брак граждан разных государств в отношении каждого из них это будет определяться правом его страны.

2. В современных условиях резкого увеличения миграции населения, расширения контактов между гражданами различных государств число так называемых смешанных браков, под которыми понимаются браки российских граждан с иностранцами, резко возросло. Российское законодательство не предусматривает необходимости получения разрешения на вступление в такой брак. Увеличилось число таких браков, кроме того, расширилась география происхождения лиц,

желающих вступить в брак в России с российскими гражданами. Так, если в прошлые годы в брак в Ростовской области вступали в основном граждане европейских стран и США, не говоря уже о гражданах из стран СНГ, то в 2000 г. были зарегистрированы также браки ростовчанок с гражданами таких государств, как Бангладеш, Буркина-Фасо, Иордания, Камерун, Ливан, Сирия, Судан, Эфиопия. Увеличение числа браков с иностранцами влечет за собой увеличение числа случаев разного гражданства детей и родителей. Так, самой большой проблемой, о чем свидетельствует практика заключения браков российских гражданок с мужчинами-мусульманами, становится проблема судьбы детей от такого брака. В Алжире, Иордании, Сирии и в ряде других стран в случае развода дети должны остаться с отцом.

В России и за рубежом увеличилось число споров о расторжении браков, заключенных нашими гражданами с гражданами других стран, споров о содержании и судьбе детей, других споров в области брака и семьи, при решении которых необходимо прибегать к коллизионным нормам.

При распаде семьи острые конфликты возникают при решении вопросов, с кем останутся дети, как будут осуществляться родительские права.

3. В России с 1 марта 1996 г. действует СК РФ, принятый в 1995 г., включающий разд. VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства», где сформулированы коллизионные нормы о заключении брака, признании его недействительным, расторжении брака, о личных неимущественных и имущественных правах и обязанностях супругов, установлении и оспаривании отцовства (материнства), правах и обязанностях родителей и детей, алиментных обязательствах совершеннолетних детей и других членов семьи, усыновлении. По сравнению с предшествующим Кодексом в этот раздел нового Кодекса внесены существенные изменения и дополнения, а именно:

- произошел отход от ранее действовавшего строго территориального принципа, на основе которого к семейным отношениям с участием иностранных граждан применялось, как правило, наше законодательство. Теперь же предусмотрены отсылки, допускающие применение не только российского, но и иностранного права;

- предусмотрены правила о применении права в отношении определения личных и неимущественных отношений супругов, прав и обязанностей родителей и детей, алиментных обязательств членов семей;
- был осуществлен переход от односторонних к двусторонним коллизионным нормам;
- в значительной степени была устранена возможность возникновения «хромяющих» браков, под которыми, как отмечалось выше, понимаются браки, заключенные в одном государстве и не признаваемые в другом;
- новым является также то, что в некоторых случаях допускается выбор подлежащего применению права самими сторонами (в брачном договоре или в соглашении об уплате алиментов).

В СК РФ не были включены нормы, относящиеся к опеке и попечительству. Эти нормы вошли в разд. VI «Международное частное право» ГК РФ (ст. 1199).

Наряду с СК РФ правила, имеющие значение для регулирования семейных отношений, содержатся в федеральных законах от 15 ноября 1997 г. «Об актах гражданского состояния», от 31 мая 2002 г. «О гражданстве Российской Федерации», а также в ряде других актов, в частности в Положении о Консульском учреждении Российской Федерации, утвержденном Указом Президента РФ от 5 ноября 1998 г. Практика показала, что в России коллизионный способ регулирования в области семейного права стал основным. Естественно, что при применении коллизионных норм если квалификация осуществляется по российскому праву, то употребление соответствующих понятий определяется на основе правил именно СК РФ (Н. И. Марышева).

4. Существенное значение в области семейного права имеют международные договоры. Применительно к семейно-правовым отношениям между гражданами СНГ особую роль призваны играть многосторонняя Минская конвенция 1993 г. и Протокол к ней 1997 г. В части третьей «Семейные дела» Конвенции содержатся правила о праве, подлежащем применению к заключению брака, правоотношениям супругов, расторжению брака, признанию брака недействительным, установлению и

оспариванию отцовства, правоотношениям родителей и детей, усыновлению, а также опеке и попечительству. Эти детальные правила широко применяются в странах СНГ. Заключение этой Конвенции стало жизненной необходимостью, поскольку в ряде случаев члены семей после распада Советского Союза оказались на территориях различных государств. Новая редакция Конвенции была принята в Кишиневе 7 октября 2002 г. (см. гл. 2 учебника). Соответствующие положения Протокола 1997 г. вошли в часть III разд. II Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 29—40).

Коллизионные нормы семейного права содержатся в договорах России (продолжают действовать и договоры СССР) о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенных с Албанией, Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, КНДР, Кубой, Латвией, Литвой, Монголией, Польшей, Румынией, Финляндией, Чехословакией (действительно для Чехии и Словакии), Эстонией, а также Азербайджаном, Киргизией, Молдавией и другими странами, и в консульских конвенциях.

В случае расхождения правил Минской конвенции 1993 г., Кишиневской конвенции 2002 г. и двусторонних договоров о правовой помощи с соответствующими правилами СК РФ приоритет имеют правила Конвенции и договоров. Это вытекает из ст. 15 Конституции РФ и ст. 6 СК РФ.

Из многосторонних универсальных конвенций в области семейного права следует упомянуть ряд конвенций, разработанных Гаагской конференцией по международному частному праву (см. гл. 2 учебника). Это Конвенция о заключении и признании действительности браков от 14 марта 1978 г.; Конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов, от 14 марта 1978 г.; Конвенция о признании разводов и решений о раздельном жительстве супругов от 1 июня 1970 г.; Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам, от 2 октября 1973 г.; Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, от 24 октября 1956 г.; Конвенция о признании и исполнении решений по делам об алиментных обязательствах в отношении детей от 15 апреля 1958 г.; Конвенция о

компетенции и применимом праве в отношении защиты несовершеннолетних от 5 октября 1961 г.

Особо следует остановиться на Гаагской конвенции о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления (удочерения) от 29 мая 1993 г. Она была подписана Россией в 2000 г., но до сих пор не ратифицирована.

Конвенция вступила в силу для 76 государств, среди ее участников Австрия, Белоруссия, Великобритания, Германия, Грузия, Дания, Израиль, Италия, Канада, Латвия, Литва, Молдавия, Польша, Финляндия, Франция. Имеется и ряд других конвенций о правовом положении детей, например Гаагская конвенция о юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений иностранных судов в области усыновления 1965 г.; Конвенция о юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мер по защите детей от 19 октября 1996 г. (Россия присоединилась к Конвенции в 2012 г., документ вступил в силу 1 июня 2013 г.); Конвенция о международной защите совершеннолетних от 13 января 2000 г.

В рамках ЕС Регламент № 2201/2003 от 27 ноября 2003 г., относящийся к юрисдикционной компетенции, признанию и исполнению решений по семейным делам и делам об ответственности родителей (дата вступления в силу — 1 марта 2005 г.), заменил Регламент № 1347/2000.

Две конвенции были разработаны совместно Гаагской конференцией и Советом Европы: Конвенция о гражданских аспектах международного похищения детей от 25 октября 1980 г. (в ней участвует 81 государство, Россия присоединилась к Конвенции в 2011 г., документ вступил в силу 1 октября 2011 г.) и Европейская конвенция о признании и исполнении решений в области опеки над детьми и восстановления опеки над детьми от 20 мая 1980 г.

## **Заключение брака**

1. В Российской Федерации регистрируются браки как между российскими гражданами и иностранцами, так и между иностранцами, в том числе между гражданами различных государств.

При заключении браков на территории России независимо от гражданства будущих супругов форма заключения брака определяется российским законодательством (п. 1 ст. 156 СК РФ). Это значит, что брак должен заключаться в органах записи актов гражданского состояния. Браки, совершенные в России по религиозным обрядам, а также по обрядам на основе обычаев, не порождают правовых последствий.

Российским законодательством определяется и порядок заключения браков на территории России, он применяется в случаях, если один из будущих супругов иностранный гражданин или даже оба будущих супруга иностранные граждане. Брак заключается в личном присутствии лиц, вступающих в брак, как правило, по истечении месяца со дня подачи ими заявления в органы записи актов гражданского состояния. Государственная регистрация заключения брака производится в порядке, установленном для государственной регистрации актов гражданского состояния.

Согласно п. 2 ст. 156 СК РФ «условия заключения брака на территории Российской Федерации определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого лицо является в момент заключения брака, с соблюдением требований статьи 14 настоящего Кодекса в отношении обстоятельств, препятствующих заключению брака».

Поскольку ст. 14 СК РФ имеет существенное значение в сфере международного частного права, приведем ее текст полностью: «Не допускается заключение брака между:

лицами, из которых хотя бы одно лицо уже состоит в другом зарегистрированном браке;

близкими родственниками (родственниками по прямой восходящей и нисходящей линии (родителями и детьми, дедушкой, бабушкой и внуками), полнородными и неполнородными (имеющими общих отца или мать) братьями и сестрами);

усыновителями и усыновленными;

лицами, из которых хотя бы одно лицо признано судом недееспособным вследствие психического расстройства».

Таким образом, условия заключения браков с иностранными гражданами на территории России определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого лицо является. Факт принадлежности лица к гражданству того или иного государства определяется на момент заключения брака. Так, при заключении брака российской гражданки с гражданином Италии в отношении последнего должны быть соблюдены требования итальянского законодательства, например о брачном возрасте, необходимости согласия на вступление в брак, препятствиях к браку, а в отношении российской гражданки — соответствующие требования по этим вопросам, предусмотренные российским семейным законодательством. Из приведенного принципа применения закона гражданства следует, что вполне возможно заключение в России брака российского гражданина с несовершеннолетней иностранкой, если законы страны ее гражданства устанавливают для женщин более низкий, чем в России, брачный возраст, хотя в России он, как правило, равен 18 годам.

Перечень обстоятельств, препятствующих браку, в законах разных стран различен, требования иностранного законодательства могут оказаться как более, так и менее строгими, чем в России. Следует обратить внимание на то, что ст. 14 СК РФ не допускает заключения брака между лицами, из которых хотя бы одно уже состоит в другом браке.

Если будущий супруг, желающий заключить брак в России, уже состоит в браке, то, даже если подлежащий применению закон его страны допускает вступление во второй брак, в России в заключении брака ему на основании ст. 14 СК РФ должно быть отказано.



В России согласие на вступление в брак должно быть дано лично лицами, вступающими в брак. В ряде стран (Италия, Испания, Перу и др.) допускается выдача доверенности представителю на заключение брака. Наш закон не допускает такого представительства.

Одним из доказательств того, что лицо, вступающее в брак, когда речь идет о гражданине РФ, не состоит в другом браке, является отсутствие в его паспорте штампа о регистрации брака. При регистрации браков иностранцев, в документах которых нет сведений о семейном положении, они должны по требованию учреждения, регистрирующего брак, представить справку, выданную компетентными органами стран, гражданами которых они являются, о том, что они в браке не состоят. На практике такие справки обычно выдаются посольствами или консульствами соответствующей страны в Российской Федерации.

Это относится и к запретам или ограничениям, установленным законодательством другой страны для браков с иностранцем. Практически наиболее часто встречается не полный запрет на вступление в брак с иностранцем, а ограниченный: устанавливается необходимость получения специального разрешения компетентного органа страны гражданства для вступления в брак с иностранцем. Так, разрешение на вступление в брак с иностранцем требуется для всех граждан или отдельных категорий (например, направленных на учебу за границу) по законодательству Венгрии, Индии, Ирака, Италии, Норвегии, Румынии, Польши, Швеции и других стран. В случае если это предусматривает законодательство страны гражданства иностранца, они должны представить документ, удостоверяющий, что не имеется препятствий для заключения брака.

Если лицо наряду с гражданством иностранного государства имеет гражданство России, к условиям заключения брака применяется законодательство РФ. В этом случае применяется общий подход российского законодательства к проблеме двойного гражданства, согласно которому гражданин РФ, имеющий также иное гражданство, рассматривается Российской Федерацией только как гражданин РФ, за исключением случаев, предусмотренных международным договором РФ или

федеральным законом (ст. 6 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации»).

При наличии у лица гражданства нескольких иностранных государств применяется по выбору данного лица законодательство одного из этих государств.

Условия заключения брака лицом без гражданства на территории России определяются законодательством государства, в котором это лицо имеет постоянное место жительства.

Если при заключении брака не будет учтено законодательство страны гражданства (или местожительство) лица, вступающего в брак, такой брак не будет признан в другой стране, станет «хромающим» браком.

В отношении гражданства лиц, вступающих в брак, а также детей в случае расторжения брака в России действуют следующие правила:

- заключение или расторжение брака между гражданином РФ и лицом, не имеющим гражданства РФ, не влечет за собой изменение гражданства указанных лиц;
- изменение гражданства одним из супругов не влечет за собой изменение гражданства другого супруга;
- расторжение брака не влечет за собой изменение гражданства родившихся в этом браке или усыновленных (удочеренных) супругами детей (ст. 8 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации»).

Согласно Минской конвенции 1993 г. и Кишиневской конвенции 2002 г. условия заключения брака определяются для каждого из будущих супругов законодательством государства, гражданином которого он является, а для лиц без гражданства — законодательством государства, являющегося их постоянным местом жительства. Кроме того, в отношении препятствий к заключению брака должны быть соблюдены требования законодательства государства, на территории которого заключается брак.

В отношении материальных условий заключения брака специальные правила имеются в договорах о правовой помощи с Вьетнамом и другими странами. Так, согласно ст. 23 Договора с Вьетнамом этот вопрос решается для каждого из будущих

супругов по закону государства, гражданином которого он является. Кроме того, в отношении препятствий к заключению брака должны быть соблюдены и требования законодательства государства, на территории которого заключается брак. Аналогичные правила предусмотрены ст. 26 Договора с Азербайджаном, ст. 21 Договора с Кубой, ст. 26 Договора с Литвой, ст. 26 Договора с Эстонией, ст. 24 Договора с Польшей.

2. Российское законодательство допускает заключение на территории РФ так называемых консульских браков, т.е. браков, регистрируемых в иностранных дипломатических или консульских представительствах.

Браки между иностранными гражданами, заключенные в России в посольствах или консульствах иностранных государств, признаются на условиях взаимности действительными в Российской Федерации, если лица в момент вступления в брак являлись гражданами государства, назначившего посла или консула (ст. 157 СК РФ). Из этого следует, что такой брак будет признан в России действительным при условии: а) наличия взаимности, т.е. если в соответствующем иностранном государстве допускается регистрация брака в российском посольстве или консульстве; б) если оба лица, вступающие в брак, являются гражданами страны, назначившей дипломатического или консульского представителя.

Заключение консульских «смешанных» браков, как правило, не допускается. Однако в некоторых консульских конвенциях прямо предусматривается регистрация консулом «смешанных» браков. Так, согласно Консульской конвенции между СССР и Турцией от 27 апреля 1988 г. консул регистрирует браки в рамках, дозволенных законодательством государства пребывания, при условии, что, по крайней мере, один из супругов является гражданином представляемого государства.

Согласно Консульской конвенции между Россией и Венгрией от 12 января 2001 г. консул имеет право регистрировать браки «в соответствии с законодательством представляемого государства и, если это не противоречит законодательству государства пребывания». В консульских конвенциях с Кубой и Финляндией указывается, что консул регистрирует браки в тех случаях, когда он уполномочен на

это представляемым государством и при условии соблюдения законодательства страны пребывания.

В консульских конвенциях предусматривается уведомление местных органов о произведенной в консульстве регистрации брака, если это требуется по местным законам.

Согласно Консульской конвенции между СССР и США от 1 июня 1964 г. консулы могут регистрировать заключение и расторжение браков, когда оба лица, вступающие в брак или расторгающие его, являются гражданами представляемого государства, а также принимать заявления, касающиеся семейных отношений гражданина представляемого государства, если это не запрещается законодательством государства пребывания (п. 7 ст. 7).

Согласно Консульскому договору между СССР и ФРГ от 25 апреля 1958 г. консул имеет право осуществлять регистрацию браков в соответствии с законодательством государства, назначившего консула, если оба лица, вступающие в брак, являются гражданами представляемого государства. В течение трех месяцев он должен предоставить сведения о совершенной регистрации органам страны пребывания (ст. 23).

Таким образом, иностранцы на территории РФ могут заключать браки между собой не только на общих основаниях в органах загса, но и в посольствах или консульствах соответствующих иностранных государств и по законам этих государств. В последнем случае браки признаются в России на условиях взаимности действительными, если эти лица в момент вступления в брак являлись гражданами государства, назначившего посла или консула. Браки российских граждан с иностранцами, заключенные на территории РФ в иностранном дипломатическом представительстве (посольстве, консульстве), юридической силы не имеют.

3. Браки российских граждан с иностранцами могут заключаться не только в России, но и за границей. Браки, заключенные за границей, признаются в России. Признание заключенного за границей брака действительным в России означает, что он будет

иметь такую же юридическую силу, как и брак, заключенный на территории России, со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Российское семейное законодательство исходит при этом из следующих положений:

- российские граждане могут за рубежом заключать между собой браки как в консульствах РФ, так и в соответствующих органах любого иностранного государства. Обычно браки заключаются в этих органах из-за отсутствия российского посольства в данной стране или консульства в местности, где они находятся;
- все такие браки (как между российскими гражданами, так и «смешанные») будут признаваться в России действительными при условии соблюдения законодательства государства места заключения брака как в отношении формы брака, так и в отношении условий вступления в брак;
- единственным условием для признания действительными в России браков российских граждан, заключенных за рубежом, является отсутствие обстоятельств, препятствующих заключению брака, которые установлены ст. 14 СК РФ.

Таким образом, для признания действительности брака, заключенного за границей между российскими гражданами, не требуется выполнение предписаний российского закона о достижении брачного возраста (ст. 13 СК РФ), если были соблюдены условия о брачном возрасте законодательства государства места заключения брака. Отметим, что и ранее (до вступления в силу СК РФ) материальные условия действительности брака для лица, состоящего в российском гражданстве, должны были всегда определяться по нашему праву, независимо от места заключения брака. Что же касается вступления в брак иностранца с российским гражданином за границей, то нельзя требовать соблюдения при этом всех предусмотренных российским законодательством материальных условий. Не может, например, этот брак быть признан недействительным на том основании, что применительно к иностранцу не были соблюдены условия о брачном возрасте, предусмотренные российским законом. Относительно формы брака условия его действительности следующие: брак, заключенный с соблюдением формы, установленной законом места его совершения,

признается в Российской Федерации даже в том случае, если такая форма брака неизвестна нашему законодательству.

Поскольку в большинстве стран коллизионная норма внутреннего законодательства отсылает и в отношении материальных условий действительности брака к законодательству страны гражданства или страны места жительства будущего супруга, при заключении брака за рубежом российских граждан будет применяться российское право.

В России признается действительным заключенный за границей брак иностранцев во всех случаях, когда он признается по одному из законодательств иностранного государства, которое можно было бы применить в данном случае. Следовательно, если брак между иностранцами действителен по закону места его совершения либо по личному закону супругов, то он должен быть признан действительным и в России. В какой степени это правило может быть ограничено в России оговоркой о публичном порядке? Согласно ст. 167 СК РФ «нормы иностранного семейного права не применяются в случае, если такое применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В этом случае применяется законодательство Российской Федерации».

В связи с этим правилом о публичном порядке возникает, в частности, вопрос: может ли полигамный брак, совершенный за границей в каком-либо государстве, допускающем такие браки, например в Судане или в Объединенных Арабских Эмиратах, получить признание в России? Такой брак не может быть объявлен в России недействительным. Известны случаи, когда мужчины из Сирии или из Объединенных Арабских Эмиратов, имея уже трех жен, предлагали российским гражданкам стать четвертыми женами. Заключить такой брак в России нельзя, потому что наличие брака является препятствием для заключения нового брака в России, но это можно сделать в другой стране.

В ст. 167 СК РФ говорится не о противоречии иностранной нормы, допускающей полигамный брак, основам правопорядка России, а о последствиях применения такой нормы в Российской Федерации. Сами нормы иностранного права, допускающие

полигамию, противоречат основным принципам российского семейного права, но это не означает, что полигамные браки, заключенные в стране, где они признаются, не могут порождать юридические последствия, признаваемые в нашей стране; нельзя, в частности, ссылаясь на оговорку о публичном порядке, возражать против признания в России алиментных обязательств членов полигамной семьи.

Таким образом, заключить брак в России с гражданином страны, который уже состоит в одном браке, что допускается законом его гражданства, нельзя, но если впоследствии бывшая российская гражданка сначала вступит в брак с таким лицом за рубежом, а затем вместе с ребенком приедет в Россию или (теоретически такую возможность исключать не следует) окажется в третьей стране и предъявит иск об алиментах на детей от такого брака в России, то такой иск нельзя отвергнуть со ссылкой на публичный порядок.

К бракам, заключаемым российским гражданином и иностранцем в России, в полной мере применяются правила законодательства России о признании недействительными так называемых фиктивных браков. В прошлом встречались случаи заключения таких браков, цель которых состояла не в создании семьи, а, например, в обходе действовавших правил выезда или въезда в СССР.

В советском законодательстве не содержалось коллизионных норм относительно действительности браков, заключенных с иностранцами, однако случаи признания иностранных решений об аннулировании брака встречались на практике.

В ст. 159 СК РФ установлено, что недействительность брака, заключенного на территории РФ или за ее пределами, определяется законодательством, которое в соответствии со ст. 156 и 158 применялось при заключении брака. В ст. 156 говорится о применении права при заключении брака на территории России, а в ст. 158 — о признании браков, заключенных за границей.

4. Браки между российскими гражданами, проживающими вне пределов России, заключаются в консульских учреждениях РФ. Регистрация брака является одним из актов гражданского состояния. При заключении брака в консульствах РФ за

границей, как и при совершении консулом других актов гражданского состояния, применяется законодательство России.

Поскольку законодательство в области семейного права отнесено к совместному ведению Федерации и ее субъектов (ст. 72 Конституции РФ), консул должен при регистрации брака применять законы субъекта РФ (это, в частности, может иметь значение в случаях, когда с учетом национальных традиций или по другим основаниям в субъектах РФ по-разному определяется брачный возраст).

Таким образом, следует исходить из того, что, во-первых, регистрация брака в нашем посольстве или консульстве приравнивается к регистрации брака в органах записи актов гражданского состояния; во-вторых, при регистрации браков консулом должны соблюдаться материальные условия, необходимые для заключения брака по российскому законодательству.

Такой брак будет признан в государстве пребывания консула, если это вытекает из местного закона или предусмотрено консульской конвенцией РФ с данным государством.

5. До сих пор речь шла о заключении за границей браков между российскими гражданами и так называемых смешанных браков. Что же касается заключения браков между иностранными гражданами за пределами территории России с соблюдением законодательства государства, на территории которого брак заключается, то такие браки признаются действительными в России (п. 2 ст. 158 СК РФ). Поэтому, если законодательство какой-либо страны допускает возможность вступления в брак при наличии другого брака, нет оснований для признания в России недействительным брака двух иностранных граждан, один из которых уже состоит в браке.

6. Несколько слов следует сказать о помолвке и ее расторжении. Под помолвкой обычно понимается церемония объявления лиц, желающих вступить в брак, женихом и невестой. Помолвка обычно сопровождается обручением. В ряде стран помолвка относится к числу условий для вступления в брак. В законодательстве некоторых стран, например в Законе Италии о международном частном праве 1995 г. (ст. 26),



имеются правила, определяющие, какое право подлежит применению к помолвке и случаям ее расторжения. В ФРГ во Вводном законе к ГГУ такого рода коллизионной нормы не имеется, однако это не означает, что не могут предъявляться в судебном порядке иски в случае расторжения помолвки между гражданами различных государств. Приведем пример.

В суде г. Дортмунда (ФРГ) немецкий гражданин М. предъявил иск к российской гражданке Ч. о возвращении ему подарков (вещей, денежных сумм), сделанных ей по случаю помолвки, а также о возмещении ущерба, понесенного вследствие расторжения (отмены) помолвки. В ходе рассмотрения этого иска суд обратился к специалистам в области российского права с просьбой представить заключение о том, какое право согласно законодательству РФ, подлежит применению в данном случае. В подготовленном заключении было обращено внимание на то, что ни в разд. VI «Международное частное право» ГК РФ, ни в разд. VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства» СК РФ не содержится положений, касающихся помолвки. Ничего не говорится об этом и в российской литературе в области международного частного права, а также в области семейного права. После рассмотрения различных вариантов решения проблемы применения права авторы заключения пришли к выводу о том, что в данном случае следует обратить внимание на ст. 1186 ГК РФ, согласно которой если «невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано». С точки зрения авторов заключения, в данном случае соответствующие отношения наиболее тесно связаны с Германией (страной, в которой находится местожительство обеих спорящих сторон, и страной, в которой предполагалось заключение брака, а также осуществляется профессиональная деятельность сторон). Поэтому, по мнению авторов заключения, с точки зрения российского права суд должен применить обратную отсылку к германскому праву.

### **Правоотношения между супругами**

В каждом государстве определяется режим личных неимущественных и имущественных прав и обязанностей супругов. Для российского законодательства исходным является закрепленный в Конституции РФ принцип полного равноправия мужчины и женщины. Согласно ч. 3 ст. 19 Конституции РФ мужчины и женщины имеют равные права и свободы и равные возможности для их реализации.

При определении права, подлежащего применению к отношениям проживающих на территории РФ супругов-иностранцев или супругов, один из которых является иностранцем, исходным является принцип совместного места жительства, а не принцип гражданства супругов.

Согласно СК РФ личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов должны определяться законодательством государства, на территории которого супруги имеют совместное место жительства, а при его отсутствии — законодательством государства, на территории которого они имели последнее совместное место жительства (п. 1 ст. 161). В литературе приводился такой пример из судебной практики.

Обучавшийся в Петербурге студент — египетский гражданин вступил в брак с российской гражданкой. Супруги определенное время жили совместно в этом городе, а потом муж оставил жену и уехал к себе на родину. Впоследствии возник спор об имуществе, приобретенном в период совместной жизни (квартире, денежном вкладе). Поданный в суд Петербурга иск о разделе имущества должен решаться на основании правил российского Семейного кодекса, поскольку последнее совместное место жительства супругов было в России.

Семейный кодекс РФ ввел новую возможность определения режима имущественных отношений супругов путем заключения брачного договора или соглашения об уплате ими алиментов друг другу.

Брачным договором признается соглашение лиц, вступающих в брак, или соглашение супругов, определяющее имущественные права и обязанности супругов в браке и (или) в случае его расторжения.

Заключив брачный договор, супруги могут изменить установленный законом режим совместной собственности, установить режим совместной, долевой или раздельной собственности на все имущество супругов, на его отдельные виды или на имущество каждого из супругов.

В СК РФ предусмотрено, что при заключении брачного договора или соглашения об уплате алиментов супруги, не имеющие общего гражданства или совместного места жительства, могут сами избрать законодательство, которое будет применяться к заключенному ими договору (ст. 161). При выборе законодательства, подлежащего применению к брачному договору или соглашению об уплате алиментов, супруги не связаны никакими ограничениями. В результате они в принципе вправе избирать законодательство страны, с которой ни один из них не имеет никакой связи. Важное практическое значение имеет вопрос о моменте, когда супруги могут осуществить свое право выбора законодательства. Поскольку СК РФ допускает вообще в любое время изменение соглашения, они могут также в любое время изменить условия о применении права. Однако это может иметь место только в том случае, когда именно российское право подлежит применению.

Таким образом, супруги в соответствии с принципом автономии воли сторон могут избрать для себя законодательство той страны, с которой они чувствуют наибольшую связь или которое считают для себя наиболее благоприятным.

По вопросу о применении права к личным и имущественным правоотношениям супругов в Минской конвенции 1993 г. и в Кишиневской конвенции 2002 г. предусмотрены следующие правила:

- личные и имущественные правоотношения супругов определяются по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой они имеют совместное местожительство; если один из супругов проживает на территории одной договаривающейся стороны, а второй — на территории другой и при этом оба супруга

имеют одно и то же гражданство, их личные и имущественные правоотношения определяются по законодательству той стороны, гражданами которой они являются;

- если один из супругов является гражданином одной договаривающейся стороны, а второй — другой и один из них проживает на территории одной, а второй — на территории другой договаривающейся стороны, то их личные и имущественные правоотношения определяются по законодательству той стороны, на территории которой они имели свое последнее совместное местожительство;
- если супруги не имели совместного местожительства на территориях договаривающихся сторон, применяется законодательство той стороны, учреждение которой рассматривает дело;
- правоотношения супругов, касающиеся их недвижимого имущества, определяются по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой находится это имущество;
- по делам о личных и имущественных правоотношениях супругов компетентны учреждения договаривающейся стороны, законодательство которой подлежит применению в соответствии с приведенными выше положениями.

Специальные правила по этим вопросам содержатся в двусторонних договорах о правовой помощи. Так, Договор, заключенный с Эстонией, устанавливает, что личные и имущественные отношения супругов, являющихся гражданами одного государства и проживающих на территории другой страны, регулируются законами того государства, где они совместно проживают. Этот Договор содержит также правило о том, каким законом регулируются отношения супругов, если они проживают на территории разных государств. Например, если муж — гражданин Эстонии проживает в Эстонии, а жена — гражданка Эстонии проживает в России, то их отношения будут регулироваться законом страны их общего гражданства, т.е. законом Эстонии.

Но может случиться, что муж и жена не имеют общего гражданства. Например, проживающая в России жена является гражданкой РФ, а живущий в Эстонии муж является гражданином Эстонии. На этот случай договор устанавливает правило,

согласно которому личные и имущественные правоотношения таких супругов регулируются законом той страны, где они имели последнее совместное место жительства.

Несколько иначе сформулированы соответствующие правила в Договоре с Польшей. Согласно ст. 25 этого Договора личные и имущественные отношения супругов определяются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой они имеют местожительство.

Если один из супругов проживает на территории одной договаривающейся стороны, а второй — на территории другой договаривающейся стороны, то их личные и имущественные отношения определяются законодательством договаривающейся стороны, гражданами которой являются супруги. Если один из супругов является гражданином одной договаривающейся стороны, а второй — гражданином другой договаривающейся стороны, применяется законодательство договаривающейся стороны, суд которой рассматривает дело.

По делам о личных и имущественных отношениях супругов в случае их общего местожительства компетентны суды договаривающейся стороны, на территории которой супруги имеют местожительство. Если при этом супруги являются гражданами другой договаривающейся стороны, компетентны также суды этой договаривающейся стороны.

Если супруги проживают в разных странах, компетентны суды договаривающейся стороны, гражданами которой являются супруги. Если один из супругов является гражданином одной договаривающейся стороны, а второй — гражданином другой договаривающейся стороны, компетентны суды обеих договаривающихся сторон.

### **Расторжение брака**

1. Согласно российскому законодательству, расторжение брака производится либо в судебном порядке, либо в органах загса. В органах загса можно расторгнуть брак по взаимному согласию супругов, не имеющих общих несовершеннолетних детей, а

также в некоторых других случаях, предусмотренных законом. При наличии несовершеннолетних детей или при отсутствии согласия одного из супругов на расторжение брака необходимо обращаться в суд.

Расторжение брака между российскими и иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также между иностранными гражданами на территории РФ происходит в соответствии с законодательством России (п. 1 ст. 160 СК РФ). В этих случаях применение права страны гражданства супругов-иностранцев не предусмотрено.

Согласно п. 2 ст. 160 СК РФ российский гражданин, проживающий за пределами территории России, вправе расторгнуть брак с проживающим за пределами территории России супругом независимо от его гражданства в суде РФ. Таким образом, возможно расторжение в российском суде брака российского гражданина с иностранцем, проживающим за границей. Введение этого правила в российское законодательство объясняется рядом причин, в частности тем, что в некоторых странах иностранцы лишены права обращаться в суд с иском о расторжении брака.

Российский суд рассматривает дела о расторжении брака гражданина РФ с иностранцем и в тех случаях, когда оба супруга проживают за границей. Кроме того, в российском суде возможно рассмотрение дела о разводе супругов — российских граждан и в тех случаях, когда они оба проживают за границей.

Суды рассматривают дела о расторжении брака при наличии иностранного элемента по тем же правилам, что и при расторжении браков между гражданами, проживающими в России. Обычно такие дела рассматриваются в присутствии обоих супругов.

В исключительных случаях суды могут рассматривать дела и в отсутствие в судебном заседании одного из супругов. Так, суд может по иску проживающего в России лица рассматривать дело о расторжении брака с иностранцем, проживающим за границей. Дело может быть рассмотрено в отсутствие ответчика-иностранца при условии, что будут обеспечены его процессуальные права. Ответчику направляются извещение о

слушании дела и другие судебные документы. Это служит гарантией соблюдения прав иностранца, который может принять меры для защиты своих интересов.

При рассмотрении дел о расторжении брака суд применяет российское законодательство, если иное не вытекает из заключенных Российской Федерацией с иностранными государствами международных договоров. Поскольку кроме случаев, предусмотренных международным договором, применение иностранного закона исключено, расторжение брака, произведенное в России, может быть не признано за рубежом.

Российское семейное законодательство, в отличие от законодательства большинства иностранных государств, не содержит каких-либо специальных норм, которые предусматривали бы строго определенные поводы и основания для развода. Брак расторгается, если судом будет установлено, что дальнейшая совместная жизнь супругов и сохранение семьи стали невозможными.

Специальные правила о расторжении брака содержатся в договорах о правовой помощи, заключенных Россией с Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Польшей и другими странами. Эти договоры обычно устанавливают следующее: 1) развод производится органами того государства, гражданами которого являются супруги; 2) если супруги проживают в другой стране, то они могут обращаться в суд этой страны; следовательно, граждане упомянутых стран могут по своему усмотрению возбудить дело о разводе либо в суде на своей родине, либо в суде страны, где они проживают; 3) при расторжении брака применяется законодательство страны гражданства супругов; 4) в тех случаях, когда супруги не имеют общего гражданства и проживают на территории разных государств, дело о разводе может быть возбуждено в суде любого из договаривающихся государств, причем каждый суд будет применять законодательство своей страны.

В 1996 г. гражданин Азербайджана М. и российская гражданка С. зарегистрировали брак в одном из загсов Москвы. Затем они выехали на постоянное место жительства в Баку, однако семейная жизнь у них не сложилась. Детей у супругов не было. С. решила расторгнуть брак с М. и вернуться в Москву, но муж согласия на развод не

дал. Тогда С. уехала к родителям в Москву, где подала заявление о расторжении брака с М. по месту жительства родителей. М. возражает против рассмотрения спора в суде в Москве. В своем заявлении в суд адвокат М. ссылается на положение ст. 28 российско-азербайджанского Договора о правовой помощи 1992 г. и на ст. 29 Минской конвенции 1993 г.

Согласно ст. 28 Договора с Азербайджаном, если один из супругов — гражданин Азербайджана, а другой — России и один из них проживает на территории Азербайджана, а второй — на территории России, то компетентны учреждения обоих государств. Аналогичные положения содержатся и в Минской конвенции 1993 г.

Приведем в качестве примера положения Договора между Российской Федерацией и Республикой Польша о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 16 сентября 1996 г. Согласно ст. 26 этого Договора по делам о расторжении брака применяется законодательство той договаривающейся стороны, гражданами которой являются супруги на момент подачи заявления. Если супруги имеют место жительства на территории другой договаривающейся стороны, то компетентны также органы этой договаривающейся стороны.

Если в момент подачи заявления один из супругов является гражданином одной договаривающейся стороны, а второй — другой договаривающейся стороны, то условия расторжения брака определяются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой они имеют местожительство, а по делам о расторжении брака в этом случае компетентен орган договаривающейся стороны, на территории которой супруги имеют местожительство.

Если один из супругов проживает на территории одной договаривающейся стороны, а второй — на территории другой договаривающейся стороны, то применяется законодательство договаривающейся стороны, в органе которой рассматривается дело о расторжении брака.

2. Вопрос о расторжении брака между супругами, один из которых является гражданином РФ, может возникнуть за границей. Это возможно в случаях, когда оба



супруга постоянно проживают в одной стране или когда один из супругов проживает в стране, где возбуждено дело о разводе.

Интересный в этом отношении пример дала судебная практика ФРГ.

Советская гражданка вступила в 1970 г. в брак с гражданином Анголы во Львове (УССР). От этого брака родились двое детей. Начиная с 1972 г. супруги проживали в ФРГ. В октябре 1979 г. муж переехал в Анголу. Жена осталась в ФРГ и возбудила иск о разводе; ответчик возражал против расторжения брака и настаивал на том, чтобы на него была возложена забота о детях. Дело рассматривалось в нескольких судебных инстанциях. Определенную сложность вызвал вопрос о применении права. Это объяснялось тем, что последнее решение по делу было вынесено в январе 1984 г., т. е. до принятия в июле 1986 г. нового германского Закона о международном частном праве (см. гл. 2), изменившего Вводный закон к ГГУ. В суде первой инстанции на основании ст. 17 Вводного закона к ГГУ к отношениям сторон было применено право Анголы как право страны гражданства мужа. При дальнейшем рассмотрении этого дела было признано, что ст. 17 противоречит ст. 3 (абз. 2) Основного закона ФРГ, устанавливающей равенство мужчины и женщины. В решениях по делу были рассмотрены различные иные варианты применения права, в том числе советского как права страны гражданства истицы и права ФРГ как права страны последнего совместного места жительства супругов.

Если брак между российским гражданином и иностранцем расторгнут за границей, возникает вопрос о признании действительности такого развода в России.

На практике возник также вопрос о признании в России совершенного за границей расторжения брака между российскими гражданами, проживающими за границей. Для таких граждан обращение в российский суд может быть связано с большими трудностями. Поэтому от граждан РФ, постоянно проживающих за границей, нельзя требовать, чтобы их брак расторгался только по правилам российского законодательства. Достаточно, чтобы развод был совершен в соответствии с законами страны их проживания.

Браки между российскими гражданами и браки российских граждан с иностранными гражданами (и лицами без гражданства) могут расторгаться за границей в компетентных органах иностранных государств. Общее правило, предусматривающее эту возможность, закреплено в СК РФ. Согласно п. 3 ст. 160 СК РФ расторжение брака между гражданами РФ и иностранными гражданами или лицами без гражданства, совершенное за пределами территории России с соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства о компетенции органов, принимавших решение о расторжении брака, и подлежащем применению при расторжении брака законодательстве, признается действительным в Российской Федерации. Документы, выданные иностранцам в удостоверение развода, совершенного по законам соответствующих государств, признаются действительными в Российской Федерации.

В одних странах требуется государственная регистрация решения суда о расторжении брака, и только после такой регистрации брак считается прекращенным и соответствующие лица вправе вступить в новый брак. По законодательству же большинства иностранных государств решение суда о расторжении брака является окончательным и государственной регистрации расторжения брака не требуется (в США, например, суд выдает свидетельство о разводе). Отсюда следует, что в случае расторжения брака в этих государствах при повторном вступлении в брак российские органы загса не должны требовать от иностранных граждан свидетельство органов загса иностранных государств о расторжении брака.

3. В тех случаях, когда по российскому законодательству брак может быть расторгнут органами загса (наличие согласия супругов при отсутствии общих несовершеннолетних детей), за границей развод может быть оформлен и консулом. Это положение установлено п. 2 ст. 160 СК РФ, согласно которому в этих случаях «брак может быть расторгнут в дипломатических представительствах или в консульских учреждениях Российской Федерации». В соответствии с п. 8 Положения о Консульском учреждении Российской Федерации, утвержденного Указом

Президента РФ от 5 ноября 1998 г., консул осуществляет в пределах своей компетенции государственную регистрацию актов гражданского состояния.

Ряд консульских конвенций, заключенных с иностранными государствами, предусматривает, что консулы могут расторгать браки. Так, Консульская конвенция между СССР и США предусматривает право консулов производить расторжение браков при условии, что оба лица, расторгающие брак, являются гражданами представляемого консулом государства. Аналогичное правило содержится в консульских конвенциях с Болгарией, Грецией и другими странами.

Другие же консульские конвенции предусматривают лишь регистрацию совершенного в стране пребывания консула расторжения брака, в частности произведенного судом, и ведение учета таких разводов. Согласно ст. 19 Консульской конвенции между СССР и Финляндией от 24 января 1966 г. консулы имеют право вести учет совершенных согласно законодательству государства пребывания разводов, если по крайней мере одно из лиц, расторгающих брак, является гражданином представляемого консулом государства.

Согласно Консульскому договору с ФРГ, консул имеет право в соответствии с законодательством государства, назначившего консула, регистрировать расторжение брака, произведенного судом и касающегося граждан государства, назначившего консула (п. 3 ст. 23 Договора).

4. Российское законодательство устанавливает соответствующие правила в отношении признания расторжения браков между иностранными гражданами, совершенного за границей. Согласно п. 4 ст. 160 СК РФ расторжение брака между иностранными гражданами, совершенное за пределами территории России «с соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства о компетенции органов, принимавших решения о расторжении брака, и подлежащем применению при расторжении брака законодательстве, признается действительным в Российской Федерации».

Следовательно, в качестве условия такого признания закон ставит соблюдение законодательства соответствующего государства, с одной стороны, в отношении

компетенции органа (т. е. о том, компетентен ли в данной стране принимать решение о расторжении брака суд или иной орган), а с другой стороны, в отношении соблюдения коллизионных норм семейного права данного государства. Так, если коллизионная норма предусматривала применение при расторжении брака российского законодательства, а оно не было применено, решение о расторжении брака может быть не признано.

Следует иметь в виду, что в ряде договоров о правовой помощи между Россией и другими странами (Азербайджаном, Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Грецией, Ираком, Италией, КНДР, Кубой, Латвией, Литвой, Монголией, Польшей, Финляндией, Чехией, Эстонией) предусматривается взаимное признание судебных решений по семейным делам. Так, согласно ст. 23 Договора с Финляндией взаимно признаются решения о расторжении брака, о раздельном проживании супругов или о признании брака недействительным (о признании судебных решений см. гл. 18 учебника).

До сих пор речь шла о признании в России самого факта расторжения брака, совершенного за границей по местным законам. Однако такое признание расторжения брака не всегда автоматически влечет за собой признание в России и последствий развода. Не могут, например, получить признания установленные в иностранном судебном решении такие последствия развода, как лишение стороны, «виновной» в расторжении брака, права вступления в новый брак, лишение ее права на воспитание детей и проч.

Минская конвенция 1993 г. (ст. 28, 29), Кишиневская конвенция 2002 г. (ст. 31, 32) исходят при решении вопросов о расторжении брака из следующих положений:

- по делам о расторжении брака применяется законодательство страны, гражданами которой являются супруги в момент подачи заявления;
- при разном гражданстве применяется законодательство страны, учреждение которой рассматривает дело о расторжении брака;
- рассматривать дела о расторжении браков компетентны учреждения стран, гражданами которых являются супруги в момент подачи заявления;

- если в момент подачи заявления оба супруга проживают на территории другого государства, то рассматривать дело о расторжении брака компетентны также и учреждения этой страны, т.е. супруги могут обращаться и в суд этой страны;
- если супруги являются гражданами различных государств, дела о разводе компетентны рассматривать учреждения страны, на территории которой проживают оба супруга;
- если супруги проживают на территории разных государств, рассматривать дела о расторжении брака компетентны учреждения обоих государств, на территории которых они проживают.

В практике применения ст. 29 Минской конвенции 1993 г. возникла спорная ситуация, которая стала предметом толкования Экономического суда СНГ.

Суть вопроса состояла в следующем.

Гражданин России С., постоянно проживающий на ее территории, временно находился в Ташкенте. Мирабадским межрайонным судом по гражданским делам Ташкента было принято к производству дело по иску его супруги, гражданки России М., постоянно проживающей в Ташкенте, о расторжении брака. Как ответчик С. возражал против рассмотрения дела в суде Узбекистана, так как ранее подал аналогичный иск к жене в суд по месту своей постоянной регистрации в Томской области, где также проживает их малолетний сын, гражданин России. Эти обстоятельства были учтены при рассмотрении дела в первой инстанции межрайонным судом Ташкента, и ввиду неподведомственности дело было прекращено. Однако апелляционная коллегия горсуда по гражданским делам по частной жалобе М. и по протесту районного прокурора отменила определение суда. В итоге новым решением межрайонного суда Ташкента (в ином составе), применившего Семейный и Гражданско-процессуальный кодексы Узбекистана, брак был расторгнут, причем было решено, что малолетний сын остается с матерью. Экономический суд СНГ на основании запроса о толковании положений Минской конвенции 1993 г., направленного в суд Исполнительным комитетом СНГ по просьбе

посольства РФ в Узбекистане, должен был разъяснить, что следует понимать под проживанием лица на территории соответствующего государства.

Таким образом, надо было ответить на вопрос, может ли суд одной страны СНГ привлечь в качестве ответчика по делу о расторжении брака и решении судьбы малолетнего ребенка гражданина другой страны СНГ, если последний имеет в данной стране лишь временную регистрацию без вида на жительство, будучи постоянно проживающим (зарегистрированным) вместе с ребенком в стране своего гражданства. Экономический суд СНГ исходил из того, что по делам о расторжении брака компетентны учреждения государства — участника Минской конвенции 1993 г., гражданами которого являются супруги как в случае, когда один из них проживает за пределами этого государства, так и в случае, когда оба проживают за пределами страны своего гражданства, но на территориях разных государств.

Если же оба супруга проживают на территории другого государства — участника Минской конвенции 1993 г., компетентны по их выбору как учреждения государства, гражданами которого они являются, так и учреждения страны, где они проживают. Вопрос об их месте проживания решается в соответствии с национальным законодательством государства, учреждение которого устанавливает свою компетенцию.

Экономический суд СНГ пришел к выводу о том, что независимо от того, компетентный суд какого государства — участника Минской конвенции 1993 г. рассматривает дело о расторжении брака между супругами, являющимися гражданами одного государства, суд страны их гражданства или суд другого государства, где они проживают (п. 1 ст. 29 Конвенции), обязан решать вопрос об условиях и порядке развода на основе законодательства о браке и семье этого государства, гражданами которого являются оба супруга, и ссылаться в своем решении на материально-правовую норму этой страны. Поэтому противоречат Минской конвенции 1993 г. случаи, когда подобные вопросы разрешаются на основании семейного законодательства государства, суд которого рассматривал дело (решение от 15 января 2002 г.).

## **Правоотношения между родителями и детьми**

1. Правовое положение ребенка определяется его гражданством.

Согласно ст. 12 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» ребенок приобретает гражданство РФ по рождению, если на день рождения ребенка:

- оба его родителя или единственный его родитель имеют гражданство РФ (независимо от места рождения ребенка);
- один из его родителей имеет гражданство РФ, а другой родитель является лицом без гражданства, или признан безвестно отсутствующим, или место его нахождения неизвестно (независимо от места рождения ребенка);
- один из его родителей имеет гражданство РФ, а другой родитель является иностранным гражданином, при условии, что ребенок родился на территории РФ либо если в ином случае он станет лицом без гражданства;
- оба его родителя или единственный его родитель, проживающие на территории РФ, являются иностранными гражданами или лицами без гражданства, при условии, что ребенок родился на территории РФ, а государство, гражданами которого являются его родители или единственный его родитель, не предоставляет ребенку свое гражданство.

Ребенок, который находится на территории РФ и родители которого неизвестны, становится гражданином РФ в случае, если родители не объявятся в течение шести месяцев со дня его обнаружения.

Названным Федеральным законом предусмотрен также в ряде случаев прием ребенка в гражданство РФ в упрощенном порядке (ст. 14), а также правила об изменении гражданства ребенка при изменении гражданства родителей (опекунов и попечителей).

Согласно ст. 9 указанного Федерального закона гражданство ребенка сохраняется или изменяется при приобретении или прекращении гражданства РФ одним из его родителей либо обоими его родителями.

Для приобретения или прекращения гражданства РФ ребенком в возрасте от 14 до 18 лет необходимо его согласие.

Гражданство РФ ребенка не может быть прекращено, если в результате он станет лицом без гражданства.

Гражданство ребенка не изменяется при изменении гражданства его родителей, лишенных родительских прав. В случае изменения гражданства ребенка не требуется согласие его родителей, лишенных родительских прав.

2. Установление и оспаривание отцовства (материнства) определяются законодательством государства, гражданином которого является ребенок порождению (п. 1 ст. 162 СК РФ). Практически на территории России чаще всего возникают вопросы по установлению отцовства в отношении детей — российских граждан, и потому применяется законодательство России; однако в отношении детей, являющихся иностранными гражданами, будет обеспечена защита в соответствии с законодательством страны их гражданства. Эта норма, как и другие коллизионные нормы СК РФ, исходит из интересов детей.

Порядок установления или оспаривания отцовства (материнства) на территории России определяется российским законодательством.

В тех случаях, когда по российскому законодательству допускается установление отцовства в органах записи актов гражданского состояния, проживающие вне пределов Российской Федерации родители ребенка, из которых хотя бы один является гражданином РФ, вправе обращаться с заявлениями об установлении отцовства в дипломатические представительства или консульские учреждения РФ (ст. 162 СК РФ).

Нормы об установлении отцовства есть и в договорах о правовой помощи. Так, согласно ст. 29 Договора России с Эстонией от 26 января 1993 г. по делам об установлении или оспаривании отцовства применяется законодательство страны, гражданином которой ребенок является по рождению.

3. До принятия СК РФ коллизионные вопросы отношений между родителями и детьми, и прежде всего касающихся алиментных обязательств, законодательно не



регулюровались. Суды применяли к этим отношениям законодательство, действующее в России. Теперь ст. 163 СК РФ предусматривает, что права и обязанности родителей и детей, в том числе обязанность родителей по содержанию детей, определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства. При отсутствии совместного места жительства родителей и детей их права и обязанности определяются законодательством государства, гражданином которого является ребенок. По требованию истца к алиментным обязательствам и к другим отношениям между родителями и детьми может быть применено законодательство государства, на территории которого постоянно проживает ребенок.

Таким образом, закон исходит из того, что отношения родителей и детей наиболее тесно связаны с законодательством страны их совместного места жительства. Иными словами, независимо от гражданства сторон к отношениям родителей и детей, проживающих в России, должно применяться российское семейное законодательство. Лишь при отсутствии такого совместного проживания подлежащее применению право будет определяться на основе принципа гражданства ребенка. Во главу угла поставлены интересы ребенка. Поэтому дается возможность по требованию истца в порядке изъятия из этих положений применять законодательство страны, где ребенок постоянно проживает.

В комментариях Н. И. Марышевой к СК РФ подчеркивается, что в нем говорится не об обязанности суда применять по требованию истца законодательство страны места жительства ребенка, а лишь о возможности такого применения. По смыслу закона должен приниматься во внимание тот факт, что законодательство страны места жительства ребенка действительно более благоприятно для него. Здесь могут учитываться: способ взыскания алиментов (в процентном отношении к заработной плате ответчика или в твердой денежной сумме), сроки взыскания (до достижения 18 лет или до достижения экономической самостоятельности, как это принято в ряде стран) и т.п. Российский закон, в отличие от законодательства ряда других государств, не делает различия при определении права, применимого к отношениям

родителей и детей, рожденных в браке, и к отношениям родителей и внебрачных детей.

В случае выезда за границу на постоянное жительство лица, обязанного выплачивать алименты, при отсутствии договора о правовой помощи, обеспечивающего взаимное исполнение судебных решений, возникают сложности. Известно, что больше всего иммигрантов из России и других стран СНГ выехало в США, Германию, Израиль и некоторые другие государства, с которыми договоры такого рода не были заключены. Можно привести такой пример.

По решению российского суда с Ф. взыскивали алименты на содержание сына. После выезда Ф. на постоянное жительство в ФРГ суд этой страны отказал в исполнении решения, сославшись на отсутствие взаимной договоренности.

Остается возможность предъявления иска в суд государства, куда переехало лицо, обязанное платить алименты. На практике применяется и такой способ решения проблемы, как суммирование полагающихся ребенку до достижения им совершеннолетия сумм и заключение соглашения сторон об их выплате.

Вопрос о законе, которым должны регулироваться правоотношения между родителями и детьми, решен в договорах о правовой помощи, заключенных с Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, КНДР, Латвией, Литвой, Монголией, Польшей, Румынией, Эстонией. Эти договоры устанавливают, что правоотношения между родителями и детьми определяются законом того государства, на территории которого родители и дети имеют совместное место жительства.

Однако если место жительства родителей или одного из них находится на территории одного договаривающегося государства, а место жительства ребенка — на территории другого, то правоотношения между родителями и детьми регулируются законом того государства, гражданином которого является ребенок. Если, например, отец — российский гражданин проживает в России, а ребенок — российский гражданин живет в Эстонии, то обязанности отца, включая обязанности выплачивать алименты, определяются российским правом.

Договоры с Вьетнамом и Монголией предусматривают в случае раздельного проживания применение законодательства страны места жительства ребенка.

Статья 32 Минской конвенции 1993 г. (в ред. Протокола от 28 марта 1998 г.), а также ст. 35 Кишиневской конвенции 2002 г. предусматривают следующие правила:

- права и обязанности родителей и детей, в том числе обязательства родителей по содержанию детей, определяются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой они имеют постоянное совместное место жительства, а при отсутствии постоянного совместного места жительства родителей и детей их взаимные права и обязанности определяются законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой является ребенок.

По требованию истца по алиментным обязательствам применяется законодательство договаривающейся стороны, на территории которой постоянно проживает ребенок;

- алиментные обязательства совершеннолетних детей в пользу родителей, а также алиментные обязательства других членов семьи определяются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой они имели совместное место жительства. При отсутствии совместного места жительства такие обязательства определяются законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой является истец;

- по делам о правоотношениях между родителями и детьми компетентен суд договаривающейся стороны, законодательство которой подлежит применению;

- исполнение решений суда по делам, связанным с воспитанием детей, производится в порядке, установленном законодательством договаривающейся стороны, на территории которой проживает ребенок;

- договаривающиеся стороны оказывают друг другу помощь в розыске ответчика по делам о взыскании алиментов, когда есть основание полагать, что ответчик находится на территории другой договаривающейся стороны, и судом вынесено определение об объявлении его розыска.

В целях большей гарантии обеспечения интересов детей в договорах с Венгрией, Болгарией и Польшей закреплено правило, позволяющее применить закон страны

места жительства ребенка, если законодательство этой страны является для него более благоприятным. Договор с Вьетнамом предусматривает по делам о взыскании алиментов с родителей в пользу детей и с совершеннолетних детей в пользу родителей применение законодательства страны, на территории которой имеет место жительства лицо, претендующее на получение алиментов.

Таким образом, российская гражданка может обратиться в наш суд с иском о взыскании алиментов на содержание ребенка, если отец ребенка — иностранный гражданин проживает в России или в стране, с которой имеется договор о правовой помощи, предусматривающий взаимное исполнение судебных решений.

Правоотношения между ребенком, родившимся от лиц, не состоящих в зарегистрированном браке, и его матерью и отцом определяются законодательством той договаривающейся стороны, гражданином которой является ребенок.

Большие сложности на практике при отсутствии международных соглашений вызывают вопросы, связанные с осуществлением родительских прав при распаде семьи.

Так, у России нет такого договора с Францией, поэтому в 1998— 2001 гг. большой общественный резонанс вызвали решения французских судов, ограничивающие права гражданки России — актрисы Н. Захаровой на свидания с ее малолетней дочерью Машей, переданной в приемную семью для надзора и проживания, несмотря на то, что при расторжении брака Н. Захаровой с французским гражданином П. Уари — отцом девочки — Маша должна была находиться у матери.

Известны случаи, когда дети незаконно вывозились из России одним из родителей или незаконно удерживались за рубежом отцом ребенка при наличии судебного решения о том, что ребенок должен проживать со своей матерью в России. Приведем пример из практики.

Российская гражданка вышла замуж за гражданина США Б., работавшего в Москве в одной из американских фирм. Их сын родился в США и в соответствии с законами этой страны стал ее гражданином. Без согласия матери отец в ее отсутствие вывез ребенка в США, когда семья находилась в России.

Сложность ситуации в таких случаях объяснялась тем, что Россия до 2011 г. не участвовала в Конвенции о гражданских аспектах международного похищения детей 1980 г. Эта Конвенция регулирует гражданско-правовые вопросы, ее цель — способствовать немедленному возвращению незаконно перемещенных или похищенных детей. Перемещение или удержание ребенка считается незаконным, «если это нарушает право попечения, которым наделено соответствующее лицо (это может быть мать, отец, опекун и т.д.) в соответствии с законодательством государства, в котором ребенок постоянно проживает». В Конвенции участвуют 81 государство, в том числе Белоруссия, Великобритания, Греция, Грузия, Израиль, Латвия, Молдавия, Польша, США, Туркмения, ФРГ, Эстония.

### **Усыновление**

Усыновление или удочерение (в дальнейшем изложении применяется термин «усыновление») — это такой юридический акт, в силу которого между усыновленным ребенком и лицом или лицами, принявшими его на воспитание, устанавливаются личные и имущественные отношения, существующие между родителями и детьми. Такие семейно-правовые отношения, осложненные наличием так называемого иностранного элемента, регулируются нормами международного частного права, которое устанавливает юридические связи данного отношения с правовыми порядками нескольких государств. Если усыновитель и усыновляемые являются гражданами разных государств либо если факт усыновления должен иметь место за границей и осуществляться в соответствии с законодательством иностранного государства, применяется понятие международного, или иностранного, усыновления.

Снижение рождаемости в странах Западной Европы и США и ряд других факторов, прежде всего связанных с ухудшением экономического положения в странах Юго-Восточной Азии, привели в конце XX — начале XXI в. к распространению международного усыновления. В последние годы особенно актуальным международное усыновление стало для России, поскольку многих российских детей

усыновляют граждане США, Италии, Испании, Германии и других стран. В ряде случаев усыновлялись тяжелобольные дети, и для них были созданы в новых семьях, в частности в США, соответствующие условия.

Однако иногда при усыновлении иностранцами российских детей нарушались права ребенка, а также его родственников в России, осуществлялись преступная торговля детьми, другие злоупотребления.

К сожалению, имели место и случаи, когда иностранные граждане, усыновив ребенка, увозили его за границу, а затем отказывались от него и бросали на произвол судьбы. Все это привело к необходимости внести изменения в законодательство в этой области. В СК РФ были установлены новые правила, Правительством РФ принят ряд постановлений по вопросам усыновления иностранными гражданами детей, являющихся гражданами РФ, например постановление от 29 марта 2000 г. «Об утверждении Правил передачи детей на усыновление (удочерение) и осуществления контроля за условиями их жизни и воспитания в семьях усыновителей и на территории Российской Федерации и Правил постановки на учет консульскими учреждениями Российской Федерации детей, являющихся гражданами Российской Федерации и усыновленных иностранными гражданами или лицами без гражданства». Нельзя не упомянуть о Федеральном законе от 28 декабря 2012 г. «О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации» («Закон Димы Яковлева»).

Согласно Конвенции ООН о правах ребенка от 20 ноября 1989 г., ратифицированной нашим государством, «государства-участники, которые признают и/или разрешают существование системы усыновления, обеспечивают, чтобы наилучшие интересы ребенка учитывались в первостепенном порядке, и они:

а) обеспечивают, чтобы усыновление ребенка разрешалось только компетентными властями, которые определяют в соответствии с применимым законом и процедурами и на основе всей относящейся к делу и достоверной информации, что усыновление допустимо ввиду статуса ребенка относительно родителей,

родственников и законных опекунов и что, если требуется, заинтересованные лица дали свое осознанное согласие на усыновление на основе такой консультации, которая может быть необходимой;

b) признают, что усыновление в другой стране может рассматриваться в качестве альтернативного способа ухода за ребенком, если ребенок не может быть передан на воспитание или помещен в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление, и если обеспечение какого-либо подходящего ухода в стране происхождения ребенка является невозможным;

c) обеспечивают, чтобы в случае усыновления ребенка в другой стране применялись такие же гарантии и нормы, которые применяются в отношении усыновления внутри страны;

d) принимают все необходимые меры с целью обеспечения того, чтобы в случае усыновления в другой стране устройство ребенка не приводило к получению неоправданных финансовых выгод, связанных с этими лицами» (ст. 21).

Статья 165 СК РФ допускает усыновление в России иностранными гражданами детей, являющихся как российскими, так и иностранными гражданами, проживающими на ее территории.

В отношении усыновления на территории РФ иностранными гражданами и лицами без гражданства детей, являющихся российскими гражданами, российское законодательство предусматривает, что усыновление производится в соответствии с законодательством государства, гражданином которого является усыновитель (при усыновлении ребенка лицом без гражданства — в соответствии с законодательством государства, в котором это лицо имеет постоянное место жительства) на момент подачи заявления об усыновлении (ст. 165 СК РФ).

Применение при усыновлении соответствующего иностранного законодательства о требованиях к усыновлению (в отношении возраста, материального положения и т.п.) призвано обеспечивать в дальнейшем стабильность усыновления в иностранном государстве, поскольку обычно усыновитель-иностранец увозит ребенка в свою страну.

Например, если усыновители — граждане США, то они должны соответствовать требованиям, которые предъявляются к усыновителям законом об усыновлении соответствующего штата США, поскольку в этой стране нет федерального законодательства об усыновлении.

В соответствии со ст. 165 СК РФ должны быть также соблюдены требования ст. 124—126, 127—133, исходящие прежде всего из того, что усыновление допускается в отношении несовершеннолетних детей и только в их интересах. Это положение Кодекса, имеющее правоограничительный характер, исходит из презумпции защиты интересов усыновляемых детей. Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 20 апреля 2006 г. «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей» 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. Как образно отмечала Н. И. Марышева, усыновление при разном гражданстве его участников — это «многогранный» процесс.

На первом этапе потенциальный усыновитель — проживающий за границей иностранец, желающий усыновить российского ребенка, должен подать ходатайство в компетентные органы своего государства, а в России должен быть осуществлен подбор ребенка (в соответствии с Федеральным законом от 16 апреля 2001 г. и постановлением Правительства РФ от 4 апреля 2002 г. в России был создан банк данных о детях, оставшихся без попечения родителей).

На втором этапе осуществляется судебное рассмотрение заявления об усыновлении конкретного ребенка и вынесение соответствующего судебного решения.

На третьем этапе (послесудебном) осуществляются регистрация усыновления, постановка усыновленного ребенка на учет, последующий контроль за осуществлением усыновления и процессом адаптации ребенка в семье усыновителей. В указанном выше постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 20 апреля 2006 г. были даны рекомендации судам о том, какие документы они должны истребовать от органов опеки и попечительства при подготовке дела к судебному разбирательству.



Согласно п. 4 ст. 124 СК РФ усыновление детей иностранными гражданами или лицами без гражданства допускается только в случаях, если не представляется возможным передать этих детей на воспитание в семьи российских граждан, постоянно проживающих на территории РФ, либо на усыновление родственникам детей независимо от гражданства и места жительства этих родственников.

Из этого принципа исходит и судебная практика по семейным делам с участием иностранцев. Приведем пример.

В 1998—1999 гг. судами в Финляндии и России было вынесено несколько решений по делам о воспитании ребенка и выплате алиментов. Суд г. Хельсинки принял решение, согласно которому ребенок российской гражданки С. и финского гражданина П. был передан на попечение отца. Однако С. вывезла ребенка в Россию. Отец обратился в Санкт-Петербургский городской суд с ходатайством о принудительном исполнении решения финского суда. Затем дело рассматривалось в Верховном Суде РФ. Определением Верховного Суда РФ от 28 января 1999 г. было подтверждено решение Санкт-Петербургского городского суда, которым было отказано в исполнении решения финского суда о передаче ребенка на попечение отца на том основании, что принудительное исполнение решений по спорам о месте проживания и воспитания ребенка не предусмотрено ни одним из международных договоров, заключенных между Россией и Финляндией.

Таким образом, усыновление детей иностранными гражданами допускается только в случае, если не представилось возможным, несмотря на принимаемые меры, передать детей в российские семьи (на усыновление, под опеку (попечительство), в приемную семью). При этом дети могут быть переданы на усыновление иностранным гражданам лишь при условии, что прошло 12 месяцев с момента поступления сведений о таких детях в федеральный банк данных о детях, оставшихся без попечения родителей (ст. 124 СК РФ). Приведем пример из судебной практики.

Верховный Суд РФ признал правильным вывод суда об отказе в удовлетворении заявления об установлении усыновления гражданам США — супругам Р., обратившимся в суд с просьбой об усыновлении Дмитрия Ш., 27 сентября 1996 г.

рождения, воспитанника Дома ребенка № 2 г. Омска. Отказ в усыновлении объяснялся рядом обстоятельств, в том числе несоблюдением порядка организации учета детей, подлежащих усыновлению. Мальчик не был поставлен в установленные законом сроки на региональный и федеральный учет. Органы исполнительной власти г. Омска не предпринимали меры к устройству ребенка, чье здоровье улучшилось, в семью российских граждан. Кроме того, супруги Р. познакомились с Дмитрием заочно по фотографиям и кассетам, а личное их знакомство состоялось накануне судебного разбирательства дела и было непродолжительным.

Учреждение, производящее усыновление ребенка — иностранного гражданина, должно в соответствии с абз. 4 п. 1 ст. 165 СК РФ получить согласие законного представителя ребенка и компетентного органа государства, гражданином которого является ребенок, а также, если это требуется в соответствии с законодательством указанного государства, согласие ребенка на усыновление.

В случае если в результате усыновления могут быть нарушены права ребенка, установленные законодательством РФ и международными договорами РФ (прежде всего Конвенцией ООН о правах ребенка), усыновление не может быть произведено независимо от гражданства усыновителя, а произведенное усыновление подлежит отмене в судебном порядке (п. 2 ст. 165 СК РФ).

В соответствии со ст. 166 СК РФ иностранные усыновители сами вправе представить в суд документы, подтверждающие содержание соответствующих норм права государства, гражданами которого они являются. Если такие документы заявителем не представлены, сведения об иностранном праве могут быть запрошены судом в Министерстве юстиции РФ или в консульском учреждении России за рубежом. Информацию об иностранном праве можно также получить путем привлечения экспертов — специалистов в области иностранного права. При неустановлении, несмотря на предпринятые меры, иностранного права суд вправе применить при усыновлении нормы российского закона, т.е. соответствующие положения СК РФ.

Таким образом, приоритет при усыновлении в соответствии с Конвенцией ООН о правах ребенка 1989 г. всегда должен оставаться за усыновителем — российским

гражданином, проживающим в России. Согласно этой Конвенции, участником которой является и Россия, усыновление в другой стране может рассматриваться в качестве альтернативного способа ухода за ребенком, если ребенок не может быть передан на воспитание или помещен в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление, и если обеспечение какого-либо подходящего ухода в стране происхождения ребенка является невозможным.

Усыновление иностранцами, состоящими в браке с российскими гражданами, производится в порядке, установленном СК РФ для российских граждан, если иное не предусмотрено международными договорами РФ.

В России установлен следующий порядок передачи детей, являющихся российскими гражданами, на усыновление гражданам РФ, постоянно проживающим за пределами России, иностранным гражданам или лицам без гражданства. Такое усыновление допускается только в случаях, если не представляется возможным передать этих детей на воспитание в семьи граждан РФ, постоянно проживающих в России, либо на усыновление родственникам детей независимо от их гражданства и места жительства. Усыновление производится судом по месту жительства или нахождения ребенка. Иностранные граждане должны получить предварительное разрешение на усыновление соответствующего органа исполнительной власти (в том числе и заключение компетентного органа своего государства об обоснованности усыновления или о его соответствии интересам усыновляемого ребенка).

Для рассмотрения в суде вопроса об усыновлении к заявлению с просьбой об усыновлении ребенка должны быть приложены: заключение компетентного органа страны гражданства усыновителя об условиях его жизни, содержащее биографические данные, сведения о составе семьи, характеристику; документ о доходах или справка с места работы с указанием годового дохода; медицинское заключение о состоянии здоровья; копия свидетельства о браке (если усыновитель состоит в браке); разрешение на въезд и постоянное место жительства усыновляемого ребенка, выданное компетентным органом страны кандидата в усыновители, в

ведении которого находятся вопросы иммиграции и натурализации, и другие сведения.

Согласно российскому законодательству, в России допускается усыновление иностранными гражданами, проживающими на ее территории, детей, являющихся иностранными гражданами.

При усыновлении должны соблюдаться все нормы российского законодательства, определяющего, в отношении каких детей допускается усыновление, порядок усыновления, ведение учета нуждающихся в усыновлении детей и лиц, желающих усыновить ребенка, т.е. обеспечивающего интересы усыновляемых детей.

Несоблюдение положений российского законодательства об усыновлении влечет за собой отказ в разрешении усыновления. Если усыновление состоялось, то оно подлежит отмене в судебном порядке.

Усыновление ребенка, являющегося гражданином России и проживающего за ее пределами, произведенное компетентным органом иностранного государства, гражданином которого является усыновитель, признается действительным в России при условии получения предварительного разрешения на усыновление от органа исполнительной власти субъекта РФ, на территории которого ребенок или его родители (один из них) проживали до выезда за пределы территории России (п. 4 ст. 165 СК РФ).

Защита прав и законных интересов детей, являющихся российскими гражданами и усыновленными иностранцами, за пределами России осуществляется в пределах, допускаемых нормами международного права, консульскими учреждениями РФ, в которых эти дети состоят на учете до достижения ими совершеннолетия. 29 марта 2000 г. были утверждены Правила постановки на учет консульскими учреждениями РФ детей, являющихся гражданами РФ и усыновленных иностранными гражданами или лицами без гражданства.

При усыновлении на территории РФ российскими гражданами ребенка, являющегося иностранным гражданином, необходимо получить согласие законного представителя ребенка и компетентного органа государства, гражданином которого является

ребенок, а также, если это требуется в соответствии с законодательством такого государства, согласие ребенка на усыновление.

В России не допускается посредническая деятельность по усыновлению детей. В качестве такой деятельности не рассматривается деятельность органов опеки и попечительства и органов исполнительной власти по выполнению возложенных на них обязанностей, связанных с выявлением и устройством детей, оставшихся без попечения родителей. Не рассматривается в качестве такой деятельности и деятельность специально уполномоченных иностранными государствами органов или организаций по усыновлению детей. Все эти органы и организации не могут преследовать в своей деятельности коммерческие цели.

Статья 165 СК РФ, в отличие от ранее действовавшего законодательства, не содержит норм, предоставляющих возможность усыновления детей, являющихся российскими гражданами и проживающих за границей, в консульских учреждениях РФ. Это связано с изменением порядка усыновления детей: согласно ст. 125 СК РФ усыновление должно производиться судом по правилам, предусмотренным ГПК РФ. Однако до введения в действие судебного порядка усыновления продолжала действовать ст. 32 Консульского устава СССР. Поэтому усыновление детей, являющихся российскими гражданами и проживающих за границей, могло быть до введения в действие судебного порядка усыновления осуществлено и в консульских учреждениях России.

Согласно консульским конвенциям, заключенным нашей страной с некоторыми государствами (например, с Болгарией), консул имеет право оформлять усыновление в соответствии с законодательством представляемого государства и договором о правовой помощи. По другим конвенциям (например, с Австрией) предусмотрено, что консулы имеют право производить усыновление, когда усыновитель и усыновляемый являются гражданами государства, назначившего консула. Действительность такого акта усыновления, совершенного в стране пребывания консула, будет определяться исключительно законами этой страны.

Положения об усыновлении содержатся также в двусторонних договорах о правовой помощи. Не во всех договорах содержатся одинаковые положения. Так, в ст. 30 Договора с Польшей от 16 сентября 1996 г. говорится следующее:

- по вопросам усыновления применяется законодательство страны, гражданином которой является усыновитель на момент подачи заявления. Если усыновитель является гражданином одной страны, а проживает на территории другой страны, то применяется законодательство последней;
- для усыновления применяется также законодательство страны, гражданином которой является усыновляемый, относительно его согласия, согласия его законного представителя, разрешения компетентного государственного органа, а также ограничений усыновления в связи с переменой местожительства усыновляемого в одном государстве на местожительство в другом государстве;
- если ребенок усыновляется супругами, один из которых является гражданином одной страны, а второй — гражданином другой страны, должны быть выполнены требования, предусмотренные законодательством обоих государств. Если, однако, супруги имеют местожительство на территории одного государства, применяется законодательство этого государства;
- по делам об усыновлении, изменении, прекращении и признании усыновления недействительным компетентен орган страны, гражданином которой является усыновляемый на момент подачи заявления. Если усыновляемый является гражданином одной страны, а местожительство имеет на территории другой страны, где имеет местожительство также усыновитель, компетентен и орган этой страны.

Положения об усыновлении, предусмотренные договорами о правовой помощи, не всегда идентичны.

Однако при усыновлении ребенка супругами, имеющими разное гражданство, все договоры предусматривают применение законов обоих государств. При разном гражданстве усыновителя и усыновляемого требуется получение согласия ребенка, если это предписано законом государства гражданства ребенка, его законного представителя и компетентных учреждений этого государства.

Н. И. Марышева приводит такой пример.

В г. Находе (Чехия) чешский гражданин Ю. подал в 2005 г. заявление об усыновлении несовершеннолетнего К., российского гражданина, родившегося в г. Шуе Ивановской области. Мать ребенка Ю-ва, российская гражданка, в 2003 г. вышла замуж за Ю. (заявителя) и вместе с ребенком живет постоянно в г. Находе. Отец К. — Е. лишен в г. Шуе родительских прав и перед судом дал согласие на усыновление ребенка новым мужем матери.

Этот случай подпадает под действие ст. 35 Договора между СССР и Чехословакией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 12 августа 1982 г. (который действует в настоящее время в отношениях России и Чехии). Поскольку заявитель — чешский гражданин, к усыновлению должно применяться законодательство Чехии, при этом дело относится к компетенции чешских учреждений; для усыновления необходимо также получить согласие отца ребенка, проживающего в России, самого ребенка, если он достиг возраста 10 лет, а также компетентного органа. Вынесенное чешским судом с соблюдением этих требований решение об усыновлении будет подлежать признанию в России (ст. 53 Договора).

Согласно договорам о правовом статусе граждан, постоянно проживающих на территории другой страны, заключенным Россией с Казахстаном (1995), Туркменией (1995), исходным является не гражданство усыновителя, а его постоянное место жительства.

Согласно Минской конвенции 1993 г. (ст. 37) и Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 40), так же как и по российскому законодательству, усыновление или его отмена осуществляются по законодательству страны, гражданином которой является усыновитель в момент подачи заявления об усыновлении или его отмене. При разном гражданстве усыновителя и усыновляемого необходимо, кроме того, получить согласие на усыновление родителей или иных законных представителей ребенка, а также компетентного органа страны гражданства ребенка. В случаях если законодательством страны, гражданином которой является ребенок, предусмотрено

получение также его согласия на усыновление, согласие усыновляемого является обязательным условием усыновления.

Если усыновителями являются супруги, имеющие гражданство разных стран — участниц Конвенции, в отношении условий усыновления применяется законодательство и той, и другой страны.

Органом, правомочным производить усыновление и его отмену, является компетентный орган страны гражданства усыновителя. Если супруги-усыновители не имеют общего гражданства, вопросы усыновления рассматриваются в стране, в которой они имеют или имели последнее совместное место жительства или место пребывания.

Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления (удочерения) 1993 г. устанавливает материально-правовые нормы, предусматривающие гарантию того, что усыновление должно осуществляться в интересах ребенка, предусматривает признание усыновлений в договаривающихся государствах, совершенных в соответствии с этой Конвенцией.

Проблемы правового регулирования усыновления детей как гражданами РФ, в том числе проживающими за границей, так и иностранцами, пресечения незаконной деятельности в области усыновления российских детей иностранцами сохраняют свою актуальность. Об этом свидетельствуют следующие данные: за 10 лет (1993—2003 гг.) число российских детей, оставшихся без попечения родителей, выросло вдвое, причем количество российских семей, усыновивших детей-сирот, сократилось в два раза, в то время как иностранных — увеличилось в пять раз. В 2003 г. впервые иностранцы усыновили больше российских детей, чем наши сограждане. В 2005 г. иностранцы усыновили 9419 детей, а наши сограждане — 7350.

Всего за период с 1994 по 2006 г. было усыновлено и вывезено из России около 65 тыс. российских детей, в основном в США. К сожалению, именно в этой стране имели место многочисленные случаи гибели усыновленных российских детей. Приведем лишь несколько примеров.



В 2008 г. в американском штате Вирджиния по вине приемного отца в страшных мучениях умер русский мальчик, 21-месячный Дима Яковлев. Менеджер консалтинговой фирмы Майлз Харрисон надолго оставил малыша запертым в салоне автомобиля. Сердце ребенка не выдержало жары. В декабре 2008 г. виновник гибели мальчика был оправдан американским судом, что вызвало всеобщее возмущение.

В том же году суд штата Юта признал американскую гражданку Кимберли Емельянцеву виновной в убийстве годовалого усыновленного российского мальчика Коли. Мальчик прожил в семье всего лишь месяц.

Более подробно остановимся на случае гибели в США в 2005 г. двухлетней девочки Виктории Баженовой, удочеренной супругами Хилт, гражданами США.

Ника Хилт — такое имя получила девочка в США — родилась 11 октября 2002 г. Родители ребенка не известны: новорожденную подкинули в Дом ребенка Иркутска. В январе 2004 г. она попала в новую заокеанскую семью (решение об удочерении было вынесено Иркутским областным судом). По сообщению консульского отдела посольства Российской Федерации в США, 1 июля 2005 г. малышку избила приемная мать, и на следующий день она скончалась, как было зафиксировано медиками, от травм, несовместимых с жизнью.

Заключение о возможности быть усыновителями и обязательство осуществлять контроль за условиями жизни ребенка в семье усыновителей супругам Хилт подготовила организация по усыновлению Lovingfamilies (штат Виргиния, США). Сама передача ребенка происходила по процедуре так называемого независимого усыновления. Причем при постановке ребенка на консульский учет была указана не аккредитованная в Российской Федерации организация Adoptions International (штат Техас). По предварительным данным, незаконное содействие в усыновлении оказывали и российские посредники.

## **Глава 16. Наследственное право**

### **Общие положения**

1. Число наследственных дел с иностранным элементом во второй половине XX — начале XXI в. все время увеличивалось, что явилось косвенным последствием миграции населения во всем мире в конце XIX — начале XX в. Так, из Европы в период 1901 — 1910 гг. выехало 12 377 тыс., а в период 1911—1920 гг. — 8852 тыс. человек. Во второй половине XX в. эти процессы еще более усилились, в том числе и в связи с распадом Советского Союза.

Переселенцы часто связаны родственными отношениями с отдельными гражданами страны своего происхождения, что и служит основой для возникновения дел о наследовании. Таким образом, наследственные дела с иностранным элементом — это неизбежное следствие перемещения населения.

Разнообразие практики в этой области и сложности, возникающие при разрешении конкретных наследственных дел, объясняются значительными различиями во внутреннем законодательстве разных стран в области наследования. Так же, как и в области семейного права, в этой области сохраняются значительные различия во внутреннем законодательстве разных государств, которые определяются этническими, религиозными и иными традициями. Это затрудняет проведение унификации материально-правовых норм и проявляется в том, что неодинаково определяется круг наследников по закону и по завещанию; устанавливаются различные требования, предъявляемые к форме завещания; существуют различные системы распределения наследственного имущества.

При наследовании по закону в самом законе конкретно предусматривается, кто является наследником и в какой очередности наследники призываются к получению наследственного имущества.

В одних странах (например, в России) круг наследников определяется широко, поскольку установлено семь категорий степеней наследников. В других странах круг

наследников может быть более узким, может не быть деления наследников на очереди и т.д.

Иностранный элемент в наследственных отношениях проявляется в том, что: наследодатель, все наследники или некоторые из них могут быть гражданами различных государств, проживать в разных странах; наследуемое имущество может находиться в разных государствах; завещание может быть составлено за границей и т.п.

Регулирование отношений по наследованию между различными государствами было известно еще в глубокой древности. В Киевской Руси Договор князя Олега с греками 911 г. применительно к русским, находящимся на службе в Греции у греческого царя, предусматривал следующее: «Если кто из них умрет, не завещав своего имущества, а своих родственников у него в Греции не будет, то пусть возвратят все его имущество ближайшим родственникам на Руси. Если же он составит завещание, то пусть тот, кому он написал распоряжение наследовать имущество, возьмет имущество и наследует в нем». Соответствующие положения предусматривались и в договорах Новгорода и Пскова с Ганзейским союзом.

Основным источником регулирования в этой сфере международного частного права в современных условиях является внутреннее законодательство государств. В России это положения разд. VI части третьей ГК РФ (ст. 1224); в других странах на постсоветском пространстве соответствующие нормы также, как правило, сформулированы в гражданских кодексах (Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Туркмения, Узбекистан); в Азербайджане и в Грузии — в законах о международном частном праве.

Во многих государствах мира в области наследования при наличии иностранного элемента существенное значение имеет наряду с законодательством судебная практика (особенно в странах англо-американской системы права).

В отличие от семейного права число универсальных международных конвенций в области наследования незначительно. К ним относятся Конвенция о коллизии законов, касающихся формы завещательных распоряжений, от 5 октября 1961 г.

(участвует 39 государств); Конвенция относительно международного управления имуществом умерших лиц от 2 октября 1973 г. (имеется в виду управление наследственным имуществом, находящимся за границей); Конвенция о праве, применимом к наследованию в силу смерти, от 1 августа 1989 г.; Конвенция, предусматривающая единообразный закон о форме международного завещания, от 26 октября 1973 г. (Россия в этих конвенциях не участвует, хотя советская делегация участвовала в дипломатической конференции в Вашингтоне, на которой была принята последняя из перечисленных выше конвенций. СССР подписал ее, но затем не ратифицировал).

В рамках ЕС ведется работа по созданию не только норм о признании и исполнении решений по наследственным делам, но и единых европейских коллизионных норм в области наследственного права.

В отношениях России со странами СНГ основную роль в этой области призваны играть двусторонние договоры о правовой помощи (с Азербайджаном, Киргизией, Молдавией), а также консульские конвенции с этими странами. Подробные правила по вопросам наследования содержатся в Минской конвенции 1993 г. (ст. 44—50) и в Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 47—53).

В ряде договоров о правовой помощи, заключенных с другими странами (со странами Балтии, с Болгарией, Венгрией, Грузией, Египтом, Ираном, КНДР, Кубой, Монголией, Польшей), имеются подробные правила о наследовании. К ним относятся коллизионные правила о праве, применимом к наследованию движимого и недвижимого имущества, к форме завещания и др.; материальные (об исчислении срока на принятие наследства, о выморочном имуществе и др.); нормы о юрисдикции по наследственным делам, о мерах по охране наследственного имущества и интересов наследников.

В других договорах, например с Грецией, Кипром, Финляндией, нормы о наследовании немногочисленны и касаются лишь предоставления национального режима в этой области и определения права, применимого к форме завещаний.

2. Особое значение в этой сфере имеет предоставление иностранцам национального режима и применение этого режима на практике. В ряде стран сохранились определенные пережитки и попытки ограничить права наследников-иностранцев, особенно проживающих за рубежом, установить для иностранных наследников изъятия в отношении определенных категорий наследственного имущества, и прежде всего земельных участков или иного недвижимого имущества. Известно, что в отношении признания прав наследования иностранцев существенное влияние оказали политические мотивы. Так, в середине XX в. в период разгара «холодной войны» в Калифорнии, Неваде, Айове и некоторых других штатах США были приняты законы, в силу которых право наследования находящегося в США имущества признается за проживающими за границей иностранцами лишь при условии взаимности. В ряде штатов практика применения этих законов пошла по пути применения принципа материальной взаимности.

Законы штатов Нью-Джерси, Нью-Йорк, Массачусетс и др. «о выгоде, пользовании и контроле» предоставили судам право отказывать в разрешении на выплату наследственных сумм находящимся за рубежом наследникам и помещать их в депозит суда, если суд придет к заключению, что зарубежный наследник не получит от наследства «выгоды или пользы» или не приобретет контроля в отношении наследства. Применение этих и подобных им законов в ряде случаев ограничивало права граждан СССР на получение причитающихся им наследственных сумм.

В судебной практике на основе законов этих штатов доказывалось, что наследники в Советском Союзе не могут получать имущество, которое им остается по наследству, открывшемуся в США, ибо все это имущество якобы отбирает Советское государство. Следует иметь в виду, что специальных ограничений в получении наследственных сумм из-за границы для советских граждан не было. Они получали соответствующие суммы, но на основании применявшихся тогда правил о валютных операциях.

В соответствии с действующим российским законодательством возможность ограничений наследственных прав иностранцев не исключена, поскольку согласно

Конституции РФ (ч. 3 ст. 62) из принципа национального режима возможны исключения, если они установлены федеральным законом.

Стремлением не допустить ограничений наследственных прав своих граждан, когда эти права должны возникнуть или осуществляться в другом государстве, объясняется включение в двусторонние договоры России о правовой помощи специальных условий о безоговорочном применении в сфере наследования национального режима. Однако, несмотря на наличие в нашей стране изъятий, установленных для иностранцев в отношении права собственности на земельные участки (см. гл. 7), они сохраняют право собственности на эти участки, перешедшие к ним в порядке наследования, если это не земли сельскохозяйственного назначения.

Этой категорией земель (или долей в праве общей собственности) иностранные граждане могут обладать только на праве аренды (ст. 3 Закона об обороте земель сельскохозяйственного назначения 2002 г.). Согласно ст. 11 этого Закона в случае, если принятие наследства привело к нарушению этих правил, к наследникам применяются требования, установленные Законом. Наследник обязан произвести отчуждение земельного участка, относящегося к категории земель сельскохозяйственного назначения, или доли в праве общей собственности на такой земельный участок (ст. 5, 11 Закона 2002 г. о порядке такого отчуждения).

Общее положение о национальном режиме предусмотрено в ст. 4 Закона о правовом положении иностранных граждан 2002 г.: «Иностранные граждане пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом».

Приведем в качестве примера положения Договора о правовой помощи между Россией и Польшей 1996 г. Согласно ст. 38 этого Договора «граждане одной Договаривающейся Стороны могут получать на территории другой Договаривающейся Стороны имущество и другие права путем наследования по закону или по завещанию на тех же условиях и в том же объеме, как и граждане этой Стороны.

Граждане одной Договаривающейся Стороны могут давать распоряжения на случай смерти в отношении имущества, находящегося на территории другой Договаривающейся Стороны».

Аналогичное правило о принципе равенства содержится и в ряде других договоров о правовой помощи, действующих для России.

### **Коллизионные вопросы наследования**

1. Под статутом наследования обычно понимается определяемое на основании коллизионной нормы право (закон страны), которое подлежит применению ко всей совокупности наследственных отношений, осложненных иностранным элементом, или по крайней мере к основной их части (А. Л. Маковский).

Статут наследования определяет решение как общих вопросов — об основаниях перехода имущества по наследству (закон, завещание, наследственный договор, дарение на случай смерти и др.), о составе наследства (видах имущества, которое можно наследовать), условиях (времени и месте) открытия наследства, круге лиц, которые могут быть наследниками (включая решение вопроса о недостойных наследниках), так и специальных вопросов, касающихся наследования по определенным основаниям — непосредственно на основании закона (по закону), по завещанию, в порядке наследственного договора и т.д. Этим статутом определяются как общие правила о наследовании любого имущества, так и специальные правила о наследовании отдельных видов имущества — земли, банковских вкладов, исключительных прав и др. В коллизионном праве большинства стран единственным или основным статутом наследования является личный закон наследодателя — закон страны его гражданства или домицилия.

Так, согласно действующему законодательству Германии (ст. 25 Вводного закона к ГГУ) к наследованию применяется право государства, гражданином которого является наследодатель в момент своей смерти (п. 1 ст. 25), однако для недвижимого имущества, находящегося внутри страны, наследодатель в завещании может выбрать

германское право (п. 2 ст. 25). В то же время в Германии в отношении наследственных дел применяется обратная отсылка и отсылка к третьему закону.

Для ряда государств исходным коллизионным принципом в области наследования является принцип домицилия, под которым обычно понимается постоянное место жительства наследодателя (Великобритания, США, Франция, Швейцария, другие страны англо-американской системы права).

Так, Закон Швейцарии о международном частном праве 1987 г. исходит из того, что к наследованию лица с последним местом жительства в Швейцарии должно применяться швейцарское право, а к наследованию лица, последним местом жительства которого было иностранное государство, должно применяться право, к которому отсылает коллизионное право государства последнего места жительства наследодателя (ст. 90, 91).

В Великобритании и США проводится разграничение между наследованием недвижимого имущества и наследованием движимого имущества. К наследованию недвижимого имущества применяется закон места нахождения недвижимости, а к наследованию движимого имущества — закон последнего домицилия наследодателя, т. е. закон его местожительства.

При определении домицилия проводится различие между домицилием происхождения или домицилием по месту рождения (*domicil of origin*) и домицилием приобретенным или избранным (*domicil of choice*). Приведем пример.

Великая русская балерина А. П. Павлова родилась в России, но прожила более 15 лет в Великобритании. После ее смерти в Лондоне возникло дело о наследстве. Британские власти рассматривали наследодательницу как домицилированную в СССР, хотя после 1917 г. она ни разу в СССР не приезжала.

Суд исходил из презумпции в пользу домицилия по месту рождения и считал, что нет доказательств в пользу приобретения А. П. Павловой нового домицилия.

Согласно правилам Гражданского кодекса Франции находящаяся в стране недвижимость подчинена французскому закону, т.е. закону страны места ее нахождения. Что же касается движимого имущества, то в отношении его в судебной



практике применяется обычно личный закон наследодателя, под которым понимается закон домицилия.

Великий русский певец Ф. И. Шаляпин умер в 1938 г. во Франции, будучи советским гражданином. У него было пятеро детей от первого брака и трое внебрачных детей, мать которых впоследствии стала его второй женой.

В состав наследства Ф. И. Шаляпина входили, в частности, земельные участки во Франции. В 1935 г. он составил завещание, согласно которому 1/4 имущества наследовала его жена, а каждый из восьми детей — по 3/32.

Апелляционный суд в Париже исходил из того, что по советскому законодательству, действовавшему в 1938 г., наследодатель мог распределить наследство между детьми в равной степени. Однако в отношении земельных участков должно было применяться французское право, по которому дети, рожденные вне брака, не могли быть наследниками ни по закону, ни по завещанию.

В КНР в отношении движимого имущества должно применяться право места жительства наследодателя на момент его смерти, а в отношении недвижимого имущества — право места нахождения недвижимого имущества (ст. 149 Общих положений гражданского права КНР 1986 г.).

Если статут наследования определяет регулирование всей совокупности наследственных отношений гражданско-правового характера, имеет место единство статута. Чаще, однако, из единого статута делаются изъятия относительно наследования определенных объектов. Иногда эти исключения бывают настолько существенны, что позволяют, как отмечал А. Л. Маковский, говорить о двойственности статутов наследования в праве одного государства.

Согласно Закону Эстонии о международном частном праве 2002 г. к наследованию применяется право государства последнего местожительства наследодателя (ст. 24).

Лицо может в завещании или в договоре о наследовании определить, что к его наследству применяется право государства его гражданской принадлежности. Такое определение утрачивает силу, если лицо утратило к моменту своей смерти гражданство соответствующего государства (ст. 25).

Кроме обычно устанавливаемых в законах правил о применении права к форме и способности к составлению и отмене завещаний этот Закон устанавливает также особые правила о праве, подлежащем применению к договорам о наследовании и к взаимным завещаниям.

К договору о наследовании применяется право государства местожительства наследодателя на момент заключения договора, а в случае, указанном в ст. 25 Закона, — право государства гражданской принадлежности лица. Применимое право определяет допустимость, действительность, содержание и обязательность для исполнения договора о наследовании, а также наследственно-правовые последствия. Взаимное завещание должно в момент его составления соответствовать праву государств местожительства обоих завещателей или праву совместно ими выбранного государства местожительства одного из супругов.

Согласно Закону Грузии о международном частном праве 1998 г. коллизионные вопросы наследования решены исходя из применения права страны, к которой принадлежал наследодатель в момент смерти.

В отношении лица без гражданства применяется право страны, где лицо имело последнее обычное местонахождение. При отсутствии такового применяется право Грузии (ст. 55).

2. В российском законодательстве право, подлежащее применению к отношениям по наследованию, иными словами, статут наследования определен ст. 1224 ГК РФ. Приведем п. 1 ст. 1224:

«1. Отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства, если иное не предусмотрено настоящей статьей.

Наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество, а наследование недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, — по российскому праву».

Из приведенного текста могут быть сделаны следующие выводы:

- по российскому праву статутом наследования признается право страны последнего места жительства наследодателя;

- российское право исходит из двух статутов наследования: к наследованию движимого имущества должно применяться право последнего места жительства наследодателя, а к наследованию недвижимого имущества — право страны места нахождения этого имущества (*lex rei sitae*). Эти коллизионные нормы носят двусторонний характер. В то же время в отношении недвижимого имущества, внесенного в государственный реестр в Российской Федерации, установлена односторонняя коллизионная норма, поскольку в ней содержится отсылка к российскому праву. Как отмечалось в комментариях к части третьей ГК РФ (А. Л. Маковский), это правило имеет практическое значение только для тех видов недвижимого имущества, которое, несмотря на его государственную регистрацию в России, может находиться вне российской территории (воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты). Приведенный выше перечень согласно ст. 1207 ГК РФ является исчерпывающим. Из этого следует вывод, что автотранспортные средства, хотя и подлежат государственной регистрации в России, к недвижимому имуществу отнесены быть не могут.

Статутом наследования движимого имущества определяется решение ряда вопросов его наследования, в частности:

- о возможных основаниях перехода имущества по наследству (наследственный договор, дарение на случай смерти и др.);
- о составе наследства (об имуществе, которое входит в состав наследства);
- о круге наследников по закону, очередности призвания их к наследованию и их долях;
- о времени открытия наследства;
- о круге лиц, которые не могут быть наследниками (в том числе о недостойных наследниках);
- о свободе завещания и ее ограничениях;
- о завещательном отказе, возложении и других обременениях, возлагаемых на наследников;
- о возможности завещания имущества под условием;

- о разделе наследства;
- об ответственности наследников по долгам наследодателя;
- о наследовании выморочного имущества (см. § 4 настоящей главы).

Раздел V части третьей ГК РФ, посвященный наследственному праву, устанавливает определенное изъятие из принципа применения к наследственным отношениям права места жительства наследодателя. Согласно ст. 1115, если последнее место жительства наследодателя, обладавшего имуществом на территории России, неизвестно или находится за пределами России, местом открытия наследства в России признается место нахождения такого имущества.

3. В гражданских кодексах Армении (п. 1 ст. 1292), Белоруссии (ст. 1133), Казахстана (ст. 1122), Киргизии (ст. 1206), Узбекистана (ст. 1197) основным коллизионным принципом, определяющим право, регулирующее наследственные отношения, является применение «права страны, где наследодатель имел последнее постоянное место жительства» (в Гражданском кодексе Армении — «последнее место жительства»).

Что касается наследования недвижимого имущества, то и в Модельном гражданском кодексе СНГ (ст. 1234), и в уже принятых кодексах названных государств эти отношения императивно подчинены «праву страны, где находится это имущество». При этом в гражданских кодексах этих государств, за исключением Гражданского кодекса Армении, сделано изъятие для недвижимости, внесенной в соответствующем государстве в государственный реестр: отношения по наследованию такого имущества определяются правом данного государства.

Согласно Закону Азербайджана о международном частном праве 2000 г. отношения по наследованию определяются правом страны, где наследодатель постоянно проживал в последнее время, за исключением случаев, когда он в своем завещании выбирает право страны, гражданином которой он является. В отношениях по наследованию, связанных с лицами без гражданства, применяется право страны, где они постоянно проживают в последнее время, а в случае невозможности это установить применяется право Азербайджана (ст. 29).

Согласно Минской конвенции 1993 г. (ст. 45) и Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 48) право наследования недвижимого имущества определяется по законодательству государства, на территории которого находится это имущество, а право наследования иного имущества — по закону государства, на территории которого наследодатель имел последнее постоянное место жительства. Как отмечалось выше, такой же подход был применен при принятии части третьей ГК РФ.

Аналогичные положения содержатся в ряде договоров о правовой помощи, заключенных Россией не только со странами СНГ, но и с другими странами. Большинство договоров о правовой помощи России с другими странами предусматривают применение в отношении наследования движимого имущества права страны последнего постоянного места жительства наследодателя, а несколько договоров — права страны, гражданином которой был наследодатель (договоры с Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, КНДР, Румынией). Так, по Договору с Эстонией право наследования движимого имущества регулируется законодательством стороны, на территории которой наследодатель имел последнее постоянное место жительства, недвижимого имущества — законодательством стороны, на территории которой находится имущество (ст. 42). По Договору с Польшей правовые отношения в области наследования движимого имущества регулируются законодательством той стороны, гражданином которой был наследодатель в момент смерти. Правовые отношения в области наследования недвижимого имущества регулируются законодательством стороны, на территории которой находится это имущество. Вопрос о том, какое наследственное имущество следует считать движимым, а какое — недвижимым, решается в соответствии с законодательством стороны, на территории которой находится имущество (ст. 39).

## **Наследование по завещанию**

1. В международной практике возникает ряд вопросов, касающихся наследования по завещанию, и прежде всего относительно способности лица к составлению и отмене завещания, а также формы самого завещания.

В большинстве стран завещание должно быть составлено в письменной форме и удостоверено в определенном порядке, например у нотариуса. В некоторых же странах допускается составление завещания в так называемой олографической форме, т.е. завещание пишется наследодателем собственноручно, и не требуется, чтобы оно было удостоверено. По законам одних государств нельзя в завещании ограничить права какой-либо категории наследников. В других же странах в завещании может быть установлен ряд условий наследникам для получения наследства.

В практике Инюрколлегии при Московской коллегии адвокатов, которая вела в Советском Союзе наследственные дела, например, был случай, когда английская гражданка составила в Англии завещание, по которому она завещала имущество своей сестре — советской гражданке, проживающей в Москве, при условии, что наследница приедет в Лондон не позднее чем через 10 лет после ее смерти. Как понять это условие: обязана ли она для получения наследства приехать в Англию на постоянное жительство, как утверждали английские юристы, или должна просто приехать в Англию на непродолжительный срок, чтобы получить там наследственное имущество? Это дело было предметом разбирательства в суде, который решил, что в завещании не имелось в виду, чтобы наследница переехала на жительство в Англию, а имелся в виду только ее приезд в Англию для получения имущества.

При решении подобных проблем прежде всего возникают вопросы о праве, подлежащем применению: следует ли применять закон места нахождения имущества или закон места составления завещания и т.д.

Так же, как и в отношении наследования по закону, при наследовании по завещанию возникают проблемы обратной отсылки и отсылки к праву третьей страны. Приведем пример из зарубежной практики.

Гражданин США, проживающий в Великобритании, незадолго до смерти сделал в Малаге (Испания) завещание, составленное в соответствии с правом страны его гражданства (штат Мэриленд, США). По завещанию его недвижимое имущество должно перейти по наследству к его брату или сыну последнего в случае, если брат скончается раньше. В соответствии с этим завещанием недвижимость в Малаге должна перейти к племяннику умершего. Сын завещателя обратился в испанский суд с ходатайством о признании завещания недействительным, однако в первой инстанции суд признал завещание действительным.

В апелляционной инстанции суд применил испанское право на основе обратной отсылки, поскольку право Великобритании отсылает к праву страны места нахождения недвижимости, и признал завещание недействительным, так как в нем не предусмотрены законные наследственные права сына умершего (ст. 851 Гражданского кодекса Испании).

В кассационном производстве Верховный суд Испании отказался применить обратную отсылку и признал действительность завещания, составленного в соответствии с законом штата Мэриленд.

В соответствии со ст. 12.11 Гражданского кодекса Испании отсылка к иностранному праву понимается как отсылка к его материальному праву; если коллизионная норма этого права отсылает к испанскому праву, она применяется, если же к праву иного государства — тогда не применяется. В данном случае наследование по завещанию определяется правом domiciliа наследодателя в момент его смерти.

Хотя завещание по своему характеру и является гражданско-правовой сделкой, к нему не могут быть применены общие коллизионные принципы, касающиеся сделок. Коллизионные нормы многих стран в этой области носят императивный характер. Это означает, что свобода выбора права (принцип автономии воли сторон) не

распространяется на завещание, иными словами, на волеизъявление по распоряжению имуществом на случай смерти.

2. В российском законодательстве коллизионные правила, касающиеся завещания, содержатся в п. 2 ст. 1224 ГК РФ. Приведем их полностью: «Способность лица к составлению и отмене завещания, в том числе в отношении недвижимого имущества, а также форма такого завещания или акта его отмены определяются по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления такого завещания или акта. Однако завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она удовлетворяет требованиям права места составления завещания или акта его отмены либо требованиям российского права».

Как отмечалось в комментариях к этому пункту ст. 1224 ГК РФ (А. Л. Маковский), суть приведенного специального правила состоит в том, что способность лица составить завещание всегда определяется по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления завещания. Из этого следует ряд практически важных выводов, которые состоят в том, что для определения завещательной дееспособности гражданина не имеют значения следующие обстоятельства:

- завещание совершено не в той стране, где завещатель имел в это время место жительства, а в стране его временного пребывания или даже вне территории какого-либо государства (например, на морском судне во время плавания в открытом море);
- право страны места жительства завещателя в момент составления завещания может не совпадать с его личным законом в этот момент;
- отношения по наследованию завещанного имущества могут определяться правом иного государства, чем то, которым в соответствии с п. 2 ст. 1224 определяется завещательная дееспособность этого лица (если место его жительства в момент составления завещания не совпадает с его последним местом жительства или с местом нахождения принадлежавшей ему недвижимости).

Напомним, что согласно приведенному выше тексту п. 1 ст. 1224 определение завещательной дееспособности относится не только к способности лица совершить завещание, но и к его способности отменить или изменить его. Способность «к



изменению завещания», как отмечал А. Л. Маковский, не упомянута в п. 2 ст. 1224 лишь потому, что изменить прежнее завещание иначе как составив новое невозможно, в то время как отмена завещания может не сопровождаться никакими иными распоряжениями завещателя.

Принципом применения права последнего места жительства определяется выбор права, применимого к завещательной дееспособности наследодателя, к форме завещания и акта его отмены по гражданским кодексам стран СНГ. При этом завещание (как и акт его отмены) считается действительным с точки зрения формы и тогда, когда она удовлетворяет требованиям права места составления завещания.

Согласно п. 2 ст. 1224 определение права, подлежащего применению к форме завещания или акту его отмены, может осуществляться на основе применения одного из трех возможных вариантов: во-первых, по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления завещания; во-вторых, по праву страны, в которой было в действительности совершено завещание («праву места составления завещания»); в-третьих, по российскому праву.

Применение этих принципов на практике может совпадать, поскольку иностранец, имевший место жительства в России, составил завещание в России, и тем самым было применено при его составлении российское право. Однако оно может и не совпадать или совпадать не полностью, если, например, гражданин ФРГ, Франции или Великобритании, с которыми у России нет договоров о правовой помощи, имеющий место жительства в одной из этих стран, в действительности совершает свое завещание в Санкт-Петербурге.

Согласно правилам российского законодательства завещание должно быть составлено в письменной форме и удостоверено нотариусом. К нотариально удостоверенным завещаниям приравниваются завещания, составленные в лечебных учреждениях и заверенные главврачом и в ряде других случаев.

Гражданские кодексы ряда стран СНГ в соответствии с Модельным гражданским кодексом СНГ разрешают завещателю избрать в завещании вместо закона постоянного места жительства право страны, гражданином которой он является.

Положение о применении права к завещаниям содержится в ряде двусторонних договоров России о правовой помощи. Так, согласно ст. 41 Договора с Польшей:

1) способность составлять или отменять завещание, равно как и правовые последствия недостатков волеизъявления, определяются законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой был наследодатель в момент составления или отмены завещания;

2) форма составления или отмены завещания определяется законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой был наследодатель в момент составления или отмены завещания. Однако достаточно соблюдения законодательства договаривающейся стороны, на территории которой было составлено или отменено завещание.

Согласно ряду договоров о правовой помощи способность лица составлять или отменять завещание определяется законодательством страны гражданства наследодателя. Что касается формы завещания, то многие договоры о правовой помощи (с Азербайджаном, Албанией, Йеменом, Киргизией, Латвией, Литвой, Молдавией, Монголией, Польшей, Румынией, Эстонией) исходят из определения ее по законам договаривающейся стороны, гражданином которой был наследодатель в момент составления (отмены) завещания, но признают достаточным соблюдение законодательства договаривающейся стороны, на территории которой было составлено (отменено) завещание.

По Договору о правовой помощи между СССР и Грецией от 21 мая 1981 г. предусмотрено, что завещание признается действительным с точки зрения формы, если при его составлении было соблюдено: 1) законодательство страны, на территории которой оно было составлено; 2) или законодательство страны, гражданином которой был наследодатель в момент составления завещания либо в момент своей смерти; 3) или законодательство страны, на территории которой наследодатель имел в один из указанных выше моментов место жительства. Относительно недвижимого имущества требуется, чтобы было соблюдено законодательство страны, на территории которой оно находится.

В отношении формы завещания такое же правило содержится в ст. 44 договоров о правовой помощи с Литвой, Латвией.

В Минской конвенции 1993 г. (ст. 47) и Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 50) коллизионный вопрос относительно способности лица к составлению и отмене завещания, формы завещания решается следующим образом: подлежит применению законодательство страны, где завещатель имел место жительства в момент составления завещания. Однако завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она удовлетворяет требованиям законодательства страны, где составлялось завещание.

Следует обратить внимание на то, что согласно российскому законодательству наследником по завещанию может быть как Российская Федерация, субъекты РФ, муниципальные образования, так и иностранные государства и международные организации (п. 2 ст. 1116 ГК РФ).

### **Выморочное имущество**

Имущество, которое остается после смерти лица при отсутствии наследников, называется выморочным. Оно признается таковым, если у умершего гражданина нет наследников по закону и по каким-либо причинам не было составлено завещание или завещание составлено, но оно было признано недействительным.

Согласно п. 2 ст. 1151 ГК РФ выморочное имущество переходит в порядке наследования по закону в собственность Российской Федерации. В некоторых странах, в частности в США, Франции, Австрии, существует другой подход: государство получает это имущество по так называемому праву оккупации, т.е., поскольку это имущество является бесхозным, оно должно перейти к государству.

Различия в обосновании права государства на выморочное имущество имеют существенное практическое значение. Представим себе, что российский гражданин умер за границей и у него нет никаких наследников. Если считать, что имущество должно перейти к государству как к наследнику, то оно должно перейти к

российскому государству. Если же считать, что это имущество должно перейти по праву оккупации, то оно должно перейти к тому государству, на территории которого этот гражданин умер или осталось его имущество.

Вопрос о судьбе выморочного имущества решается в договорах о правовой помощи, заключенных с рядом государств. Согласно этим договорам, выморочное движимое имущество передается государству, гражданином которого к моменту смерти являлся наследодатель, а выморочное недвижимое имущество переходит в собственность государства, на территории которого оно находится.

Согласно договорам России с рядом стран — участниц СНГ, с Грузией, а также с Латвией, Литвой, Польшей, Эстонией и другими странами движимое имущество передается в собственность государства гражданства наследодателя, если по законодательству сторон, заключивших договор, наследственное имущество как выморочное (наследуемое государством по закону) переходит в собственность государства.

Минская конвенция 1993 г. (ст. 46) и Кишиневская конвенция 2002 г. (ст. 49) предусматривают следующее правило: если по законодательству страны, подлежащему применению при наследовании, наследником является государство, то движимое наследственное имущество переходит государству, гражданином которого является наследодатель в момент смерти, а недвижимое наследственное имущество переходит государству, на территории которого оно находится.

Применительно к российскому праву следует отметить, что значительное расширение круга наследников по закону, предусмотренное частью третьей ГК РФ (введение семи очередей наследников по закону вместо двух по ранее действовавшим Основам 1991 г.), приведет к сокращению случаев возникновения выморочного имущества.

## **Наследственные права российских граждан за границей**

1. За границей могут возникать отношения по наследованию после смерти гражданина РФ в иностранном государстве, когда наследодателем был российский гражданин. Во всех случаях наследование с иностранным элементом будет определяться правом, подлежащим применению либо в силу коллизионных норм внутреннего законодательства того или иного государства (см. § 1 настоящей главы), либо в силу правил международного соглашения.

Положение о Консульском учреждении Российской Федерации, утвержденное Указом Президента РФ от 5 ноября 1998 г., в числе основных задач консульских учреждений предусматривает осуществление в пределах своей компетенции функций в отношении наследства (наследственных прав российских граждан) с соблюдением законодательства государства пребывания.

Консул принимает меры к охране оставшегося после смерти российского гражданина его заграничного имущества. Последующие действия консула в отношении наследственной массы такого имущества определяются соответствующим соглашением России с государством пребывания консула или практикой, установившейся во взаимоотношениях России с этой страной. Если вся наследственная масса или часть ее в соответствии с соглашением или установившейся практикой передаются консулу, с тем чтобы он поступил с ней согласно законам его страны, то при распоряжении имуществом он руководствуется действующим российским законодательством. Консульские конвенции, заключенные с другими странами, предусматривают обычно, что консул должен уведомляться о смерти гражданина своей страны. Тогда же ему и сообщают сведения о наследственном имуществе. В случае смерти гражданина на территории консульского округа, если он находился там временно, консулу передаются деньги и вещи, которые умерший имел при себе.

Согласно Консульской конвенции, заключенной с КНР, в случае смерти гражданина представляемого государства, временно находящегося в государстве пребывания, а также если у умершего отсутствуют родственники или его представители в государстве пребывания и к тому же оставленные умершим вещи не связаны с обязательствами, которые он взял на себя во время нахождения в государстве пребывания, консул имеет право получать, сохранять и передавать по назначению эти вещи.

Консульская конвенция, заключенная с США, предусматривает, в частности, что консул имеет право принимать временную опеку над собственностью, оставленной умершим гражданином представляемого государства, если умерший не оставил ни наследника, ни исполнителя завещания, при условии, что такая временная опека должна быть передана должным образом назначенному администратору (ст. 10).

Соответствующие положения о компетентности по делам о наследовании содержатся и в договорах о правовой помощи. Так, в Договоре с Польшей предусмотрены следующие правила:

- 1) по вопросам наследования движимого имущества компетентны органы договаривающейся стороны, гражданином которой был наследодатель в момент смерти (ст. 42);
- 2) по вопросам наследования недвижимого имущества компетентны органы договаривающейся стороны, на территории которой это имущество находится (ст. 42);
- 3) если все движимое имущество, оставшееся после смерти гражданина одной договаривающейся стороны, находится на территории другой договаривающейся стороны, то по ходатайству наследника, если с этим согласны все известные наследники, производство по делу о наследовании ведет орган этой договаривающейся стороны (ст. 42);
- 4) завещание вскрывает (оглашает) орган договаривающейся стороны, на территории которой находится завещание. Копия завещания и протокола о вскрытии (оглашении) завещания пересылается органу, компетентному вести дело о наследовании (ст. 43).

Если консулу станет известно об открывшемся наследстве в пользу проживающих в России российских граждан, то он незамедлительно сообщает все известные ему сведения о наследстве и возможных наследниках в Министерство иностранных дел РФ. Согласно ряду консульских конвенций, заключенных с другими странами, компетентные власти государства пребывания должны извещать консула об открытии наследства в государстве его пребывания, когда наследником является гражданин представляемого государства. На практике в этих случаях часто возникает необходимость незамедлительно принять меры по охране наследственных прав. В этом отношении важную роль могут сыграть действия российского консула, который в соответствии с положениями ряда консульских конвенций, заключенных Россией, может представлять интересы российских граждан. Так, консульские конвенции, заключенные с Великобританией и Швецией, предусматривают, что в случае, если не находящийся в государстве пребывания консула гражданин представляемого государства имеет право или претендует на долю в имуществе, оставшемся в государстве пребывания после смерти лица любого государства, консул имеет право представлять интересы такого гражданина.

В Консульской конвенции, заключенной с КНР, указывается, что в подобных обстоятельствах консул без особой доверенности может представлять этого гражданина в судах и других органах государства пребывания. В общей форме такое представительство консула в отношении имущества своих граждан предусмотрено в Консульской конвенции, заключенной с США. Представительство консула продолжается до тех пор, пока сам наследник не возьмет на себя защиту своих прав или не назначит своего представителя. Российские граждане обычно поручают ведение своих наследственных дел за границей адвокатским фирмам. Они могут обращаться и к любым другим адвокатам, в том числе в стране, где открылось наследство.

Консул имеет право представлять граждан своей страны без особой доверенности, в том числе и по наследственным делам, в стране пребывания, если граждане отсутствуют и не поручали ведения своего дела какому-либо лицу.

Консул выполняет и ряд других функций, касающихся наследования. Он принимает меры к охране наследственного имущества, выдает свидетельства о праве наследования, принимает наследственное имущество для передачи находящимся в России наследникам.

2. В прошлом в области наследственных отношений неоднократно на практике возникали вопросы о том, могли ли вообще наши граждане получать наследственное имущество в случае, если наследование открывалось за рубежом. Следует, в связи с этим отметить, что российские граждане имеют право на получение наследственного имущества, если наследование открылось за рубежом. Права наследования, возникшие на основании соответствующих иностранных законов, полностью признаются в России. В практике было много случаев, когда наши граждане признавались наследниками по праву того государства, которое применялось к наследованию. Например, гражданка Попова была признана наследницей по закону после смерти вдовствующей принцессы княжества Капуртала (Индия), умершей в Америке, поскольку она оказалась сестрой наследницы — русской по национальности, в свое время эмигрировавшей из России. Право российского гражданина быть наследником определенной очереди (при наследовании по закону) и получить соответствующую долю в наследуемом имуществе по правилам иностранной правовой системы не зависит и не может зависеть от того, как этот вопрос решается в российском законе. В ряде случаев имущество завещалось нашим гражданам и организациям различными лицами, проживающими за рубежом. Например, гражданка США Г. Роджерс завещала свое имущество советским космонавтам Ю. Гагарину и Г. Титову.

Российское законодательство не устанавливает каких-либо ограничений в отношении получения российскими гражданами наследственных сумм из-за границы.



### **Производство по наследственным делам**

1. Действующее российское законодательство (разд. V части третьей ГК РФ) устанавливает порядок принятия наследства, которое, как правило, осуществляется путем подачи заявления нотариусу по месту открытия наследства. Свидетельство о праве на наследство тоже, как правило, выдается по месту открытия наследства нотариусом. Им же принимаются меры по охране наследства и управлению им. Наследство может быть принято в течение шести месяцев со дня открытия наследства. По заявлению наследника, пропустившего срок, установленный для принятия наследства, суд может восстановить этот срок.

В судебной практике срок для принятия наследства иностранцами продлевался на тех же общих основаниях, что и для российских граждан, а не в силу постоянного проживания наследника за границей или самого факта иностранного гражданства наследника.

Специальные постановления об исчислении срока для принятия наследства содержатся в договорах России о правовой помощи с Болгарией и Венгрией. Как предусматривается в этих договорах, в тех случаях, когда наследодатели являлись гражданами соответствующих договаривающихся государств и умерли на территории другого государства, срок для принятия наследства будет исчисляться со дня уведомления дипломатического или консульского представителя о смерти наследодателя.

2. Большое практическое значение имеет определение того, к компетенции органов какой страны относится производство по делам о наследовании.

Обычно в договорах о правовой помощи предусматривается, что производство дел о наследовании движимого имущества ведут учреждения юстиции страны, на территории которой наследодатель имел последнее постоянное место жительства, а производство дел о наследовании недвижимого имущества — учреждения юстиции страны, на территории которой оно находится.

Постоянно проживающий в Ивангороде (Ленинградская область) гражданин России К. работал водителем на предприятии в Нарве (Эстония). Его жена, гражданка Эстонии, проживала вместе с ним. Она родилась в 1930 г. в эстонской деревне, в семье старообрядцев.

К. погиб при аварии в 1997 г., после его смерти остались сын (проживает в Нарве), дочь (проживает в Ивангороде) и брат (проживает в Таллине). Завещание составлено не было. После смерти К. возникли разногласия по поводу имущества умершего. В Ивангороде он имел жилой дом и автомашину, в Усть-Нарве (Эстония) — летний домик и каменный гараж, а также вклад в эстонском банке (в Нарве).

В соответствии со ст. 45 Договора между Россией и Эстонией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 5 августа 1994 г., вступившего в силу 19 марта 1995 г., производство по делам о наследовании движимого имущества ведут учреждения договаривающейся стороны, на территории которой наследодатель имел последнее постоянное место жительства, а производство по делам о наследовании недвижимого имущества — учреждения той стороны, на территории которой находится это имущество. В Договоре предусмотрено, что эти положения применяются соответственно и к спорам по делам о наследовании. В Договоре с Эстонией, как и в некоторых других договорах, имеется и особое правило о распределении компетенции, согласно которому в случае, если все движимое наследственное имущество находится на территории государства, где наследодатель не имел последнего постоянного местожительства, то по заявлению наследника, если с этим согласны все наследники, производство по делу о наследовании ведут учреждения этого государства.

3. Практика по наследственным делам наглядно показывает, какие трудности могут быть на пути наследников, стремящихся получить наследственное имущество за пределами своей страны. Необходим сбор соответствующих документов, доказательств. Существенное значение имеет фактор времени. Об этом свидетельствует знаменитое дело о наследстве гетмана Полуботка.

Павел Полуботок был гетманом Украины при Петре I. После измены Мазепы новый гетман потерял доверие царя, был арестован и заточен в Петропавловскую крепость, где вскоре и умер. Однако еще в 1720 г. он отправил со своим сыном Яковом в Лондон почти все свое золото. Яков в сопровождении трех человек на английской шхуне, которая вышла из Архангельска и благополучно доплыла до берегов Англии, доставил туда бочонок с золотом. В Лондоне по поручению отца он поместил золото (200 тыс. руб.) в банк Ост-Индской компании. При этом были определены следующие условия: 4% годовых с нарастающими процентами; срок хранения — до истребования самим гетманом, лицами, им назначенными, или его наследниками. В XVIII в. никаких сведений о судьбе золота Полуботка не поступало, однако в 1827 г. петербургская газета «Сенатские новости» попыталась найти наследников гетмана, поместив специальное объявление. Известно, что перед началом Первой мировой войны в Чернигове состоялось собрание многочисленных наследников гетмана, среди которых был известный писатель В. Г. Короленко. Война, а затем революция помешали дальнейшим поискам наследников и ведению дела о получении вклада. Шаги в этом направлении предпринимались в 30-х гг. XX в. Затем в 1958 г. Инюрколлегия пыталась разыскать активы Полуботка в английском банке и в казначействе Англии, однако безрезультатно. По сведениям Книги рекордов Гиннеса, вклад Полуботка в английском банке, с учетом оговорки о реальности его существования, может составить 32 триллиона долларов. На получение вклада, как об этом свидетельствует один из пресс-релизов, распространенных представительством Украины при ООН, претендует и украинское государство.

## **Глава 17. Трудовые отношения**

### **Общие положения**

1. Интернационализация производства резко усилила миграцию населения. Социально-экономические причины миграции: использование иностранной рабочей силы в каком-либо государстве и приложение труда рабочих и специалистов какой-либо страны за ее пределами, пребывание за рубежом в целях получения образования и обучения — отличаются от причин миграции населения по национальному признаку, в целях воссоединения с семьей, в результате последствий военных действий, изменений в характере политического строя и т.д. Конечным результатом всех этих миграций является образование значительной прослойки иностранных граждан, постоянно или временно находящихся на территории соответствующей страны и вступающих в этой стране в трудовые отношения с местными работодателями.

Экономические реформы, переход от закрытого к открытому обществу в бывшем СССР, а затем в России и других суверенных государствах, ранее входивших в состав СССР, привели, с одной стороны, к расширению использования труда иностранных граждан на российских предприятиях и возникновению трудовых отношений российских граждан с предприятиями с иностранными инвестициями, а с другой — к трудовой миграции российских граждан за границу и заключению ими трудовых контрактов непосредственно с иностранными работодателями за рубежом.

Значение регулирования трудовых отношений с участием иностранных граждан в России резко возросло. По официальным данным, число легально работающих в России иностранцев составляло в 1995 г. более 200 тыс. человек. В 2001—2002 гг. их число составляло 283 тыс. человек. Иностранная рабочая сила привлекалась из 119 стран мира (в том числе из Украины — более 90 тыс., Китая — 35,6 тыс., Турции — 20,6 тыс., Вьетнама — 20 тыс., КНДР — 20 тыс., причем большинство в сфере строительства или на лесозаготовках). По состоянию на 2004 г. число граждан Китая

составляло 400 тыс., Вьетнама — 80—100 тыс., Украины — 73 тыс., КНДР — 50 тыс., Турции — 23,5 тыс. В соответствии с постановлением Правительства РФ от 22 декабря 2006 г. потребность в привлечении иностранных работников определяется путем формирования квот на осуществление иностранными гражданами трудовой деятельности в Российской Федерации. Квоты распределяются по субъектам РФ и по специальностям (например, строители-монтажники и др.).

Возможность трудовой миграции российских граждан была предусмотрена еще в Основах 1991 г. В этом нормативном акте устанавливалось, что «граждане имеют право на профессиональную деятельность в период временного пребывания за границей». В Законе РФ от 19 апреля 1991 г. «О занятости населения в Российской Федерации» предусмотрено, что «граждане имеют право на самостоятельный поиск работы и трудоустройство за пределами территории Российской Федерации» (ст. 10). На основании Федерального закона от 15 августа 1996 г. «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» российский гражданин имеет право выезжать из России, в том числе в целях осуществления за границей трудовой деятельности. Право на выезд может быть временно ограничено в случаях, прямо предусмотренных этим Законом.

Однако порядок въезда в иностранное государство регулируется законодательством этого государства. Многие государства ограничивают въезд; допуск иностранца в страну зависит от получения им разрешения на поступление на работу. Такие разрешения требуются по законодательству Австрии, Великобритании, США, Франции, ФРГ и других государств.

Так, в Кодексе труда Франции имеется специальный раздел, который называется «Иностранная рабочая сила и защита интересов национальной рабочей силы». Нормы этого раздела касаются доступа иностранцев к работе во Франции. Согласно ст. 341 для въезда в страну в целях поступления на работу по найму иностранец кроме документов и виз, требующихся в соответствии с действующими международными договорами и правилами, должен представить трудовой договор, завизированный административными властями, или разрешение на работу, медицинский сертификат.

В разделе также предусмотрены: охрана прав иностранца, нанятого в нарушение установленных правил; порядок взимания штрафа с нанимателя, нарушившего установленный порядок приема иностранца; запрет осуществлять незаконные взимания с иностранных работников в пользу нанимателя.

В Австрии, США, Швеции и в ряде других стран определены ежегодные квоты на въезд иностранцев, в том числе и для лиц, специально приезжающих для работы в соответствующей стране. В связи с этим определенное значение приобретает заключение Россией межправительственных соглашений о предоставлении российским гражданам определенных квот. Такие соглашения были заключены с ФРГ, Францией.

В ряде государств есть специальное законодательство, регулирующее трудовые отношения на совместных предприятиях, а также в свободных экономических зонах. Соответствующие правила касаются не только иностранного персонала предприятий, но и местных граждан. В качестве примера можно привести Закон КНР о совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом 1979 г. и Положение о применении этого Закона 1983 г., Закон КНР о предприятиях с иностранными инвестициями 1986 г., Положение о труде на совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом 1980 г., Положение об особых экономических зонах провинции Гуандун 1980 г.

2. Для практики судов и доктрины стран Запада характерны попытки разграничить применение права к трудовым отношениям по вопросам частного и публичного права. Одни авторы (А. Батиффоль и др.) в соответствии с традиционными концепциями пытаются применять к трудовым договорам общие коллизионные принципы обязательственного права (выбор права сторонами на основе принципа автономии воли сторон, применение закона места заключения договора и др.), другие же (И. Нибуайе и др.) выдвигают на первый план вопросы публично-правового характера, в отношении которых не может применяться иностранное публичное право, а всегда подлежат применению правила страны места работы.

Условия труда иностранных рабочих определяются во многом именно публично-правовыми предписаниями, которые носят обязательный характер и по своему содержанию менее гуманны, чем условия, установленные общим трудовым законодательством и коллективными договорами. На практике же в силу зависимости иммигрантов от предпринимателей, угрозы высылки, языковых трудностей, отсутствия профессионального обучения и других причин условия их труда еще хуже (большая, чем у местных трудящихся, продолжительность рабочей недели, дополнительные работы, непредоставление отпусков и т.д.).

В литературе (А. С. Довгерт) подчеркивалось, что трудовые и гражданские отношения при имеющихся различиях объединены общими принципами частноправового регулирования. Именно поэтому к трудовым отношениям с иностранным элементом применяются общие понятия и положения международного частного права.

Особое значение в этой области имеют различные международные соглашения и прежде всего конвенции и иные акты, разработанные в рамках Международной организации труда (МОТ). Этой международной организацией было подготовлено более 140 конвенций.

Кроме того, МОТ принимает также рекомендации. Так, согласно рекомендации № 86 МОТ государства в своих двусторонних договорах должны предусматривать положение о том, что индивидуальные трудовые контракты мигрантов будут основываться на типовых формах.

В типовой трудовой контракт предлагается включать следующие сведения и нормы: имя, фамилию, место и дату рождения, семейное положение, гражданство, страну пребывания мигранта; характер работы и место ее исполнения; профессиональную категорию, в которую зачисляется мигрант, и его трудовые функции; размер оплаты за работу в нормальные, сверхурочные и ночные часы, в праздничные и отпускные дни; порядок выплаты заработной платы, премий, надбавок, пособий; условия и размеры удержаний; срок действия контракта, условия его расторжения, продления; основания досрочного расторжения; условия въезда на территорию страны

иммиграции и срок пребывания на ней; порядок покрытия проездных расходов мигранта и членов его семьи; порядок покрытия расходов, которые могут возникнуть по возвращении на родину; условия труда, жизнеобеспечения; процедуры урегулирования споров и рассмотрения жалоб. Рекомендуется переводить контракт на понятный иммигранту язык и вручать ему экземпляр контракта.

Положения о трудовых отношениях содержатся и в других многосторонних соглашениях, прежде всего регионального характера. Так, согласно Брюссельской конвенции по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров 1968 г. (см. гл. 18 учебника) стороны трудового контракта сами могут решить, суд какого государства будет рассматривать и разрешать их возможные споры. При отсутствии такой договоренности действует правило: юрисдикцию по гражданскому и трудовому делу осуществляет суд того государства, в котором непосредственно реализуется контракт (т. е. применяется «закон места работы» государства пребывания мигранта).

Страны СНГ заключили многостороннее Соглашение о сотрудничестве в области охраны труда (1994 г.), Соглашение о порядке расследования несчастных случаев на производстве, происшедших с работниками при нахождении их вне государства проживания (1994 г.), Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов (1994 г.), Соглашение о гарантиях прав граждан в области выплаты социальных пособий, компенсационных выплат семьям с детьми и алиментов (1994 г.).

Россия заключила двусторонние соглашения о трудовой деятельности и социальной защите граждан, работающих на территории другого договаривающегося государства: с Белоруссией (1993 г.), Украиной (1993 г.), Молдавией (1993 г.), Арменией (1994 г.), Киргизией (1996 г.) и др.

Между правительствами России и КНР 3 ноября 2000 г. было заключено Соглашение о временной трудовой деятельности граждан Российской Федерации в КНР и граждан КНР в Российской Федерации, которое вступило в силу 5 февраля 2001 г.



Основными законодательными актами, регулирующими трудовые отношения с участием иностранцев в России, являются Трудовой кодекс РФ (вступивший в силу 1 февраля 2002 г.) и Закон о правовом положении иностранных граждан 2002 г. В этом Законе предусмотрены основные условия участия иностранных граждан в трудовых отношениях, порядок выдачи им разрешений на работу в России и другие вопросы. Отдельные нормы имеются в КТМ РФ и ряде федеральных законов.

### **Коллизионные вопросы в области трудовых отношений**

1. В области трудовых отношений в законодательстве и практике разных стран, а также в международных соглашениях используются различные коллизионные нормы. Наиболее часто к трудовым отношениям при отсутствии соглашения о выборе права применяется право страны, на территории которой (полностью или преимущественно) осуществляется трудовая деятельность (коллизионный принцип закона места работы — *lex loci laboris*). Регламент ЕС «Рим I» детально регламентирует вопросы выбора права, применимого к индивидуальному трудовому договору. Статья 8 Регламента гласит:

«1. Индивидуальный трудовой договор регулируется правом, выбранным сторонами в соответствии со статьей 3. Однако этот выбор не может повлечь за собой лишение работника защиты, предоставляемой ему положениями, от которых не разрешается отступать посредством соглашения в соответствии с правом, которое при отсутствии выбора подлежало бы применению на основании параграфов 2, 3 и 4 настоящей статьи.

2. При отсутствии выбора, осуществленного сторонами, индивидуальный трудовой договор регулируется правом страны, в которой — или, при отсутствии таковой, — страны, из которой работник во исполнение договора обычно выполняет свою работу. Страна, в которой обычно выполняется работа, не считается изменившейся, когда работник временно выполняет свою работу в другой стране.

3. Если подлежащее применению право не может быть определено на основании параграфа 2, то договор регулируется правом страны, где находится учреждение, которое наняло работника.

4. Если из всех обстоятельств дела вытекает, что договор имеет явно более тесные связи с другой страной чем та, которая указана в параграфе 2 или 3, то применяется право этой другой страны».

В Бельгии, Италии, Франции, ФРГ и ряде других стран в сфере регулирования трудовых отношений применяются гражданско-правовые концепции. Однако специфика этой сферы предопределяет некоторые коррективы в применении традиционных институтов и норм международного частного права. Прежде всего это проявляется в ограничении применения автономии воли сторон.

Практика ряда стран показывает, что в этой области, как правило, применяется право страны места работы, а возможность выбора права сторонами в трудовых отношениях фактически исключается.

Не ограничивается свобода выбора права в судебной практике Великобритании, Италии, Канады, ФРГ.

Под законом места работы (*lex loci laboris*) понимается закон страны места нахождения предприятия, где работает трудящийся.

В отдельных специальных случаях под *lex loci laboris* понимается закон страны места нахождения правления предприятия, закон флага судна и др. Иногда в случае командирования работника в другую страну для выполнения тех или иных трудовых заданий применяется и принцип закона страны учреждения, командировавшего работника (*lex loci delegationis*).

В отношении специальных ситуаций, когда работа выполняется в нескольких странах, например в случае с работником международного транспорта (воздушного, речного, автомобильного, железнодорожного), применяются дополнительные коллизионные привязки. Так, австрийский Закон о международном частном праве 1978 г. предусматривает, что в случае, когда работник обычно выполняет свою работу более чем в одной стране или когда он не имеет обычного места работы, применяется

закон страны, в которой наниматель имеет обычное место нахождения или в которой преимущественно осуществляется его деятельность.

В ст. 35 «Трудовые договоры» Закона Эстонии о международном частном праве 2002 г. предусмотрены следующие положения: в отношении трудовых договоров выбор права не должен приводить к тому, что работник будет лишен защиты, гарантированной ему императивными нормами государства, которые подлежали бы применению при отсутствии выбора права.

При отсутствии выбора права к трудовому договору применяется право государства, в котором:

- 1) работник обычно выполняет свою работу по трудовому договору, даже если он временно работает в каком-либо другом государстве;
- 2) находится место деятельности, через которое работник был принят на работу, если работник обычно не работает в одном и том же государстве.

Приведенные положения не применяются, если из совокупности обстоятельств следует, что трудовой договор связан теснее с каким-либо другим государством. В таком случае применяется право другого государства.

2. В советском законодательстве коллизионные нормы в этой области отсутствовали. Для восполнения этого пробела в подготовленный еще в 1989—1990 гг. проект закона о международном частном праве была включена статья о трудовых отношениях. В ней делалась попытка отразить практику решения этих вопросов следующим образом:

- к трудовым отношениям применять право страны, в которой (полностью или преимущественно) осуществляется работа, если в трудовом договоре не установлено иное. Таким образом, возможность действия принципа автономии воли не исключалась;
- трудовые отношения на водном и воздушном транспорте предлагалось подчинить праву страны, под флагом которой используется транспортное средство;

- если работа выполняется лицом, командированным за границу соответствующей организацией, к трудовым отношениям этого лица с такой организацией предлагалось применять советское право.

Однако такой закон принят не был.

В действующем российском законодательстве, за редким исключением, коллизионных норм в рассматриваемой области не имеется. В ст. 416 КТМ РФ предусмотрено, что правовое положение членов экипажа судна и связанные с эксплуатацией судна отношения между членами экипажа судна определяются законом государства флага судна. Этот закон применяется к отношениям между судовладельцем и членами экипажа, если иное не предусмотрено договором, регулирующим отношения между судовладельцем и членами экипажа судна, являющимися иностранными гражданами.

Поскольку в Трудовом кодексе РФ коллизионные нормы отсутствуют, в учебной литературе был поставлен вопрос о том, могут ли применяться к трудовым отношениям, осложненным иностранным элементом, коллизионные нормы разд. VI ГК РФ. По мнению В. П. Звекова, возможность применения общего подхода в соответствующих случаях не исключена.

### **Трудовые права иностранцев в Российской Федерации**

1. Иностранные граждане пользуются правами и несут обязанности в трудовых отношениях наравне с российскими гражданами, т.е. законодательство исходит из применения в области трудовых отношений принципа национального режима. Следовательно, на них распространяются общие положения трудового законодательства. В отношении условий и оплаты труда не допускается дискриминация иностранцев в зависимости от пола, расы, национальности, языка, вероисповедания и проч. В России не признаются ограничения на трудовую деятельность, установленные национальным законодательством страны иностранца. На иностранцев распространяются положения об охране труда, специальные

положения, касающиеся условий труда женщин и подростков, они имеют право на социальные пособия, право на отдых.

В Трудовом кодексе РФ говорится о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ в соответствии с Конституцией РФ являются составной частью правовой системы России.

Если международным договором РФ установлены другие правила, чем предусмотренные законами и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, применяются правила международного договора (ст. 10 Кодекса).

Согласно ч. 5 ст. 11 Трудового кодекса РФ на территории РФ 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 указанным Кодексом, другими федеральными законами или международным договором РФ.

Из приведенного текста следует, что регулирование отношений с так называемым иностранным элементом ограничилось в Кодексе лишь положениями общего характера, что вызвало справедливую критику в отечественной доктрине международного частного права (В. П. Звеков).

Российским законодательством установлены ограничения для иностранцев в отношении возможности заниматься определенными профессиями (занимать определенные должности). В частности, иностранные граждане не могут быть государственными служащими, занимать должности судьи, прокурора, следователя, нотариуса, должностного лица таможенных органов, патентного поверенного; входить в состав летного экипажа гражданского воздушного судна или экспериментальной авиации; заниматься промысловой добычей рыбы и других водных животных и растений в водоемах РФ. Эти ограничения установлены Законом о правовом положении иностранных граждан 2002 г., КТМ РФ, ВК РФ.

В частности, Закон о правовом положении иностранных граждан 2002 г. устанавливает, что иностранные граждане пользуются правом свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, а также правом на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности с учетом ограничений, предусмотренных федеральным законом (п. 1 ст. 13).

Действие Закона о правовом положении иностранных граждан 2002 г. распространяется как на иностранцев, осуществляющих свою трудовую деятельность в России на основании трудового договора, так и на иностранцев, заключающих гражданско-правовой договор на выполнение работ (оказание услуг). И в том, и в другом случае для осуществления трудовой деятельности требуется получение разрешения на работу. В п. 4 ст. 13 Закона установлено, что работодатель и заказчик работ (услуг) имеют право привлекать и использовать иностранных работников только при наличии разрешения на привлечение и использование иностранных работников, а иностранный гражданин имеет право осуществлять трудовую деятельность в случае, если он достиг возраста 18 лет, при наличии разрешения на работу или патента.

Разрешения не требуется для лиц:

- постоянно или временно проживающих в Российской Федерации;
- 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;
- являющихся сотрудниками дипломатических представительств, работниками консульских учреждений иностранных государств в Российской Федерации, сотрудниками международных организаций, а также частными домашними работниками указанных лиц;

- являющихся работниками иностранных юридических лиц (производителей или поставщиков), выполняющих монтажные (шефмонтажные) работы, сервисное и гарантийное обслуживание, а также послегарантийный ремонт поставленного в Российскую Федерацию технического оборудования;
- являющихся журналистами, аккредитованными в Российской Федерации;
- обучающихся в Российской Федерации в профессиональных образовательных организациях и образовательных организациях высшего образования и выполняющих работы (оказывающих услуги) в течение каникул;
- обучающихся в Российской Федерации в профессиональных образовательных организациях и образовательных организациях высшего образования и работающих в свободное от учебы время в этих образовательных организациях, в хозяйственных обществах или в хозяйственных партнерствах, созданных бюджетными или автономными образовательными организациями высшего образования, в которых они обучаются;
- приглашенных в Российскую Федерацию в качестве научных или педагогических работников, в случае их приглашения для занятия научно-исследовательской или педагогической деятельностью по имеющим государственную аккредитацию образовательным программам высшего образования образовательными организациями высшего образования, государственными академиями наук или их региональными отделениями, национальными исследовательскими центрами, государственными научными центрами, иными научными организациями, в которых действуют диссертационные советы, созданные в соответствии с законодательством РФ, либо иными научными организациями и инновационными организациями согласно критериям и (или) перечню, утвержденным Правительством РФ, либо в качестве педагогических работников для проведения занятий в иных организациях, осуществляющих образовательную деятельность, за исключением лиц, въезжающих в Российскую Федерацию для занятия педагогической деятельностью в духовных образовательных организациях;

- приглашенных в Российскую Федерацию с деловой или гуманитарной целью либо в целях осуществления трудовой деятельности и привлекаемых помимо этого для занятия педагогической деятельностью по имеющим государственную аккредитацию образовательным программам высшего образования в научных организациях и образовательных организациях высшего образования, за исключением духовных образовательных организаций;
- являющихся аккредитованными работниками аккредитованных в установленном порядке на территории РФ представительств иностранных юридических лиц, на основе принципа взаимности в соответствии с международными договорами РФ;
- осуществляющих трудовую деятельность в случае и порядке, предусмотренных ч. 4 ст. 63 и ст. 348.8 Трудового кодекса РФ;
- признанных беженцами на территории РФ, — до утраты ими статуса беженца или лишения их статуса беженца;
- получивших временное убежище на территории РФ, — до утраты ими временного убежища или лишения их временного убежища.

В отношении заключения трудового договора с иностранцами и его содержания, как уже отмечалось, применяются положения Трудового кодекса РФ, а также правила, установленные Законом о правовом положении иностранных граждан 2002 г. и другими актами. Работодатель должен иметь разрешение на привлечение и использование иностранных работников, оформить приглашение, которое является основанием для выдачи иностранцу визы либо для безвизового въезда (ст. 2, п. 2 ст. 18 Закона о правовом положении иностранных граждан 2002 г.).

Следует иметь в виду, что в соответствии с п. 5 ст. 13 Закона временно проживающий в Российской Федерации иностранный гражданин не вправе осуществлять трудовую деятельность вне пределов субъекта РФ, на территории которого ему разрешено временное проживание.

В то же время это ограничение не распространяется на временно проживающих в России иностранцев, для которых, как уже отмечалось, установлен разрешительный порядок поступления на работу.



Иностранцы, постоянно проживающие в России, могут заниматься трудовой деятельностью на основаниях и в порядке, установленных для российских граждан. Единственным исключением из национального режима в отношении таких иностранцев являются случаи, когда в соответствии с российским законодательством определенными профессиями могут заниматься или определенные должности занимать только граждане России.

Иностранцы, которые временно пребывают на территории России в целях осуществления трудовой деятельности и наем которых на работу производится в общем разрешительном порядке, находятся в ином положении. Общим для всех временно пребывающих в России иностранцев является то, что они могут заниматься трудовой деятельностью в России, если это совместимо с целями их пребывания. Помимо соблюдения этого общего требования, для найма на работу иностранцев, относящихся к этой группе, работодатель обязан получить разрешение соответствующего федерального органа исполнительной власти в сфере миграции на привлечение иностранной рабочей силы, а сам иностранец — подтверждение на право работы в России.

Порядок выдачи разрешительных документов для осуществления иностранными гражданами временной трудовой деятельности в Российской Федерации определен приказом Федеральной миграционной службы, Министерства здравоохранения и социального развития РФ, Министерства транспорта РФ, Государственного комитета РФ по рыболовству от 11 января 2008 г. «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной миграционной службой, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, осуществляющими переданные полномочия Российской Федерации в области содействия занятости населения, Федеральным агентством морского и речного транспорта и Федеральным агентством по рыболовству государственной услуги по выдаче заключений о привлечении и об использовании иностранных работников, разрешений на привлечение и использование иностранных работников, а также разрешений на работу иностранным гражданам и лицам без гражданства».

Разрешение на работу иностранным гражданам не выдается, а выданное разрешение аннулируется согласно положениям п. 9 ст. 18 Закона о правовом положении иностранных граждан 2002 г., если иностранный гражданин:

- выступает за насильственное изменение основ конституционного строя Российской Федерации, иными действиями создает угрозу безопасности Российской Федерации или граждан РФ;
- финансирует, планирует террористические (экстремистские) акты, оказывает содействие в совершении таких актов или совершает их, а равно иными действиями поддерживает террористическую (экстремистскую) деятельность;
- в течение пяти лет, предшествовавших дню подачи заявления о выдаче разрешения на работу, подвергался административному выдворению за пределы Российской Федерации, депортации или передавался Российской Федерацией иностранному государству в соответствии с международным договором РФ о реадмиссии либо в течение 10 лет, предшествовавших дню подачи заявления о выдаче разрешения на работу, неоднократно (два раза и более) подвергался административному выдворению за пределы Российской Федерации, депортации или передавался Российской Федерацией иностранному государству в соответствии с международным договором РФ о реадмиссии;
- представил поддельные или подложные документы либо сообщил о себе заведомо ложные сведения;
- осужден вступившим в законную силу приговором суда за совершение преступления;
- имеет непогашенную или неснятую судимость за совершение преступления на территории РФ либо за ее пределами, признаваемого таковым в соответствии с федеральным законом;
- неоднократно (два раза и более) в течение одного года привлекался к административной ответственности за нарушение законодательства РФ в части обеспечения режима пребывания (проживания) иностранных граждан в Российской Федерации;

- выехал из Российской Федерации в иностранное государство для постоянного проживания;
- находится за пределами Российской Федерации более шести месяцев;
- является больным наркоманией, либо не имеет сертификата об отсутствии у него заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции), либо страдает одним из инфекционных заболеваний, которые представляют опасность для окружающих. Перечень таких заболеваний и порядок подтверждения их наличия или отсутствия утверждаются уполномоченным Правительством РФ федеральным органом исполнительной власти;
- не достиг возраста 18 лет.

Помимо случаев, предусмотренных п. 9 ст. 18 Закона о правовом положении иностранных граждан 2002 г., разрешение на работу иностранному гражданину не выдается, а ранее выданное разрешение на работу аннулируется в случае принятия в установленном порядке решения о нежелательности пребывания (проживания) в Российской Федерации или решения о неразрешении въезда в Российскую Федерацию данного иностранного гражданина.

Помимо случаев, предусмотренных указанным Законом, разрешение на работу, ранее выданное иностранному гражданину, прибывшему в Российскую Федерацию в порядке, требующем получения визы, аннулируется в случае непредставления им в территориальный орган федерального органа исполнительной власти в сфере миграции в течение 30 календарных дней со дня выдачи ему разрешения на работу документа, подтверждающего владение данным иностранным гражданином русским языком, знание им истории России и основ законодательства РФ, в случаях, предусмотренных ст. 151 названного Закона.

Разрешение на работу иностранному гражданину может не выдаваться, а ранее выданное разрешение на работу может быть аннулировано, если данный иностранный гражданин передавался иностранным государством Российской Федерации в соответствии с международным договором РФ о реадмиссии.

Отличительной чертой трудовых договоров с любыми временно пребывающими в России иностранцами является их срочный характер. Договоры с иностранцами, на которых распространяется разрешительный порядок, заключаются на срок, не превышающий срока действия упомянутого выше разрешения.

Трудовые права иностранцев, признанных в установленном порядке беженцами, и иностранных лиц, которым в России предоставлено политическое убежище, аналогичны правам постоянно проживающих в России иностранцев. Они пользуются правами, предоставленными гражданам РФ, если иное специально не предусмотрено законодательством РФ (в частности, указанные выше ограничения для иностранцев относительно определенных профессий и должностей). Для приема их на работу работодателю не требуется специальное разрешение. Более того, соответствующие государственные органы обязаны оказывать беженцам помощь в устройстве на работу и, если необходимо, в профессиональной подготовке и переподготовке. Работодателям, принявшим на работу беженцев, предоставляются дополнительные налоговые льготы и компенсации в целях возмещения расходов, связанных с трудоустройством этих лиц. Заключаемые с беженцами и лицами, получившими убежище в России, трудовые договоры подчиняются нормам российского законодательства.

2. Общий разрешительный порядок и, следовательно, требование о соответствии условий трудового договора российскому законодательству (включая оплату труда, социальное обеспечение и страхование иностранных работников) распространяются также на договоры между работниками-иностранцами и иностранными фирмами, привлекающими их для выполнения контрактов на территории России. Это означает, что, хотя в законодательстве РФ применительно к трудовым отношениям не сформулирован общий коллизионный принцип, оно исходит из принципа применения права страны места выполнения работы (*lex loci laboris*), даже если договор заключается между иностранными субъектами за рубежом. Каких-либо исключений из этого принципа не делается.

Таким образом, при заключении трудового договора между иностранным работодателем и иностранцем о выполнении работы на территории РФ могут возникать проблемы, связанные с коллизией норм законодательства РФ и законодательства иностранного государства, в котором находятся работодатель и работник и где фактически заключается трудовой договор.

В отношении найма иностранцев предприятиями с иностранными инвестициями применяются специальные положения. Для найма иностранцев из числа высококвалифицированных специалистов на должности руководителей находящихся в России предприятий с иностранными инвестициями, а также руководителей подразделений этих предприятий работодателю не требуется получения разрешения соответствующего органа, однако иностранцу необходимо подтверждение права трудовой деятельности. Условия коллективных и индивидуальных трудовых договоров не могут ухудшать положение работников предприятия по сравнению с условиями, предусмотренными действующим на территории РФ законодательством. Условия найма, труда и отдыха, а также пенсионного обеспечения иностранных работников согласовываются обычно в индивидуальном трудовом договоре с каждым из них.

Российская гражданка М. поступила на работу в гостиницу международного класса, принадлежащую предприятию с иностранными инвестициями. Через некоторое время она имела неосторожность в беседе с приехавшим иностранцем неodobрительно отозваться об одном из сотрудников администрации. Иностранец оказался журналистом и сослался на беседу с М. в своем репортаже о поездке в Россию. Когда об этом стало известно администрации гостиницы, М. была уволена со ссылкой на то, что своими действиями она подрывала репутацию отеля. Контракт с ней был расторгнут.

В подписанном М. формуляре контракта содержались следующие положения: «Работник, заключивший контракт с гостиницей, соглашается с тем, что кроме оснований расторжения контракта, предусмотренных в трудовом законодательстве, администрация вправе в одностороннем порядке расторгнуть контракт по

нижеследующим основаниям: кража имущества компании, собственности гостей и коллег по работе, соучастие в краже, способствование ей; обман администрации и гостей в корыстных целях; применение физической силы, устные оскорбления; отказ от исполнения заданий, на законном основании требуемых непосредственным руководством; намеренные действия, в результате которых подвергается опасности собственное здоровье и здоровье других; сон во время работы; азартные игры в помещении гостиницы; всякие действия, подрывающие репутацию гостиницы».

В литературе (И. Я. Киселев) отмечалось, что этот формуляр противоречит российскому законодательству, а также постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 1992 г. «О некоторых вопросах применения судами Российской Федерации законодательства при разрешении трудовых споров». Согласно и. 44 этого постановления «в трудовых договорах не могут устанавливаться дополнительные условия для прекращения трудового договора (контракта) по сравнению с законом». К этому следует добавить, что формулировка увольнения работника «за всякие действия, подрывающие репутацию гостиницы», носит столь неопределенный характер, что делает усмотрение руководства гостиницы практически неограниченным.

Отдельно следует сказать о трудовых отношениях российских граждан с иностранным работодателем в тех случаях, когда в качестве такового выступает в России иностранное государство.

Выше уже отмечалось, что по законодательству ряда стран (и в частности, США) государство не пользуется иммунитетом в случаях предъявления к нему исков, касающихся трудовых отношений. Согласно ст. 5 Европейской конвенции об иммунитете государств 1972 г. и ст. 11 Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. государство не пользуется иммунитетом от юрисдикции в области трудовых отношений. В случае, когда работа будет исполняться на территории страны суда, работник (если он не является

гражданином государства-нанимателя) может предъявить иск к иностранному государству-нанимателю.

В практике российских судов известен случай, когда предметом судебного рассмотрения стал иск к иностранному государству-нанимателю.

В марте 2000 г. российская гражданка К., работавшая ведущим специалистом информационной службы посольства США в России, была уволена согласно п. 3 ст. 33 действовавшего тогда Кодекса законов о труде РСФСР (обнаружившееся несоответствие работника занимаемой должности), о чем была сделана запись в трудовой книжке. К. обратилась за защитой своих прав в суд, требуя восстановления на работе, оплаты вынужденного прогула и возмещения морального вреда. Суд первой инстанции своим определением отказал в приеме искового заявления. Определение было оставлено в силе судебной коллегией по гражданским делам Московского городского суда. При этом суд сослался на ст. 435 действовавшего в то время Гражданского процессуального кодекса РСФСР, которая предусматривала возможность предъявления исков к иностранному государству только с согласия его компетентных органов. Подтвердить наличие такого согласия она не могла. Впоследствии К. обратилась в Конституционный Суд РФ с жалобой, в которой утверждала, что норма ст. 435 Гражданского процессуального кодекса РСФСР ущемляет ее конституционное право на судебную защиту и не соответствует ч. 1 ст. 46 Конституции РФ. Конституционный Суд в своем определении от 2 ноября 2000 г. отметил, что права К. «были нарушены не самой по себе ч. 1 ст. 435 ГПК РСФСР, а вынесенными на ее основе правоприменительными решениями».

В литературе (И. О. Хлестовой) отмечалось, что в этом конкретном случае посольство США выступало в качестве работодателя и не осуществляло каких-либо суверенных функций. В аналогичных условиях в США американской гражданке было бы предоставлено право на судебную защиту в соответствии с Законом США 1976 г. в случае предъявления иска к посольству иностранного государства.

## **Трудовые права российских граждан за рубежом**

Труд российских граждан на территории иностранных государств может применяться вследствие возникновения трудовых правоотношений либо на основании положений нашего трудового права, либо на основе трудового контракта, заключаемого с иностранным нанимателем.

В первом случае труд российских граждан используется за границей вследствие трудовых отношений, возникающих не за рубежом, а в Российской Федерации. Российские граждане направляются на работу в учреждения и организации России за границей, посылаются в служебные командировки (для участия в строительстве предприятий, монтаже, для оказания технической помощи и т.д.).

Во всех подобных случаях условия труда граждан РФ за границей определяются российским правом. К ним применяются общие нормы трудового законодательства и всякого рода специальные правила, издание которых вызвано спецификой условий труда данной категории трудящихся.

Например, труд граждан, направляемых для работы в посольства РФ в качестве представителей различных государственных и общественных организаций, а также членов семей этих граждан, принятых за границей на работу в учреждения РФ, регулируется как общими положениями российского трудового права, так и специальными нормами, применение которых вызывается фактом нахождения учреждений вне Российской Федерации. В частности, продолжительность рабочего времени и времени отдыха в таких учреждениях определяется в соответствии с общими положениями российского законодательства, а дни еженедельного отдыха могут быть установлены применительно к местным условиям.

Как и всем служащим, работникам российских учреждений за границей предоставляются ежегодные оплачиваемые отпуска. В отличие от служащих, работающих в Российской Федерации, работникам учреждений за границей



разрешается суммирование отпусков, т.е. они могут взять двойной или тройной отпуск за два или три проработанных года.

От работы российских граждан в учреждениях РФ за границей следует отличать командирование работников за границу независимо от сроков зарубежной командировки.

За командированным работником сохраняется на все время командировки занимаемая должность, а также заработная плата по месту его основной работы в России. За время пребывания в командировке работнику должны выплачиваться суточные.

Некоторыми особенностями отличаются условия труда специалистов, направляемых в развивающиеся страны Азии, Африки, Латинской Америки для оказания технического содействия. Это геологи и изыскатели, проектировщики, помогающие выбрать строительную площадку и собирающие данные, необходимые для проектирования предприятий. Это инженеры-строители, оказывающие содействие в строительстве предприятий, специалисты-дорожники, монтажники и т.д. Особенности регулирования их труда за границей объясняются тем, что они, будучи командированными российскими организациями, трудятся, как правило, на стройках и предприятиях, управляемых местными властями.

Находясь за границей, российские специалисты подчиняются режиму рабочего времени и времени отдыха, установленному на предприятиях и в учреждениях, где фактически работают. Они обязаны соблюдать все правила внутреннего распорядка и инструкции по технике безопасности, действующие на этих предприятиях. Однако эти специалисты не вступают в трудовые отношения с местными организациями и фирмами и те не становятся их нанимателями. Специалисты продолжают оставаться в трудовых отношениях с пославшей их организацией, которая выплачивает им подъемное пособие, заработную плату, оплачивает ежегодный отпуск и т.д.

Специалисты направляются за границу для оказания технического содействия в соответствии с контрактами, заключаемыми внешнеэкономическими объединениями и другими организациями с организациями и фирмами других стран. Контракты

закключаются во исполнение межправительственных соглашений об экономическом и техническом сотрудничестве. В контрактах обычно предусматривается, что организация развивающейся страны, именуемая заказчиком, возмещает российской организации за работу ее специалистов месячные ставки в размере, определяемом в контракте. Выплата этих ставок производится со дня выезда специалистов из Российской Федерации и до дня их возвращения. Датой выезда и возвращения специалистов считается день пересечения ими Государственной границы РФ.

Заказчик несет также расходы по переезду специалистов в страну заказчика и обратно в Россию, а в случае направления специалистов с семьей — также расходы по переезду семьи специалиста. При командировании специалиста на год и более длительный срок заказчик возмещает расходы по выплате подъемного пособия.

В соответствии с условиями контрактов специалистам, командированным для оказания технического содействия, предоставляется жилая площадь с обстановкой, отоплением и освещением и коммунально-бытовыми услугами, а в необходимых случаях — транспортные средства для служебных целей. Специалисты обеспечиваются также медицинской помощью. Им предоставляются квалифицированные переводчики.

Во втором случае трудовые правоотношения возникают в силу заключения трудовых контрактов.

Предоставление права заключения трудовых контрактов российским гражданам, временно выезжающим на работу за границу, сделало необходимым, с одной стороны, оказание им помощи и содействия со стороны государственных органов в заключении таких контрактов, а с другой — принятие мер, направленных на недопущение заключения всякого рода неравноправных и кабальных договоров при посредничестве коммерческих фирм (как отечественных, так и иностранных).

Негосударственные организации могут осуществлять свою деятельность, связанную с трудовой миграцией граждан России, на основе лицензий (разрешений) (Положение о лицензировании деятельности, связанной с оказанием услуг по трудоустройству

граждан Российской Федерации за пределами территории Российской Федерации, утвержденное постановлением Правительства РФ от 8 октября 2012 г.).

В случаях трудовой деятельности российских граждан за рубежом во всякого рода смешанных обществах, компаниях, совместных предприятиях трудовой договор заключается с иностранным нанимателем — юридическим лицом иностранного права, и такой договор подчиняется правилам трудового законодательства той страны, в которой находится соответствующее совместное предприятие или смешанное общество. То обстоятельство, что работник является российским гражданином, не может вести к применению в данном случае норм российского трудового права. Однако трудовая деятельность в такой зарубежной компании будет учитываться по трудовому законодательству России, например при определении общего стажа работы и назначении пенсии.

К российским гражданам, так же, как и к другим иностранцам, применяются существующие в том или ином государстве общие ограничения в отношении занятия отдельными профессиями, особые условия приема на работу и т.д. Однако условия труда российских граждан не могут быть хуже условий труда иностранцев — граждан других государств.

В соглашениях, заключенных СССР (Россией) с Болгарией, Венгрией, Монголией, Румынией, Словакией, предусматривается, что граждане одной договаривающейся стороны, постоянно проживающие на территории другой стороны, во всех вопросах трудовых отношений полностью приравниваются к гражданам другой договаривающейся стороны.

Соглашение между правительствами России и Украины о трудовой деятельности и социальной защите граждан России и Украины, работающих за пределами границ своих государств, от 14 января 1993 г. исходит из принципа национального режима, предусматривает взаимное применение трудового законодательства к гражданам обоих государств, порядок возмещения ущерба работнику вследствие увечья либо иного повреждения здоровья, полученного в связи с исполнением им трудовых

обязанностей, признание дипломов, свидетельств и других документов об образовании и квалификации без легализации.

Аналогичные соглашения были заключены Россией с Арменией, Белоруссией, Киргизией, Молдавией.

### **Социальное обеспечение**

Социальное обеспечение иностранцев тесно связано с их трудовыми правами. В странах ЕС и других странах Запада отношения по социальному обеспечению трудящихся-мигрантов регулируются прежде всего международными соглашениями (как многосторонними, так и двусторонними). К ним относятся Европейская конвенция о социальном обеспечении от 14 декабря 1972 г., Конвенция северных стран о социальном обеспечении 1955 г. и др. Однако, несмотря на заключение этих соглашений, в этих странах продолжает сохраняться прямая или косвенная дискриминация иностранных рабочих в этой области.

Согласно ст. 3 Федерального закона от 17 декабря 2001 г. «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» иностранные граждане и лица без гражданства, постоянно проживающие в России, имеют право на трудовую пенсию наравне с гражданами РФ. Однако следует иметь в виду, что с 1 января 2015 г. этот Закон не применяется, за исключением норм, регулирующих исчисление размера трудовых пенсий, и подлежащих применению в целях определения размеров страховых пенсий в части, не противоречащей Федеральному закону от 28 декабря 2013 г. «О страховых пенсиях».

По общему правилу временно находящиеся на территории РФ иностранцы не имеют права на получение пенсии, поскольку право на назначение пенсии, порядок назначения и выплаты пенсий в России предполагают проживание в России, а не временное пребывание в стране, сроки которого ограничены. Пенсионное обеспечение этих иностранцев осуществляется обычно государством, в котором они проживают, в соответствии с действующим там законодательством.

При социальном обеспечении граждан применяется законодательство страны, на территории которой они проживают. Соглашения предусматривают, что социальное обеспечение осуществляется компетентными органами той страны, на территории которой проживает гражданин, возбудивший ходатайство о назначении пенсии (пособия). Эти органы назначают и выплачивают пенсии и пособия за свой счет. При назначении пенсий и пособий гражданам полностью засчитывается трудовой стаж, приобретенный на территории обеих стран. Если гражданин, получающий пенсию (пособие), переселился с территории одной страны на территорию другой страны, то выплата ему пенсии (пособия) прекращается, и компетентные органы этой другой страны назначают ему пенсию (пособие) в соответствии со своим законодательством, причем право на пенсию не пересматривается. Расчеты между государствами не производятся. Между Россией и Испанией в 1994 г. был заключен Договор о социальном обеспечении. Им было, в частности, предусмотрено, что пенсии испанцам-репатриантам из числа так называемых испанских детей, нашедших убежище в СССР во время гражданской войны 1936—1939 гг., будут переводиться из России в Испанию, а испанские власти будут добавлять к ним недостающее до минимальной местной пенсии.

Вопросы пенсионного обеспечения в отношении граждан СНГ регулируются Соглашением о гарантиях прав граждан государств — участников СНГ в области пенсионного обеспечения от 13 марта 1992 г. и двусторонними соглашениями по этим вопросам.

Возмещение работнику-мигранту вреда, причиненного трудовым увечьем или профессиональным заболеванием, осуществляется в соответствии с международными договорами. Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов от 15 апреля 1994 г., заключенное правительствами государств — участников СНГ, установило, что порядок возмещения работнику вреда, причиненного увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением им трудовых обязанностей, регулируется законодательством стороны трудоустройства,

если иное не предусмотрено отдельным соглашением. Стороной трудоустройства в Соглашении именуется государство, на территории которого трудящиеся-мигранты, прибывшие из другого государства, осуществляют свою трудовую деятельность на условиях трудового договора (контракта). Иначе сформулированы правила о возмещении вреда работнику в ряде двусторонних соглашений Российской Федерации с государствами — участниками СНГ о трудовой миграции. К возмещению вреда вследствие трудового увечья, иного повреждения здоровья, смерти потерпевшего, профессионального заболевания обязывается сторона, законодательство которой распространялось на работника в момент увечья (иного повреждения здоровья, смерти), во время его трудовой деятельности, вызвавшей профессиональное заболевание.

В качестве примера двустороннего договора сошлемся на Соглашение между правительствами РФ и КНР о временной трудовой деятельности граждан Российской Федерации в КНР и граждан КНР в Российской Федерации от 3 ноября 2000 г. По этому Соглашению возмещение вреда, причиненного работнику в результате трудового увечья, профессионального заболевания или иного повреждения здоровья, возникшего при исполнении им своих трудовых обязанностей или в прямой связи с ними, регулируется законодательством государства постоянного проживания работника.

Вопрос выплаты пенсий гражданам, выехавшим на постоянное место жительства за пределы Российской Федерации, но не с территории РФ, стал предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ. В частности, в постановлении Суда от 15 июня 1998 г. была признана не соответствующей Конституции РФ практика прекращения выплаты российских пенсий проживавшим в Литве, Латвии и Эстонии гражданам, выехавшим из этих государств на постоянное жительство в другие страны.

## **Глава 18. Международный гражданский процесс**

### **Понятие международного гражданского процесса**

1. В науке международного частного права под международным гражданским процессом обычно понимается совокупность вопросов процессуального характера, связанных с защитой прав иностранцев и иностранных юридических лиц в суде. Это вопросы доступа иностранных лиц к правосудию, их положения в процессе, международной подсудности, оказания правовой помощи судами и другими органами юстиции государств друг другу, сбора доказательств, установления содержания иностранного права, признания и исполнения иностранных судебных решений, совершения нотариальных действий, призванных служить обеспечению прав отечественных граждан и юридических лиц за рубежом. Согласно другому пониманию, международный гражданский процесс — это комплексный институт международного частного права, регламентирующий взаимосвязь и взаимодействие национальных и международных процедур, определенных в процессуальных нормах, направленных на защиту и установление гражданских прав (Т. Н. Нешатаева).

Наряду с судебным порядком рассмотрения споров обычно к международному гражданскому процессу относят и вопросы рассмотрения споров в порядке арбитража (в третейских судах). В настоящем издании эти вопросы рассматриваются в отдельной главе (гл. 19), поскольку международный коммерческий арбитраж — это самостоятельный альтернативный суду порядок рассмотрения споров.

В состав судебной системы России наряду с конституционными (уставными) судами входят суды общей юрисдикции и арбитражные суды, рассматривающие дела по экономическим спорам. Эти последние суды, являющиеся государственными судебными арбитражными органами, следует отличать от так называемых третейских судов, которые часто также именуются арбитражами. Применение термина «арбитраж» не должно вводить в заблуждение: в первом случае речь идет о государственных судах, а во втором — о судах, избранных сторонами в споре. В

настоящей главе рассматриваются вопросы, относящиеся к государственным арбитражным судам, а не к третейским судам (международному коммерческому арбитражу).

Сам термин «международный гражданский процесс» носит сугубо условный характер, поскольку речь не идет о международном рассмотрении конкретного дела и не существует международной универсальной организации, призванной рассматривать споры между субъектами (сторонами) из разных государств. Иногда вместо этого термина применяют более удачный термин — «международное гражданское процессуальное право», под которым можно было бы понимать совокупность правовых принципов и норм процессуального характера, как общих для государств, определяемых международными соглашениями, так и непосредственно устанавливаемых законодательством каждой страны.

Процессуальное право в правовой системе каждого государства традиционно относится к публичному праву, поскольку здесь речь идет об отношениях по вертикали: между государством, а точнее, судебной властью и гражданином или иным субъектом. Согласно господствующей точке зрения в рассматриваемых отношениях определяющую роль играют не частноправовые отношения, а публично-правовые начала. В российской доктрине отмечается, что внутригосударственные нормы, регламентирующие международный гражданский процесс, следует относить к отраслям процессуального права — гражданского процессуального права и арбитражного процессуального права (В. П. Звеков). При этом указывается, что нормы международного гражданского процесса имеют иной предмет регулирования, чем нормы международного частного права: они регулируют не сами частные отношения, осложненные иностранным элементом, а деятельность суда по разрешению гражданских дел, в которых такой элемент присутствует (Г. К. Дмитриева, Н. И. Марышева, А. Г. Светланов).

Особенно ярко это проявляется в деятельности государственных органов, осуществляющих признание и исполнение иностранных судебных решений, а также в деятельности нотариата. Отмечая принципиальные различия, существующие между



публичным и частным правом, не следует игнорировать и тесную взаимосвязь между международным частным правом и международным гражданским процессом, поскольку от предварительного решения процессуальной проблемы выбора юрисдикции зависит и решение коллизионной проблемы (проблемы выбора права), а тем самым и материально-правовой проблемы регулирования гражданско-правовых отношений с иностранным элементом. Кроме того, не следует игнорировать то обстоятельство, что в процессуальных отношениях существенное значение приобретают и отношения по горизонтали: между сторонами в имущественном, хозяйственном, семейном, трудовом и ином споре. В международной жизни роль таких горизонтальных отношений возрастает вследствие того, что стороны в споре имеют возможность выбора (хотя и в определенных пределах) как самого порядка рассмотрения спора (в государственном или в третейском суде), так и возможности заключения соглашения об изменении так называемой родовой или территориальной подсудности. В этом заключается одно из оснований отнесения международного гражданского процесса к международному частному праву как отрасли права. Другим основанием, выдвигаемым сторонниками этой точки зрения (Л. П. Ануфриева), является то, что в сфере международного гражданского процесса применяются традиционные для международного частного права понятия и институты, те же, что и в других разделах международного частного права (применение принципов гражданства и domiciliа в отношении физических лиц, принципов инкорпорации, места нахождения и иных критериев для определения государственной принадлежности («национальности») юридических лиц и т.д.). В современных условиях тесная взаимосвязь, существующая между коллизионными и материально-правовыми нормами, с одной стороны, и процессуальными — с другой, реализуется в области международного частного права как в международных соглашениях, так и во внутреннем законодательстве. Такой подход был проявлен в Кодексе Бустаманте. Что же касается внутреннего законодательства, сошлемся на наиболее обстоятельный Закон Швейцарии о международном частном праве 1987 г., в котором содержатся нормы и коллизионного, и процессуального права. Такой

комплексный подход характерен для последних кодификаций в области международного частного права Бельгии, Болгарии, Грузии, Италии и Украины. Такой подход к решению проблемы регулирования представляется более предпочтительным, и не случайно по этому пути пошли новейшие законодательные акты ряда государств. Объясняется это прежде всего связью, существующей между решением вопросов применения права и вопросов процессуального характера, возникающих в практике судов при рассмотрении споров с так называемым иностранным элементом. При наличии таких разных подходов международный гражданский процесс можно рассматривать как составную часть международного частного права в качестве отрасли правоведения.

Рассматривая дела с иностранным элементом, суды в Российской Федерации и в других странах в принципе применяют при решении гражданских процессуальных вопросов право своей страны. При этом возможны случаи, когда то или иное понятие по российскому законодательству относится к материальному праву, а по праву какого-либо иностранного государства — к процессу, или наоборот. Иностранное право, как правило, не подлежит применению в российском суде по тем вопросам, которые по российскому законодательству считаются процессуальными. И наоборот, то обстоятельство, что данная норма считается в другой стране процессуальной, не препятствует ее применению российским судом, если по российскому праву она рассматривается как норма материального гражданского права.

Правила по вопросам международного гражданского процесса содержатся в многочисленных универсальных и региональных конвенциях, а также в двусторонних договорах о правовой помощи, консульских конвенциях и иных соглашениях. К универсальным многосторонним конвенциям относится Конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г. (в ней участвуют 46 государств), Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г., Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам 1970 г., Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов, 1961 г. Эти

конвенции действуют для многих государств, в том числе и для России. Так, Конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г. действует для Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Латвии, Литвы, Молдавии, Узбекистана, Украины. В Конвенции об отмене легализации участвуют 95 государств, в том числе Армения, Белоруссия, Венгрия, Казахстан, Латвия, Литва, Польша, Украина, Эстония и др.

Между государствами — участниками СНГ заключены следующие многосторонние соглашения:

- Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (Минская конвенция);
- Протокол к Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1997 г.;
- Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 2002 г. (Кишиневская конвенция); Туркмения и Узбекистан не подписали эту Конвенцию, Азербайджан подписал с особым мнением, Украина — с оговоркой;
- Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г.;
- Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества 1998 г.

Россия заключила двусторонние договоры о правовой помощи и соглашения по отдельным вопросам процессуального характера, в частности Соглашение от 17 января 2001 г. с Республикой Беларусь о порядке взаимного исполнения судебных актов арбитражных судов РФ и хозяйственных судов Республики Беларусь.

Двусторонние соглашения о правовой помощи заключаются и другими государствами. Так, Латвия заключила такие договоры с Белоруссией, Индией, Литвой, Молдавией, Польшей, Россией, Узбекистаном, Украиной и Эстонией. Кроме

того, между странами Балтии (Латвией, Литвой и Эстонией) было заключено трехстороннее соглашение.

2. Особая ситуация характерна для регулирования этих вопросов в рамках ЕС. Еще в Договоре об учреждении ЕЭС от 25 марта 1957 г. была предусмотрена необходимость упрощения формальностей, регулирующих взаимное признание и исполнение решений судов. Страны — члены Сообщества исходили из того, что правовая безопасность общего рынка в значительной степени зависит от адекватного регулирования признания и исполнения судебных решений государств-членов.

В 1968 г. часть стран ЕС заключили Брюссельскую конвенцию по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров, а в 1988 г. европейские государства, входящие в ЕАСТ, подписали Конвенцию о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам. Тем самым действие Брюссельской конвенции было распространено на страны, не входящие в ЕС, поскольку она открыта для присоединения. Так, участницей Конвенции 1988 г. стала Польша еще до ее вступления в ЕС. Затем после заключения Амстердамского договора в 1997 г. Брюссельская конвенция была переведена в категорию так называемого вторичного права Сообщества (см. гл. 2).

С 1 марта 2002 г. вступил в силу Регламент ЕС «Брюссель I» о судебной компетенции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам. В отношениях между странами — членами ЕС (за исключением Великобритании, Дании и Ирландии) он заменил действовавшую Брюссельскую конвенцию. Новый Регламент ЕС «Брюссель I-bis» применяется с 10 января 2015 г. Теперь решения, вынесенные в одном государстве ЕС по исковым заявлениям, поданным после вступления в силу Регламента ЕС «Брюссель I-bis», будут без какой-либо специальной промежуточной процедуры исполняться на территории других государств-участников.

Наряду с этим в области международного гражданского процесса действуют следующие акты ЕС: Регламент № 1346/2000 от 29 мая 2000 г. о процедурах

банкротства; Регламент № 1348/2000 от 29 мая 2000 г. о предоставлении судебных и несудебных письменных документов по гражданским и торговым делам; Регламент № 1206/2001 от 28 мая 2001 г. о сотрудничестве судов государств-членов в отношении документов по гражданским и торговым делам.

В ЕС был подготовлен и ряд других постановлений по вопросам гражданского процесса. Особое значение имеет Регламент ЕС № 805/2004 от 21 апреля 2004 г. о введении Европейского исполнительного листа по бесспорным требованиям; с его вступлением в силу (21 мая 2005 г.) отпадала необходимость в признании, проверке или контроле в отношении решения, вынесенного в другой стране.

3. Регулирование в России в области международного гражданского процесса является составной частью судебной реформы. В 2002 г. был принят Гражданский процессуальный кодекс РФ (он вступил в силу с 1 февраля 2003 г.), Арбитражный процессуальный кодекс РФ (вступил в силу с 1 сентября 2002 г.). Был также принят Федеральный закон от 24 июля 2002 г. «О третейских судах в Российской Федерации». Наряду с этим положения, относящиеся к данной сфере, содержатся в Федеральном законе от 2 октября 2007 г. «Об исполнительном производстве», в Законе о международном коммерческом арбитраже 1993 г., Федеральном конституционном законе от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации».

В ГПК РФ и АПК РФ установлены подробные правила по вопросам международного гражданского процесса. В этих правилах содержатся положения о применении правил международных договоров (ч. 4 ст. 11 ГПК РФ, ч. 3 ст. 3 АПК РФ), применении норм иностранного права (ч. 5 ст. 11 ГПК РФ, ст. 14 АПК РФ), подведомственности судам общей юрисдикции и арбитражным судам дел с участием иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных организаций и международных организаций, а также организаций с иностранными инвестициями (ч. 5 ст. 27 АПК РФ, ч. 2 ст. 22 ГПК РФ), о подсудности при предъявлении исков (ч. 3 ст. 36, ст. 37, ч. 7, 9 ст. 38 АПК РФ), о судебных извещениях иностранных лиц (ч. 5 ст. 121 АПК РФ), о письменных иностранных доказательствах (ч. 4, 5 ст. 71 ГПК РФ), об оспаривании и отмене

решений международных коммерческих арбитражей (ст. 230, ч. 4 ст. 233 АПК РФ), о рассмотрении заявлений по вопросу компетенции третейского суда (ст. 235 АПК РФ), о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений международных коммерческих арбитражей (ст. 236, ч. 4 ст. 239 АПК РФ).

Признание и приведение в исполнение международных судебных и арбитражных решений предусмотрено ч. 4 ст. 16, ст. 32 АПК РФ.

Производству по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений посвящена гл. 45 ГПК РФ (ст. 409—417) и гл. 31 АПК РФ (ст. 241 — 246).

После принятия ГПК РФ и АПК РФ в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» были даны необходимые разъяснения. Напомним, что согласно 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.

Таким образом, 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 (Т. Н. Нешатаева).

Жалоба на нарушение гражданских прав в России может подаваться в Европейский Суд по правам человека только до истечения шести месяцев после вынесения

судебного акта (по существу или об отказе от рассмотрения) высшей судебной инстанцией РФ в зависимости от сферы компетенции соответствующего суда (суда общей юрисдикции, арбитражного суда или конституционного суда). В отечественной литературе обращалось внимание на то, что важным процессуальным условием приемлемости жалобы в Европейском Суде по правам человека будет обоснование этой жалобы принципами и нормами международного права (Т. Н. Нешатаева). Как отмечалось выше, решение этого Суда обязательно для Российской Федерации, ее органов и судов.

В названном постановлении Пленума Верховного Суда РФ судам было рекомендовано использовать акты 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). В постановлении также разъяснялось, что основанием к отмене или изменению судебного акта может являться неправильное применение судом общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ. Неправильное применение норм 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 норм международного права.

### **Международная подсудность**

1. Обычно под международной подсудностью понимается компетенция судов какого-то конкретного государства по разрешению гражданских дел с участием иностранной стороны (сторон) или с каким-либо иным «иностранным элементом». Только после того, как будет установлено, в компетенцию судебной системы какого государства в

целом входит рассмотрение спора, можно будет конкретно определить судебную инстанцию, правомочную рассматривать спор.

Каждое государство само определяет, какие споры относятся к компетенции его судов. Поэтому на практике возникают случаи, когда рассмотрение одного и того же спора может одновременно входить в компетенцию судов двух или даже нескольких стран. В случаях подобного рода говорят о «конфликтах юрисдикций». Такой «конфликт юрисдикции» может быть устранен лишь путем заключения многосторонних и двусторонних соглашений между государствами. Многосторонние соглашения по вопросам подсудности условно делятся на две группы. К первой группе относятся соглашения общего характера, содержащие положения о подсудности по всем категориям дел. К этой группе относится, в частности, Конвенция о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам 1988 г.

Ко второй группе относятся соглашения, касающиеся подсудности отдельных категорий споров (например, Международная конвенция о некоторых правилах, относящихся к гражданской юрисдикции по вопросу о столкновении судов, от 10 мая 1952 г.).

Известны три основные системы определения подсудности.

По франко-романской (латинской) системе подсудность определяется по признаку гражданства сторон спора. Так, суд во Франции, Италии и иной стране, в которой принята эта система, признает себя компетентным рассматривать дело, если спор касается сделки, заключенной гражданином этой страны, независимо от места ее заключения. В основе германской системы лежит распространение правил внутренней территориальной подсудности на споры по делам с иностранным элементом. Эта система применяется в ФРГ, Японии, ряде стран Европы и Латинской Америки. Когда ответчиков несколько, и они постоянно проживают в различных государствах, право выбора суда по месту жительства одного из них принадлежит истцу. В тех случаях, когда это прямо допускается положениями соответствующих актов национального законодательства, исковые заявления можно подавать не по



месту жительства, а по месту пребывания ответчика или истца. В соответствии с германской системой международной подсудности домицилий юридического лица определяется, как правило, по месту нахождения его административного центра (правления). Англо-американская система определяет подсудность по признаку «присутствия» ответчика в стране суда, которое толкуется очень широко. Даже если иностранец находится в Великобритании (в одной из стран, где применяется эта система) временно, но ему вручены лично повестки, это является достаточным основанием для признания подсудности в отношении физических лиц. В отношении юридических лиц требуется, чтобы они были учреждены в Великобритании или осуществляли свои операции на ее территории. Наряду с Великобританией эта система применяется в США и других странах так называемого общего права (common law).

В законодательстве и практике многих государств допускается также договорная подсудность. Это значит, что стороны в споре могут договориться о том, в суде какого государства будет рассматриваться их спор.

В международной практике применяются понятия дерогации и пророгации. При заключении дерогационного соглашения стороны договариваются о рассмотрении дела, подсудного российскому суду в иностранном суде, а при заключении пророгационного соглашения — о рассмотрении российским судом дела, не относящегося к компетенции российских судов.

2. Основной проблемой в рассматриваемой области для России и других стран СНГ, в которых наряду с общими судами существуют государственные арбитражные (хозяйственные, экономические) суды и приняты арбитражные процессуальные кодексы, является проблема подведомственности, разграничения компетенции этих двух видов судов.

Согласно российскому законодательству суды общей юрисдикции рассматривают и разрешают споры, возникающие из гражданских, семейных, трудовых, жилищных, земельных, экологических и иных правонарушений, а также дела, возникающие из публичных правоотношений, если эти дела, согласно ГПК РФ или каким-либо иным

федеральным законам, отнесены к ведению суда (ст. 22 ГПК РФ). К ведению суда общей юрисдикции и арбитражного суда отнесено рассмотрение споров с иностранными лицами. Согласно ч. 2 ст. 22 ГПК РФ суды рассматривают и разрешают дела с участием иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных организаций, организаций с иностранными инвестициями, международных организаций.

Действующее законодательство устанавливает следующий критерий для разграничения подведомственности всех указанных выше споров: суды общей юрисдикции рассматривают все указанные выше дела, за исключением экономических споров и других дел, отнесенных федеральным конституционным и федеральным законами к ведению арбитражных судов.

Арбитражному суду в России подведомственны дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности.

Арбитражные суды рассматривают подведомственные им дела с участием российских организаций, граждан Российской Федерации, а также иностранных организаций, международных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства, осуществляющих предпринимательскую деятельность, организаций с иностранными инвестициями, если иное не предусмотрено международным договором РФ (ч. 5 ст. 27 АПК РФ).

Хотя в АПК РФ об этом прямо не говорится, они могут рассматривать и экономические споры с участием иностранного государства, в случае если государство действует не в качестве «носителя власти» (т.е., иными словами, суверена). Это вытекает из ст. 251 «Судебный иммунитет» АПК РФ.

К экономическим спорам в России относятся также споры, возникающие из административных и иных публичных правоотношений (споры об оспаривании нормативных правовых актов, споры об оспаривании ненормативных правовых актов различных органов государственной власти, дела об административных правонарушениях, о взыскании различных обязательных платежей и др.).

На практике эту возможность, которой раньше не было, используют иностранные организации и фирмы, а также предприятия с иностранными инвестициями, обращаясь в арбитражные суды с исками о признании недействительными актов налоговых или таможенных органов.

Особую категорию дел, подведомственных как судам общей юрисдикции, так и арбитражным судам, составляют дела о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений (п. 6 ч. 1 ст. 22 ГПК РФ, ст. 32 АПК РФ).

В отношении этой категории действует тот же критерий разграничения на экономические и неэкономические споры. Под иностранными арбитражными решениями понимаются в российском законодательстве решения третейских судов, международных коммерческих арбитражей, принятые ими на территориях иностранных государств (см. об этом в § 2 гл. 19 учебника). Таким образом, споры, не подлежащие рассмотрению в арбитражных судах, подведомственны судам общей юрисдикции.

Рассмотрению споров с участием иностранных лиц в судебных арбитражных органах РФ придается большое значение, поскольку защита предпринимательской деятельности этих лиц рассматривается как одно из необходимых условий успешной интеграции российской экономики в мировую и региональные структуры.

В ГПК РФ установлены следующие правила о подсудности дел с участием иностранных лиц.

Суды в Российской Федерации рассматривают дела с участием иностранных лиц, если организация-ответчик находится на территории РФ или гражданин-ответчик имеет место жительства в Российской Федерации.

Согласно ст. 402 ГПК РФ суды в Российской Федерации вправе также рассматривать дела с участием иностранных лиц в случае, если:

- орган управления, филиал или представительство иностранного лица находится на территории РФ;
- ответчик имеет имущество, находящееся на территории РФ;

- по делу о взыскании алиментов и об установлении отцовства истец имеет место жительства в Российской Федерации;
- по делу о возмещении вреда, причиненного увечьем, иным повреждением здоровья или смертью кормильца, вред причинен на территории РФ или истец имеет место жительства в Российской Федерации;
- по делу о возмещении вреда, причиненного имуществу, действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для предъявления требования о возмещении вреда, имело место на территории РФ;
- иск вытекает из договора, по которому полное или частичное исполнение должно иметь место или имело место на территории РФ;
- иск вытекает из неосновательного обогащения, имевшего место на территории РФ;
- по делу о расторжении брака истец имеет место жительства в Российской Федерации или хотя бы один из супругов является российским гражданином;
- по делу о защите чести, достоинства и деловой репутации истец имеет место жительства в Российской Федерации;
- по делу о защите прав субъекта персональных данных, в том числе о возмещении убытков и (или) компенсации морального вреда, истец имеет место жительства в Российской Федерации.

Кроме того, к исключительной подсудности судов в Российской Федерации относятся:

- дела о праве на недвижимое имущество, находящееся на территории РФ;
- дела по спорам, возникающим из договора перевозки, если перевозчики находятся на территории РФ;
- дела о расторжении брака российских граждан с иностранными гражданами или лицами без гражданства, если оба супруга имеют место жительства в России;
- дела, возникающие из публичных правоотношений.

Компетенция государственных арбитражных судов в Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц основана прежде всего на принципе территориальной подсудности. Правила АПК РФ соответствуют подобным правилам

о территориальной подсудности многих иных правовых систем: иски обычно, поскольку иное не предусматривается, адресуются суду, в границах деятельности которого находится ответчик (зарегистрирована, находится фирма или проживает гражданин).

Арбитражные суды в Российской Федерации рассматривают дела с участием иностранных лиц, если: ответчик находится или имеет место жительства на территории России либо на ее территории находится имущество ответчика; орган управления, филиал или представительство иностранного лица находится на территории РФ; спор возник из договора, по которому исполнение должно иметь место или имело место на территории РФ; в ряде других случаев, в том числе и при наличии тесной связи спорного правоотношения с территорией РФ (ст. 247 АПК РФ). Согласно АПК РФ к исключительной компетенции арбитражных судов в Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц относятся дела по спорам:

- в отношении находящегося в государственной собственности Российской Федерации имущества, в том числе по спорам, связанным с приватизацией государственного имущества и принудительным отчуждением имущества для государственных нужд;
- предметом которых являются недвижимое имущество, если такое имущество находится на территории РФ, или права на него;
- связанным с регистрацией или выдачей патентов, свидетельств на товарные знаки, промышленные образцы, полезные модели или регистрацией других прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые требуют регистрации или выдачи патента либо свидетельства в Российской Федерации;
- о признании недействительными записей в государственные реестры (регистры, кадастры), произведенных компетентным органом РФ, ведущим такой реестр (регистр, кадастр);
- связанным с учреждением, ликвидацией или регистрацией на территории РФ юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, а также с оспариванием решений органов этих юридических лиц.

В исключительной компетенции арбитражных судов в Российской Федерации находятся также предусмотренные в АПК РФ дела с участием иностранных лиц, возникающие из административных и иных публичных правоотношений (ст. 248).

Арбитражный процессуальный кодекс РФ также предусматривает специальную подведомственность дел арбитражным судам. Согласно ст. 33 АПК РФ арбитражные суды рассматривают, в частности, дела: о несостоятельности (банкротстве); по корпоративным спорам; по спорам об отказе в государственной регистрации, уклонении от государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных предпринимателей; по спорам, вытекающим из деятельности депозитариев, связанной с учетом прав на акции и иные ценные бумаги и с осуществлением предусмотренных федеральным законом иных прав и обязанностей; по спорам, вытекающим из деятельности государственных корпораций и связанным с их правовым положением, порядком управления ими, их созданием, реорганизацией, ликвидацией, организацией и полномочиями их органов, ответственностью лиц, входящих в их органы; по спорам о защите интеллектуальных прав с участием организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами, а также по спорам, отнесенным к подсудности Суда по интеллектуальным правам в соответствии с ч. 4 ст. 34 АПК РФ; о защите деловой репутации в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности; другие дела, возникающие при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, в случаях, предусмотренных федеральным законом.

Новым для российского законодательства является включение в АПК РФ правил об исключительной подсудности по спорам между российскими организациями, осуществляющими свою деятельность за рубежом. Согласно ст. 38 АПК РФ заявления по спорам между российскими организациями, осуществляющими деятельность или имеющими имущество на территории иностранного государства, подаются в арбитражный суд по месту государственной регистрации на территории РФ организации-ответчика.

Заявления по спорам между российскими организациями, осуществляющими деятельность или имеющими имущество на территории иностранного государства и не имеющими государственной регистрации на территории РФ, подаются в Арбитражный суд Московской области.

По делам с участием иностранных лиц, отнесенным к компетенции арбитражных судов в Российской Федерации, арбитражный суд в Российской Федерации может принять обеспечительные меры.

Дело, принятое судом в Российской Федерации к производству с соблюдением правил подсудности, разрешается им по существу, если даже в связи с изменением гражданства, места жительства или места нахождения сторон либо иными обстоятельствами оно стало подсудно суду другой страны.

3. В отношении споров, относящихся к сфере международного гражданского процесса, существенное значение имеет возможность заключения соглашений о подсудности. Российское законодательство допускает возможность договорной подсудности. Так, согласно ст. 249 АПК РФ в случае, если стороны, хотя бы одна из которых является иностранным лицом, заключили соглашение, в котором определили, что арбитражный суд в Российской Федерации обладает компетенцией по рассмотрению возникшего или могущего возникнуть спора, связанного с осуществлением ими предпринимательской и иной экономической деятельности, арбитражный суд в Российской Федерации будет обладать исключительной компетенцией по рассмотрению данного спора при условии, что такое соглашение не изменяет исключительную компетенцию иностранного суда.

Соглашение об определении компетенции (подсудности) должно быть заключено в письменной форме.

В соответствии со ст. 404 ГПК РФ в случаях отнесения дел с участием иностранных лиц к исключительной компетенции суда стороны вправе договориться об изменении подсудности дела, т.е. заключить пророгационное соглашение, до принятия его судом к своему производству.

Договорная подсудность не допускается в отношении ряда дел, например в отношении гражданских дел, подсудных Верховному Суду РФ в качестве суда первой инстанции, дел, в отношении которых установлена исключительная подсудность (например, по искам о правах на земельные участки, искам к перевозчикам, вытекающим из договора перевозки).

Возможность заключения пророгационных соглашений допускается как внутренним законодательством, так и международными договорами РФ (например, Киевским соглашением 1992 г.).

К форме пророгационного соглашения применимы требования, установленные российским законодательством для формы внешнеэкономических сделок. Исключительная компетенция арбитражных судов РФ, установленная российским законом или международным договором РФ, не может быть изменена пророгационным соглашением.

Пророгационное соглашение может предусматривать передачу спора в компетентный суд иностранного государства. При наличии пророгационного соглашения о передаче спора в компетентный суд иностранного государства арбитражный суд РФ по заявлению ответчика прекращает производство по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям, принятому к своему производству по правилам общей подсудности.

Поскольку в арбитражном процессуальном законодательстве говорится о том, что по соглашению сторон территориальная подсудность может быть изменена, иностранные лица, осуществляющие в России предпринимательскую деятельность, могут по соглашению с другой стороной в споре перенести такой спор в избранный ими суд. В литературе отмечалось, что российские государственные арбитражные суды неоднократно рассматривали споры из предпринимательских отношений иностранных фирм на территории РФ, выбравших арбитражный суд для разрешения их разногласий в заключенном ими пророгационном соглашении.

Так, одним арбитражным судом Российской Федерации было вынесено решение по спору иранской и туркменской фирм, имеющих действующие представительства на



российской территории. Иностранные фирмы заключили на территории России лизинговое соглашение, предусматривающее, что все споры по этому контракту будут рассматривать в Арбитражном суде г. Москвы.

Передача оборудования в лизинг, а также частичная оплата по сделке состоялись на территории России в 1995 г. Впоследствии права лизингодателя (иранской фирмы) были нарушены, в связи с чем и был предъявлен в арбитражный суд субъекта Российской Федерации иск в целях возмещения понесенных убытков и восстановления нарушенных прав.

Решение арбитражного суда РФ, удовлетворившего иски и требования иранской фирмы, было признано соответствующим хозяйственным судом Туркмении и передано на исполнение в порядке, установленном Киевским соглашением 1992 г.

Свободный выбор сторонами подсудности ограничен определенными пределами. Не могут быть нарушены установленные в каждом государстве правила исключительной подсудности. Например, спор по поводу права на недвижимость, находящуюся в иностранном государстве, стороны по своему усмотрению не могут передать для рассмотрения в российский суд.

Можно привести и другой пример ограничения свободы выбора суда сторонами. Поскольку в законодательстве РФ определено, какие споры подлежат рассмотрению в судах общей юрисдикции, а какие — в государственных арбитражных судах (родовая подсудность), стороны не могут по своему усмотрению передать спор в другой суд, отличный от определенного законом.

В отношении предусмотренной международным договором возможности заключения сторонами пророгационных соглашений приведем пример, также касающийся Ирана. Статья 21 Договора России с Ираном о правовой помощи от 5 марта 1996 г., устанавливающая правила разграничения компетентности судов, предусматривает, что суды обоих государств рассматривают дела и в других случаях, если об этом имеется письменное соглашение сторон. Аналогичные положения содержатся и в других двусторонних соглашениях РФ.

В соответствии с Минской конвенцией 1993 г. суды государств - участников могут рассматривать дела и в других случаях, если имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этим судам. При этом исключительная компетенция, вытекающая из норм Конвенции, а также из внутреннего законодательства соответствующей договаривающейся стороны, не может быть изменена соглашением сторон. При наличии соглашения о передаче спора суд по заявлению ответчика прекращает производство по делу.

Положения о международной подсудности, призванные устранить параллельное рассмотрение дел в судах общей юрисдикции государств СНГ, содержатся в Минской конвенции 1993 г. и в Кишиневской конвенции 2002 г. Согласно этим конвенциям иски к лицам, имеющим местожительство на территории одной из договаривающихся сторон, предъявляются, независимо от их гражданства, в суды данной страны, а иски к юридическим лицам предъявляются в суды того государства- участника, на территории которого находится орган управления юридического лица, его представительство либо филиал. Если в деле участвуют несколько ответчиков, имеющих местожительство (местонахождение) на территориях разных государств- участников, то спор должен рассматриваться по местожительству (местонахождению) любого ответчика по выбору истца.

В соответствии с Минской конвенцией 1993 г. и Кишиневской конвенцией 2002 г. суды государств-членов компетентны также в случаях, когда на территории таких стран:

- осуществляется торговля, промышленная или иная хозяйственная деятельность предприятия (филиала) ответчика;
- исполнено или должно быть полностью или частично исполнено обязательство из договора, являющегося предметом спора;
- имеет постоянное местожительство или местонахождение истец по иску о защите чести, достоинства и деловой репутации.

Исключительная подсудность предусмотрена в Минской конвенции 1993 г. и в Кишиневской конвенции 2002 г. по отношению к искам о праве собственности и иных

вещных правах на недвижимое имущество. По этим делам компетентными являются лишь суды по месту нахождения имущества.

Применительно к экономическим спорам эта проблема решается следующим образом: в соответствии с положениями ст. 4 Киевского соглашения 1992 г. компетентный суд государства — участника СНГ вправе рассматривать споры, вытекающие из договорных и иных гражданско-правовых отношений между хозяйствующими субъектами или из их отношений с государственными и иными органами, если на территории данного государства — участника СНГ.

- ответчик имел постоянное место жительства или место нахождения на день предъявления иска. Если в деле участвуют несколько ответчиков, находящихся на территории разных государств — участников Содружества, спор рассматривается по месту нахождения любого ответчика по выбору истца;
- осуществляется торговая, промышленная или иная хозяйственная деятельность предприятия (филиала) ответчика;
- исполнено или должно быть полностью или частично исполнено обязательство из договора, являющееся предметом спора;
- имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда;
- имеет постоянное место жительства или место нахождения истец по иску о защите деловой репутации;
- находится контрагент-поставщик, подрядчик или оказывающий услуги (выполняющий работы) и спор касается заключения, изменения и расторжения договоров.

Компетентные суды государств — участников СНГ рассматривают дела и в других случаях, если об этом имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этому суду. При наличии такого соглашения суд другого государства — участника Содружества прекращает производство дел по заявлению ответчика, если такое заявление сделано до принятия решения по делу.

Соглашением сторон, однако, не может быть изменена исключительная компетенция судов его государств-участников. Так, в соответствии с п. 3 ст. 4 Киевского соглашения 1992 г. иски о праве собственности на недвижимое имущество должны рассматриваться исключительно судом государства, на территории которого находится имущество. А п. 4 этой же статьи устанавливает, что «дела о признании недействительными полностью или частично не имеющих нормативного характера актов государственных и иных органов, а также о возмещении убытков, причиненных хозяйствующим субъектам такими актами или возникших вследствие ненадлежащего исполнения указанными органами своих обязанностей по отношению к хозяйствующим субъектам, рассматриваются исключительно судом по месту нахождения указанного органа».

На практике в России и других странах СНГ возникла проблема соотношения юрисдикции государственных (прежде всего арбитражных и хозяйственных) и третейских судов в случаях, когда при наличии арбитражной оговорки в контракте истец обращается не в третейский суд, а в государственный арбитражный суд. Российское арбитражное процессуальное законодательство, например, предусматривает, что иск в таком случае остается без рассмотрения, если возможность обращения к третейскому суду не утрачена и если ответчик, возражающий против рассмотрения дела в арбитражном суде, не позднее своего первого заявления по существу спора заявит ходатайство о передаче спора на разрешение третейского суда. Это положение соответствует ст. VI Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже от 21 апреля 1961 г. Как отмечалось в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июня 1999 г., арбитражный суд может принять иск к рассмотрению и в случае наличия во внешнеэкономическом контракте третейской записи, если сочтет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г.). В случае если спор возник из правоотношений, которые не относятся к компетенции третейских судов, арбитражный суд при наличии третейской записи во внешнеэкономическом контракте вправе принять иск

к рассмотрению (п. «с» ч. 2 ст. VI Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г.). На основании материалов практики можно перечислить некоторые конкретные спорные ситуации, которые приводили к тому, что признавалась юрисдикция государственного суда: название третейского суда в арбитражной оговорке не совпадало с его официальным наименованием; сторонами не было определено, в соответствии с какими правилами будет рассматриваться спор; распространение действия арбитражной оговорки на передачу прав; спорность определения гражданско-правовой природы отношений между сторонами и др.

4. В действующем российском законодательстве обращено также внимание на решение проблемы проведения параллельных процессов по одному и тому же спору между одними и теми же сторонами в разных странах (*lis alibi pendens*). В ст. 406 ГПК РФ предусмотрены следующие процессуальные последствия рассмотрения дел иностранным судом:

- суд в Российской Федерации отказывает в принятии искового заявления к производству или прекращает производство по делу, если имеется решение суда по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям, принятое иностранным судом государства, с которым имеется международный договор РФ, предусматривающий взаимное признание и исполнение решений суда;
- суд в Российской Федерации возвращает исковое заявление или оставляет заявление без рассмотрения, если в иностранном суде, решение которого подлежит признанию или исполнению на территории РФ, ранее было возбуждено дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям.

Несколько иначе решен вопрос о процессуальных последствиях рассмотрения иностранным судом дела по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям в АПК РФ.

В ст. 252 АПК РФ предусмотрено:

- арбитражный суд в Российской Федерации оставляет иск без рассмотрения, если в производстве иностранного суда находится на рассмотрении дело по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, при условии, что

рассмотрение данного дела не относится к исключительной компетенции арбитражного суда в Российской Федерации;

- арбитражный суд в Российской Федерации прекращает производство по делу, если имеется вступившее в законную силу решение иностранного суда, принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, при условии, что рассмотрение данного дела не относится к исключительной компетенции арбитражного суда в Российской Федерации или указанное решение не подлежит признанию и приведению в исполнение в соответствии со ст. 244 Кодекса.

### **Доступ к правосудию и гражданские процессуальные права иностранных лиц**

1. В соответствии с положениями Конституции РФ о гарантиях судебной защиты прав и свобод (ст. 46) и о предоставлении национального режима иностранным гражданам и лицам без гражданства (ст. 62), а также ст. 4 Закона о правовом положении иностранных граждан 2002 г. иностранцы пользуются в России свободным доступом к суду.

Согласно ст. 398 ГПК РФ «иностранные граждане, лица без гражданства, иностранные организации, международные организации имеют право обращаться в суды в Российской Федерации для защиты своих нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов».

Аналогичные правила закрепляются в арбитражном процессуальном законодательстве, которое устанавливает, что иностранные и международные организации, иностранные граждане и лица без гражданства, осуществляющие предпринимательскую деятельность, имеют право обращаться в арбитражные суды России для защиты своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов. Иностранцы пользуются процессуальными правами и выполняют процессуальные обязанности наравне с российскими гражданами и организациями. При этом закон не связывает предоставление иностранцам национального режима в области гражданского судопроизводства с их проживанием в России. Эти правила

российского законодательства полностью соответствуют положениям ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. о свободном доступе в суды. Согласно этой статье, каждый имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей на справедливое публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона.

В отношении стран ЕС это было предусмотрено Соглашением о партнерстве и сотрудничестве 1994 г. Пункт 1 ст. 98 этого Соглашения гласит: «В рамках настоящего Соглашения каждая Сторона обязуется обеспечить свободный от дискриминации по сравнению с собственными лицами доступ физических и юридических лиц другой Стороны в компетентные суды и административные органы Сторон для защиты их индивидуальных прав и прав собственности, включая те из них, которые касаются интеллектуальной собственности».

В соответствии с ч. 4 ст. 398 ГПК РФ Правительством РФ могут быть установлены ответные ограничения в отношении иностранных лиц тех государств, в судах которых допускаются ограничения процессуальных прав российских граждан и организаций. В российском законодательстве в отличие от законодательства ряда государств не установлена возможность взимания с иностранцев специального судебного залога (так называемого *cautio judicatum solvi*) при предъявлении иска в суде. Этот денежный залог взимается в обеспечение судебных расходов, которые может понести ответчик в случае, если истцу будет отказано в иске.

Во всех других государствах СНГ также не предусмотрено взимание с истцов-иностранцев судебного залога. Из этого же исходят многосторонние соглашения стран СНГ.

Иначе решен вопрос о судебном залоге в Законе Грузии о международном частном праве 1998 г. Согласно ст. 58 этого Закона по требованию ответчика истцы-иностранцы и иностранные юридические лица, место жительства или место нахождения которых находится за пределами Грузии, должны предоставить гарантии возмещения судебных расходов. Однако согласно этой же статье гарантии не требуется, если в соответствующем государстве не требуется предоставления

гарантии от физических и юридических лиц Грузии или если ответчик не может обосновать свое требование.

Для реализации права на доступ к правосудию в России существенным является освобождение иностранцев от уплаты судебных расходов, предоставление им иных процессуальных льгот (отсрочки, рассрочки несения таких расходов) в связи с тем, что расходы на проведение процесса возросли. Иностранным участникам процесса процессуальные льготы предоставляются только в том случае, если это прямо предусмотрено двусторонними или многосторонними договорами о правовой помощи. Это означает, в частности, что участникам процесса из стран СНГ должны предоставляться все процессуальные льготы на тех же условиях, что и собственным гражданам (ст. 2 Минской конвенции 1993 г. и ст. 2 Кишиневской конвенции 2002 г.). Договоры России с другими странами содержат специальные правила о взаимном свободном доступе граждан и организаций договаривающихся сторон в суд.

Так, согласно ст. 11 Соглашения между Россией и Великобританией об экономическом сотрудничестве от 9 ноября 1992 г. юридическим и физическим лицам каждой из стран будет предоставляться национальный режим в отношении доступа и в любые суды, и в административные органы на территории другой страны «в связи с торговыми сделками». В соответствии с этим от российских граждан за границей и иностранных граждан в России не будут требоваться никакие залоги. Как известно, в соответствии с законодательством доступ в российские суды открыт для всех иностранцев и без договора, а включение таких правил в торговые и другие международные договоры необходимо для обеспечения российским организациям и гражданам свободного доступа в иностранные суды.

Освобождение от судебного залога (или иного обеспечения в какой бы то ни было форме) истца на основании того, что он является иностранцем или не имеет постоянного или временного места жительства в данной стране, предусмотрено также в Конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. (см. гл. 2 учебника).

Приведем пример из судебной практики ФРГ (решение Земельного суда Гамбурга от 7 декабря 1992 г.).



Российская организация как истец предъявила ответчику иск о выплате определенной суммы и неустойки на основании того, что ответчик поставил иной товар, чем это было предусмотрено в договоре. Ответчик в качестве первоначального возражения выдвинул тезис о том, что истец не произвел надлежащее обеспечение судебных расходов. В решении суда было сказано следующее: «Возражение в отношении отсутствия обеспечения не обосновано. Суд исходит из того, что по российскому законодательству немецкий гражданин в аналогичном случае будет освобожден в России от уплаты судебного залога. Советский Союз присоединился 26 июля 1967 г. к Гаагской конвенции по международному гражданскому процессу. Эта конвенция освобождает от уплаты судебного залога гражданина одного государства-участника, имеющего в таком государстве свое местожительство и выступающего в суде другого государства-участника в качестве истца». Далее в решении отмечалось, что, хотя Советского Союза больше не существует, Россия в качестве его «продолжателя» приняла на себя обязательства по его международным договорам. При этом в отношении правопреемства России по международным договорам СССР суд сослался на соответствующую публикацию на эту тему на немецком языке профессора В. Зайфферта. В письме Генерального консульства РФ от 23 ноября 1992 г. было подтверждено, что Российская Федерация является правопреемником Советского Союза по Конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. Все договоры о правовой помощи, заключенные с другими государствами, устанавливают, что граждане одного государства пользуются на территории другого государства в отношении своих личных и имущественных прав такой же защитой, как и собственные граждане. Им предоставлено право свободно и беспрепятственно обращаться в суды, прокуратуру, нотариальные конторы и иные учреждения юстиции другого государства. Они могут возбуждать ходатайства и предъявлять иски на равных основаниях с отечественными гражданами. Им предоставляются одинаковые с отечественными гражданами процессуальные права, и они не должны вносить какой-либо залог при предъявлении иска.

Такие правила предусмотрены, в частности, в Конвенции между СССР и Италией о правовой помощи по гражданским делам 1979 г., в договорах о правовой помощи с Финляндией 1978 г., Грецией 1981 г., Алжиром 1982 г., Сирией 1984 г., Тунисом 1984 г., Кипром 1984 г., Литвой 1992 г., Эстонией 1993 г., Аргентиной 2000 г.

Положения этих договоров применяются соответственно и к учрежденным на территории договаривающихся сторон в соответствии с их законодательством юридическим лицам, а также к другим организациям, пользующимся процессуальной правоспособностью.

Иностранец, являясь стороной в процессе, пользуется в российском суде всеми процессуальными правами наравне с российскими гражданами. Это правило действует в отношении как судов общей юрисдикции, так и судебных арбитражных органов. Согласно АПК РФ, иностранные лица пользуются процессуальными правами и выполняют процессуальные обязанности наравне с организациями и гражданами России.

В то же время положение о свободном доступе в суды, предусмотренное в российском законодательстве и в международных договорах, не может пониматься расширительно. Так, предоставление такого права, предусмотренное международным договором (например, тем же Соглашением с Великобританией об экономическом сотрудничестве 1992 г. или же Соглашением о партнерстве и сотрудничестве 1994 г.), не может пониматься как обязанность России признавать и исполнять решения соответствующих иностранных судов, поскольку в этих соглашениях это не предусмотрено.

2. Гражданская процессуальная правоспособность и дееспособность иностранных граждан, лиц без гражданства определяются их личным законом.

Личным законом иностранного гражданина является право страны, гражданство которой гражданин имеет. В случае если гражданин наряду с гражданством РФ имеет и иностранное гражданство, его личным законом считается российское право. При наличии у гражданина нескольких иностранных гражданств его личным законом считается право страны, в которой гражданин имеет место жительства. В случае если

иностранный гражданин имеет место жительства в Российской Федерации, его личным законом считается российское право. Личным законом лица без гражданства считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства.

Лицо, не являющееся на основе личного закона процессуально дееспособным, может быть на территории РФ признано процессуально дееспособным, если оно в соответствии с российским правом обладает процессуальной дееспособностью (ст. 398, 399 ГПК РФ).

Особенностью ГПК РФ является введение правил о процессуальной правоспособности иностранной организации и международной организации (ст. 400). Согласно этим правилам личным законом иностранной организации считается право страны, в которой организация учреждена. На основе личного закона иностранной организации определяется ее процессуальная правоспособность.

Иностранная организация, не обладающая в соответствии с личным законом процессуальной правоспособностью, может быть на территории РФ признана правоспособной в соответствии с российским правом. Процессуальная правоспособность международной организации устанавливается на основе международного договора, в соответствии с которым она создана, ее учредительных документов или соглашения с компетентным органом РФ.

Как уже отмечалось в гл. 4, приведенные правила процессуального законодательства соответствуют общим правилам о правоспособности и дееспособности иностранных граждан и иностранных организаций, установленным частью третьей ГК РФ.

3. Иностранец может вести дела в суде лично или через представителя. В силу того, что в российском праве нет института обязательного судебного представительства, представителями иностранных граждан в суде могут быть любые российские или зарубежные граждане, которые имеют надлежащим образом оформленную доверенность.

Действующим российским законодательством возможность участия в рассмотрении споров в судах в качестве представителей иностранных адвокатов в определенной степени ограничена Федеральным законом от 31 мая 2002 г. «Об адвокатской

деятельности и адвокатуры в Российской Федерации». Во-первых, выступать в суде может не любой адвокат иностранного государства, а только тот, который зарегистрирован в специальном реестре, порядок ведения которого определяется уполномоченным федеральным органом исполнительной власти (п. 6 ст. 2 Закона). Во-вторых, такие адвокаты не допускаются к оказанию юридической помощи на территории РФ по вопросам, связанным с государственной тайной РФ. В-третьих, адвокаты иностранных государств могут оказывать юридическую помощь на территории РФ по вопросам права данного иностранного государства (п. 5 ст. 2 Закона). Последнее правило следует толковать ограничительно, поскольку в соответствии с международной деловой практикой нельзя запретить представительствам или филиалам иностранных адвокатских фирм в России давать консультации иностранным лицам по вопросам российского права при подготовке ими проектов контрактов с российскими организациями или же при подготовке заключений по российскому праву для представления в суды или в международные коммерческие арбитражные суды.

Иностранные адвокаты, осуществляющие адвокатскую деятельность на территории РФ, регистрируются федеральным органом исполнительной власти в области юстиции в специальном реестре. Без регистрации в указанном реестре осуществление адвокатской деятельности адвокатами иностранных государств на территории РФ запрещается. Положение о таком реестре было утверждено постановлением Правительства РФ от 19 сентября 2003 г. Изменения в Положение были внесены постановлением Правительства РФ от 8 декабря 2008 г. В настоящее время имеется приказ Минюста России от 31 июля 2012 г. «Об утверждении Административного регламента предоставления Министерством юстиции Российской Федерации государственной услуги по ведению реестра адвокатов иностранных государств, осуществляющих адвокатскую деятельность на территории Российской Федерации». Данный документ вступает в силу с даты признания утратившим силу постановления Правительства РФ от 19 сентября 2003 г.

Что же касается адвокатской деятельности российских адвокатов в иностранных государствах, Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» предусматривает для них возможность представлять интересы доверителя в органах государственной власти, судах и правоохранительных органах иностранных государств, международных судебных органах, негосударственных органах иностранных государств, если иное не установлено законодательством иностранных государств, уставными документами международных судебных органов и иных международных организаций или международными договорами РФ.

В некоторых государствах иностранные адвокаты допускаются к участию в судебном процессе. В частности, в США в одном из решений Верховного суда было признано противоречащим Конституции требование наличия американского гражданства как условия для допуска адвоката в качестве представителя стороны в суде. В ряде штатов США для принятия в адвокатскую корпорацию требуется только сдача определенного экзамена, к которому допускаются лица, получившие юридическое образование в США или в ином государстве англо-американской системы права (системы «общего права» — common law).

В рамках ЕС были приняты три директивы, направленные на обеспечение возможности для адвокатов стран ЕС выступать в судах всех государств-членов. В ФРГ, например, для реализации этих трех директив в 2000 г. был принят Закон о деятельности европейских адвокатов в Германии.

Практика показала, что даже при отсутствии запретов или ограничений ведение дел по защите имущественных интересов российских лиц, в том числе и российского государства, целесообразно поручать адвокатам страны суда, в котором такое дело рассматривается.

Любой адвокат любой страны может быть представителем стороны при рассмотрении дел в третейских судах (арбитражах). Например, в МКАС стороны могут вести дела непосредственно или через должным образом уполномоченных представителей,

назначаемых сторонами по своему усмотрению, в том числе из числа иностранных граждан и организаций.

В качестве представителей иностранных граждан могут выступать консулы. В соответствии с правилами ряда консульских конвенций, заключенных с иностранными государствами, консул в силу своего официального положения может представлять граждан страны, его назначившей, как перед судами, так и перед другими органами власти консульского округа.

Согласно Консульской конвенции между СССР и США консул имеет право «представлять интересы гражданина представляемого государства в отношении имущества, находящегося в государстве пребывания, при условии, что такой гражданин не представлен иным образом, при условии, однако, что никто при этом не уполномочивает консульское должностное лицо действовать в качестве адвоката» (ст. 10).

Для признания полномочий консула доверенности представляемого не требуется. Такое правило содержится в консульских конвенциях, заключенных нашей страной с Австрией, Болгарией, Вьетнамом, КНДР, КНР, Польшей, Румынией, ФРГ и другими странами.

Консульские конвенции, заключенные с Великобританией, Италией, США, Швецией, Японией, предусматривают в общей форме право консулов оказывать своим гражданам юридическую помощь и содействие.

### **Процессуальное положение иностранного государства**

1. Основной процессуальный вопрос, который должен решить суд любой страны в случае предъявления иска к иностранному государству, — это вопрос о том, может ли он вообще рассматривать иск к государству. Иными словами, суд должен решить, пользуется государство, к которому предъявляется иск, судебным иммунитетом или нет. Если суд признает, что государство иммунитетом не пользуется, иск может быть принят к рассмотрению. Как уже отмечалось в гл. 6 настоящего учебника,

иностранное государство обладает судебным иммунитетом. Под судебным иммунитетом понимается изъятие одного государства из-под юрисдикции другого государства. Иностранное государство не может быть привлечено к суду в качестве ответчика без его согласия. Основанием для этого правила являются принцип суверенитета и принцип суверенного равенства государств. Судебный иммунитет государства в широком смысле включает: а) судебный иммунитет в узком смысле слова, т.е. саму неподсудность одного государства суду другого; б) иммунитет от предварительного обеспечения иска; в) иммунитет от принудительного исполнения судебного решения.

В каждом государстве действует определенная процедура рассмотрения ходатайств иностранных государств, их органов и представителей (как правило, местных адвокатов) о признании судебного иммунитета этих государств в случае предъявления к ним исков. В США имеется значительная практика рассмотрения дел такого рода, в том числе и по искам к СССР и Российской Федерации, причем эта практика не оставалась неизменной. В первые послевоенные годы в случае предъявления иска к иностранному государству посольство этого государства в США, получив соответствующее извещение от суда, направляло в ведомство по иностранным делам США — в Государственный департамент США ноту, в которой ставился вопрос о недопустимости предъявления иска, наложения ареста на имущество (на счета в банках, например), принудительного исполнения решения, иными словами, в отношении всех видов юрисдикционного иммунитета иностранных государств. Если Государственный департамент соглашался с требованием иностранного государства, то обычно через прокурора США направлялось соответствующее представление в суд, в который предъявлялся иск или который принимал соответствующие меры по обеспечению иска либо исполнению решения. Особое внимание следует обратить на то, что в соответствии с принятым в 1976 г. в США Законом об иммунитете иностранных государств был изменен порядок рассмотрения заявления иностранных государств о признании их иммунитета. Согласно Закону 1976 г. заявление об иммунитете должно быть сделано в суде.

Государственный департамент может участвовать в процессе от имени Правительства США, если суд, по его мнению, неправильно толкует закон. Таким образом, центр тяжести был перенесен на рассмотрение вопроса об иммунитете в суды, что, естественно, требует участия представителя иностранного государства в процессе при рассмотрении ходатайства государства о признании иммунитета. В подобных случаях предъявления исков к российскому государству и его органам рекомендуется выдавать доверенности американским адвокатам на выступление в суде, оговаривая во всех материалах, что участие в судебном разбирательстве представителя Российской Федерации не означает согласия на юрисдикцию судов США и не может рассматриваться как отказ от иммунитета.

В Великобритании заявление об иммунитете может быть сделано в суде непосредственно представителем иностранного государства. Суд вправе обратиться по этому вопросу в Министерство иностранных дел, причем полученные от него сведения для суда обязательны.

Во Франции и в ряде других стран заявление об иммунитете делается в соответствии с правилами гражданского процессуального законодательства. В деле по искам И. Щукиной и И. Коновалова (см. гл. 6 учебника) заявление Российской Федерации об иммунитете было сделано и путем направления ноты посольства РФ во Франции в Министерство иностранных дел Франции, и во время судебного заседания.

При постановке в суде вопроса об иммунитете учитывается практика, сложившаяся в том государстве, где предъявлен иск или наложен арест. Как уже отмечалось в гл. 6, современная практика государств в этом вопросе неоднородна. Суды Австрии, Великобритании, Италии, США, ФРГ, Швейцарии и ряда других стран предоставляют иммунитет лишь в тех случаях, когда речь идет о действиях государства публично-правового характера.

Принцип иммунитета не следует понимать как «отказ в правосудии». Иск к государству может быть предъявлен в его собственных судах, а в судах другой страны — лишь с его согласия. Если же такого согласия не было, истец может обратиться к



своему государству, для того чтобы оно вступило в дипломатические переговоры с иностранным государством.

Особое значение в современных условиях имеет предоставление возможности предъявления иска гражданином или юридическим лицом к своему государству в Европейском Суде по правам человека в Страсбурге. Поскольку Россия является членом Совета Европы, такая возможность не только имеется, но и используется российскими гражданами. В отношении предъявления исков к государству по инвестиционным спорам действует особая система, установленная как двусторонними, так и многосторонними соглашениями (см. § 5 гл. 19 учебника).

Вопрос о предъявлении иска к государству в международной деловой практике в случае заключения контракта с государством или его органом часто решается путем включения в контракт арбитражной оговорки. Она означает согласие государства на рассмотрение иска к нему в третейском суде (международном коммерческом арбитражном суде). Согласие государства на рассмотрение его спора в арбитраже не должно толковаться таким образом, что государство отказывается и от иммунитета от обеспечения иска, и от иммунитета от принудительного исполнения, поскольку это самостоятельные виды иммунитета. Наличие арбитражной оговорки в отношении подчинения государства юрисдикции общих судов должно пониматься таким образом, что оно дает согласие на рассмотрение в таких судах лишь вопросов о действительности, толковании или применении арбитражного соглашения, арбитражной процедуры либо подтверждения или отмены решения арбитража, если соответствующий суд обладает компетенцией на рассмотрение вопросов такого рода. Такой вывод основан на ст. 17 Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г.

Таким образом, претензии к государству возможны, но они должны рассматриваться в соответствии с нормами международного права, а также в соответствии с предусмотренными в таких случаях условиями рассмотрения споров.

Другим процессуальным вопросом, касающимся государства как стороны в процессе, является вопрос о возможности предъявления иностранным государством иска в суде

другой страны. В международной практике признается право государства на предъявление иска в другой стране. Международные организации также обладают правом предъявлять иск. В консультативном заключении Международного суда ООН еще в 1949 г. было подтверждено, что ООН может обращаться в национальные суды государств с любыми исками гражданско-правового характера.

В случае если государство предъявляет в суде другого государства встречный иск, то это рассматривается как согласие на юрисдикцию суда, в который был подан иск к государству. Встречный иск — это иск, возбуждаемый ответчиком в ответ на первоначальный (основной) иск в иностранном суде. Государство, предъявившее встречный иск, не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции этого суда в отношении основного иска.

2. В России основным органом, осуществляющим правосудие в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, являются государственные арбитражные суды. В соответствии с АПК РФ в этих судах могут предъявляться иски к иностранным государствам без их согласия, если эти государства осуществляли коммерческую (торговую) деятельность не в качестве носителя власти, т.е. в этих случаях государство не будет пользоваться иммунитетом. Такой вывод можно, как представляется, сделать исходя из текста ст. 251 АПК РФ. В ч. 1 этой статьи предусмотрено, что иностранное государство, выступающее в качестве носителя власти, обладает судебным иммунитетом по отношению к предъявленному к нему иску в арбитражном суде Российской Федерации, привлечению его к участию в деле в качестве третьего лица, наложению ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории РФ, и принятию по отношению к нему судом мер по обеспечению иска и имущественных интересов. Обращение взыскания на это имущество в порядке принудительного исполнения судебного акта арбитражного суда допускается только с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено международным договором РФ или федеральным законом.

Следует обратить внимание и на то, что в ст. 251 АПК РФ в отношении обращения взыскания на имущество иностранного государства в порядке принудительного исполнения судебного акта арбитражного суда не упоминается о том, что речь идет об имуществе государства, выступающего в качестве носителя власти, что вызвало неоднозначные толкования в литературе.

В России пока не принят специальный закон об иммунитете иностранного государства и его собственности, определяющий, в каких случаях государство должно рассматриваться как выступающее в качестве носителя власти, а в каких — как обычный субъект гражданского права, на который правило об иммунитете, предусмотренное ст. 251 АПК РФ, не должно распространяться. Однако проект федерального закона «О юрисдикционном иммунитете иностранного государства и его собственности» был разработан.

Таким образом, в отношении регулирования судебного иммунитета можно говорить об определенных сдвигах, отражающих прежде всего договорную практику. В отношении же отдельных категорий государственного имущества (морских судов) следует говорить о полном переходе с позиций абсолютного иммунитета к непредоставлению иммунитета.

Правила, установленные КТМ РФ, за исключением случаев, прямо в нем предусмотренных, не распространяются на военные корабли, военно-вспомогательные суда и другие суда, находящиеся в собственности государства или эксплуатируемые им и используемые только для правительственной некоммерческой службы; некоммерческие грузы, находящиеся в собственности государства.

В случаях если в КТМ РФ предусмотрено, что установленные им правила распространяются на суда и грузы, указанные выше, такие правила не должны использоваться в качестве оснований для изъятия, ареста и задержания таких судов и грузов (п. 2 ст. 3).

Согласно ГПК РФ, продолжает действовать принцип абсолютного иммунитета иностранного государства без каких-либо изъятий или оговорок. Приведем текст ч. 1 ст. 401 ГПК РФ: «Предъявление в суде в Российской Федерации иска к иностранному

государству, привлечение иностранного государства к участию в деле в качестве ответчика или третьего лица, наложение ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории Российской Федерации, и принятие по отношению к этому имуществу иных мер по обеспечению иска, обращение взыскания на это имущество в порядке исполнения решений суда допускаются только с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации или федеральным законом».

Таким образом, только само иностранное государство может установить, в каком порядке оно может отказаться от принадлежащего ему права на иммунитет.

3. Специального рассмотрения требует отражение в законодательстве России вопросов иммунитета международных организаций. Таким иммунитетом могут обладать лишь межгосударственные (межправительственные) организации. Их иммунитет является производным от иммунитета государств-членов. В учредительных документах этих организаций, и прежде всего в уставах, закреплён сам принцип наличия иммунитета, в то время как содержание иммунитета раскрывается в соглашениях со страной пребывания штаб-квартиры такой организации. Так, в Соглашение между Правительством РФ и Организацией экономического сотрудничества и развития о привилегиях и иммунитетах Организации в Российской Федерации от 8 июня 1994 г. включены статьи о судебном процессуальном иммунитете, неприкосновенности имущества, неприкосновенности помещений, неприкосновенности архивов (ст. 4—7). Наименование статей даёт определенное представление об их содержании.

Согласно внутренним правилам международных организаций правом отказа от иммунитетов обладают высшие должностные лица международной организации, прежде всего ее генеральный секретарь (директор), который может передать это право согласно особой доверенности иным лицам.

И в ГПК РФ, и в АПК РФ имеется специальное правило об иммунитете международных организаций. Так, согласно ч. 2 ст. 251 АПК РФ «судебный

иммунитет международных организаций определяется международным договором Российской Федерации и федеральным законом».

Отказ от судебного иммунитета должен быть произведен в порядке, предусмотренном законом иностранного государства или правилами международной организации. В этом случае арбитражный суд рассматривает дело в порядке, установленном ч. 3 ст. 251 АПК РФ.

Установление такого правила коллизионного характера имеет принципиальное значение, и оно может применяться и при рассмотрении аналогичного вопроса в судах общей юрисдикции.

Приведем пример из практики арбитражного суда Свердловской области. В этом суде в 1999 г. был предъявлен иск открытым акционерным обществом к двум ответчикам, одним из которых была международная организация — Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР).

ЕБРР заявил ходатайство о прекращении производства по делу в связи с наличием у него судебного иммунитета.

Это ходатайство было удовлетворено. В определении суда от 7 декабря 1999 г. говорилось, что в соответствии со ст. 213 АПК РФ 1995 г. судебный иммунитет международных организаций определяется федеральными законами и международными договорами РФ.

Европейский банк реконструкции и развития согласно международному договору — Соглашению об учреждении ЕБРР является международной организацией. В соответствии с разд. 6 ст. IV Соглашения между Правительством РФ и ЕБРР о постоянном представительстве ЕБРР банк обладает судебным иммунитетом, за исключением случаев, когда банк заявляет об отказе от такого иммунитета.

Поскольку в данном случае ЕБРР не заявил об отказе ответчика, в соответствии со ст. 213 АПК РФ 1995 г. иск не подлежит рассмотрению в государственном арбитражном суде РФ.

Согласно ст. 55 Соглашения об учреждении ЕБРР отказ от любых иммунитетов ЕБРР, в том числе судебного, допускается только с согласия

Совета директоров ЕБРР.

Как отмечалось в литературе (В. В. Ярков), в данном деле учитывались и одновременно были применены как общие (необходимость наличия в процессе двух сторон), так и специальные нормы (положения о судебном иммунитете) арбитражного процессуального законодательства.

4. В особом положении находятся также персонал дипломатических и консульских представительств и сотрудники международных организации. Положение о дипломатических и консульских представительствах иностранных государств на территории СССР, утвержденное Указом Президиума Верховного Совета СССР от 23 мая 1966 г., предусматривает, в частности, что глава дипломатического представительства, члены дипломатического персонала, консульские должностные лица пользуются иммунитетом от гражданской (а также уголовной и административной) юрисдикции. В то же время «иммунитет от гражданской юрисдикции не распространяется на случаи, когда глава дипломатического представительства и члены дипломатического персонала представительства вступают в гражданско-правовые отношения как частные лица в связи с исками о принадлежащих им строениях на территории СССР, наследовании или деятельностью, осуществляемой ими за пределами официальных функций» (ст. 13). Консульские должностные лица пользуются иммунитетом от гражданской юрисдикции в том, что касается их служебной деятельности, но это, однако, не распространяется на иски о возмещении вреда, причиненного дорожно-транспортным происшествием (ст. 25).

Венская конвенция о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 г., участницей которой является Россия, устанавливает, что дипломатический иммунитет не распространяется на случаи:

- вещных исков, относящихся к частному недвижимому имуществу, находящемуся на территории государства пребывания, если только дипломатический агент не владеет им от имени аккредитуемого государства для целей представительства;

- исков, касающихся наследования, в отношении которых дипломатический агент выступает в качестве исполнителя завещания, попечителя над наследственным имуществом, наследника или отказополучателя как частное лицо, а не от имени аккредитуемого государства;
- исков, относящихся к любой профессиональной или коммерческой деятельности, осуществляемой дипломатическим агентом в государстве пребывания за пределами своих официальных функций (ст. 31).

Таким образом, дипломатические представители подлежат юрисдикции российского суда по гражданским делам лишь в пределах, определяемых нормами международного права или соглашениями с соответствующими государствами. В то же время, если в иностранном государстве не будет обеспечена такая же судебная неприкосновенность, какая обеспечивается представителям иностранных государств в России, по отношению к представителям такого государства возможно применение ответных мер.

Согласно ГПК РФ аккредитованные в Российской Федерации дипломатические представители иностранных государств, другие лица, указанные в международных договорах РФ или федеральных законах, подлежат юрисдикции судов в Российской Федерации по гражданским делам в пределах, определенных общепризнанными принципами и нормами международного права или международными договорами РФ (ч. 3 ст. 401).

Вопрос о том, кто может представлять государство в иностранном суде, определяется обычно законодательством государства, которое выступает в качестве истца или ответчика в иностранном суде. В России действует постановление Правительства РФ от 1 июня 2004 г. «О Регламенте Правительства Российской Федерации и Положении об Аппарате Правительства Российской Федерации». В соответствии с п. 118 Регламента в случае предъявления в суд общей юрисдикции и в арбитражный суд (кроме Верховного Суда РФ) исковых или иных требований к Правительству представление интересов Правительства в суде осуществляют без дополнительного поручения федеральные министерства, иные федеральные органы исполнительной

власти, руководство деятельностью которых осуществляет Президент РФ или Правительство, на основании направленных им Аппаратом Правительства документов, поступивших в Правительство, а также сотрудники Аппарата Правительства по доверенности. В случае предъявления в суд общей юрисдикции или арбитражный суд исковых или иных требований к Аппарату Правительства представление интересов Аппарата Правительства в суде (кроме Верховного Суда РФ) осуществляют сотрудники Аппарата Правительства. Хотя в этом акте имеются в виду случаи предъявления к Правительству исков в российских судах, на практике это постановление по аналогии распространяется и на случаи предъявления исков в судах и за рубежом (как в государственных, так и в третейских судах).

### **Порядок установления содержания норм иностранного права и последствия неправильного применения этих норм**

1. Наряду со ст. 1191 ГК РФ аналогичные положения по вопросам применения норм иностранного права содержатся в ГПК РФ и АПК РФ. Согласно ГПК РФ, суд при разрешении дел в соответствии с федеральным законом или международным договором «применяет нормы иностранного права» (ч. 5 ст. 11). Более развернутое правило по этому вопросу содержится в ч. 5 ст. 13 АПК РФ, где говорится, что нормы иностранного права применяются, во-первых, в соответствии с международным договором, во-вторых, федеральным законом, в-третьих, соглашением сторон, заключенным в соответствии с международным договором или законом.

Таким образом, иностранное право должно применяться судом так, как оно применяется в стране, где это право действует.

Суд применяет не только иностранные законы, но и обычаи, и судебную практику иностранных государств в тех пределах, в каких они признаются источниками права в этих государствах.

Согласно положениям действующего российского законодательства при применении норм иностранного права суд устанавливает содержание этих норм в соответствии с



их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.

В целях установления содержания норм иностранного права суд может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением в Министерство юстиции РФ и к иным компетентным органам или организациям в Российской Федерации и за границей либо привлечь экспертов.

Функции по обмену правовой информацией с иностранными государствами Министерства юстиции РФ предусмотрены Положением об этом министерстве, утвержденным Указом Президента РФ от 13 октября 2004 г. Под иными компетентными органами обычно понимается Министерство иностранных дел РФ, российские консульства в иностранных государствах. В судебной практике других государств широко применяется обращение к экспертам, прежде всего тех стран, о применении права которых идет речь. Чаще всего заинтересованные стороны представляют подробные заключения о соответствующих нормах иностранного права.

Возможность привлечения экспертов, установленная нашим законодательством, отражает специфику применения именно иностранного права, поскольку для установления содержания российского права экспертиза не назначается (судья обязан знать нормы российского права). Согласно правилам российского законодательства лица, участвующие в деле, могут представлять документы, подтверждающие содержание норм иностранного права, на которые они ссылаются в обоснование своих требований или возражений, и иным образом содействовать суду в установлении содержания этих норм.

По требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской и иной экономической деятельности, обязанность доказывания содержания норм иностранного права может быть возложена судом на стороны (ст. 1191 ГК РФ, ст. 14 АПК РФ). Это означает, что суд может обязать стороны представить текст иностранного закона, данные о его толковании в соответствующем государстве и т. п. Как отмечалось в литературе, законодательство практически не ограничивает суд

и других участников судебного процесса в выборе легальных источников и способов установления содержания норм иностранного права (Ю. А. Тимохов). Приведем такой пример.

Предметом рассмотрения Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ (определение Верховного Суда РФ по делу № 74-Г02-15 от 7 мая 2002 г.) явилась частная жалоба «М. У.М. Уорлд Энтерпрайзис Пти. Лимитед» (Австралия) на определение Верховного суда Республики Саха (Якутия) от 20 февраля 2002 г. по делу по заявлению «М.У.М. Уорлд Энтерпрайзис Пти. Лимитед» (Австралия) о признании и принудительном исполнении решения МКАС. В ходе указанного судебного разбирательства Верховный Суд РФ установил содержание понятия «дерегистрация юридического лица» по законодательству Австралии. При этом суд сослался на нормативные акты Австралии и заключение юридической фирмы «Бейкер и Макензи» (Австралия). В итоге суд пришел к выводу, что заявитель как юридическое лицо ликвидирован, и производство по делу было обоснованно прекращено Верховным судом Республики Саха (Якутия).

Говоря об установлении содержания иностранного права, следует также обратить внимание на то, что Россия участвует в ряде международных договоров, содержащих правила о взаимном предоставлении информации о праве.

Важную роль для практики применения права иностранных государств в разных областях международного частного права призвана сыграть Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства. Для России действует с 13 мая 1991 г.

Механизм получения информации об иностранном праве, которую могут использовать только суды, состоит в следующем: в государствах-участниках назначаются национальные органы, в обязанности которых входит выполнение функций, связанных с обменом такой информацией. Каждое из государств-участников должно сообщить Генеральному секретарю Совета Европы название и адрес соответствующих органов. Таким органом в России является Министерство юстиции РФ.

Кроме России в названной Конвенции участвуют еще 42 государства: Австрия, Азербайджан, Албания, Белоруссия, Бельгия, Болгария, Великобритания, Венгрия, Германия, Греция, Грузия, Дания, Исландия, Испания, Италия, Кипр, Коста-Рика, Латвия, Литва, Лихтенштейн, Люксембург, Македония, Мальта, Мексика, Молдавия, Нидерланды, Норвегия, Польша, Португалия, Румыния, Сербия, Словакия, Словения, Турция, Украина, Финляндия, Франция, Чехия, Швейцария, Швеция, Эстония, Югославия. Информация передается безвозмездно. Следует обратить внимание на то, что согласно ст. 8 Конвенции полученная судом информация не является для суда обязательной.

В ЕС действует Регламент № 1348/2000 от 29 мая 2000 г. о предоставлении судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам в государствах — членах ЕС, а также Регламент № 1206/2001 от 28 мая 2001 г. о сотрудничестве судов государств — членов ЕС в области получения доказательств по гражданским и судебным делам.

В Минской конвенции 1993 г. и Кишиневской конвенции 2002 г. содержится договоренность об обмене информацией между центральными учреждениями юстиции сторон о действующем (действовавшем) на их территории внутреннем законодательстве и о практике его применения учреждениями юстиции.

Положение о взаимном предоставлении информации о праве содержится в двусторонних соглашениях о правовой помощи Российской Федерации со странами СНГ, а также с Латвией 1993 г., Литвой 1992 г., Эстонией 1992 г., Финляндией 1978 г., Грецией 1981 г., Аргентиной 2000 г. (в последнем договоре специально говорится об информации по вопросам международного частного права) и другими странами.

2. Нарушение или неправильное применение соответствующей материальной нормы иностранного закона влечет за собой отмену или изменение решения в кассационном порядке, поскольку одним из оснований для этого является нарушение или неправильное применение норм материального права (ч. 1 ст. 362 ГПК РФ), а также в порядке надзора, если основаниями для отмены являются существенные нарушения

норм материального права (ст. 377 ГПК РФ). В этих же случаях считаются нарушенными нормы материального права и в арбитражном процессе.

Если установить содержание иностранного права, несмотря на все попытки, в разумные сроки не удастся, суду приходится применять российское право.

В литературе (М. Г. Розенберг) отмечалась необходимость исходить из того, что применение в законе термина «разумные сроки» означает, что в отношении данной категории споров установлено исключение из правила о сроках рассмотрения дел и принятия решения судом первой инстанции (ст. 152 АПК РФ и ст. 154 ГПК РФ). Ясно, что невозможно уложиться в сроки, предусмотренные этими статьями (один месяц со дня вынесения определения государственного арбитражного суда о назначении дела к судебному разбирательству или соответственно два месяца со дня поступления заявления в суд общей юрисдикции), когда суду необходимо обращаться за содействием и разъяснением в соответствующие органы или организации в целях установления содержания норм иностранного права.

### **Выполнение судебных поручений и оказание иных видов правовой помощи**

1. Функции суда как органа власти каждого государства обычно ограничиваются пределами территории данного государства. Поэтому для осуществления процессуальных действий за рубежом суду одного государства необходимо обратиться за содействием к судебным органам другого государства (вручить повестку о вызове в суд, допросить свидетелей, проживающих за границей, собрать доказательства и совершить иное действие процессуального характера). Под судебным поручением в международной практике понимается обращение суда одного государства к суду другого государства с просьбой о производстве процессуальных действий на территории этого другого государства. Развитие международного сотрудничества привело к тому, что наряду с исполнением судебных поручений стало применяться более широкое понятие оказания правовой помощи, под которым в области международного частного права стало пониматься

не только исполнение судебных поручений, но и содействие в получении информации об иностранном праве, о чем говорилось в предыдущем параграфе.

В Российской Федерации процедура исполнения поручений иностранных судов и оказания других видов правовой помощи, равно как и порядок обращения судов России с поручениями к компетентным органам зарубежных государств, регулируется наряду с положениями указанных выше международных договоров нормами ГПК РФ и АПК РФ.

Согласно ст. 407 ГПК РФ суды в Российской Федерации исполняют переданные им в порядке, установленном международным договором РФ или федеральным законом, поручения иностранных судов о совершении отдельных процессуальных действий (вручение извещений и других документов, получение объяснений сторон, показаний свидетелей, заключений экспертов, осмотр на месте и др.).

Поручение иностранного суда о совершении отдельных процессуальных действий не подлежит исполнению, если исполнение поручения:

- может нанести ущерб суверенитету Российской Федерации или угрожает ее безопасности;
- не входит в компетенцию суда.

Исполнение поручений иностранных судов производится в порядке, установленном российским правом, если иное не предусмотрено международным договором РФ.

Суды в Российской Федерации могут обращаться в иностранные суды с поручениями о совершении отдельных процессуальных действий. Порядок сношений судов в Российской Федерации с иностранными судами определяется международным договором РФ или федеральным законом.

Арбитражное процессуальное законодательство определяет, что арбитражный суд исполняет переданные ему в порядке, установленном международным договором РФ или федеральным законом, поручения иностранных судов и компетентных органов иностранных государств по выполнению отдельных процессуальных действий (вручение повесток и других документов, получение письменных доказательств, производство экспертизы, осмотр на месте и др.).

Поручение иностранного суда или компетентного органа иностранного государства не подлежит исполнению, если:

- исполнение поручения нарушает основополагающие принципы российского права или иным образом противоречит публичному порядку Российской Федерации;
- исполнение поручения не относится к компетенции арбитражного суда в Российской Федерации;
- не установлена подлинность документа, содержащего поручение о выполнении процессуальных действий.

Исполнение арбитражным судом поручений о выполнении отдельных процессуальных действий производится в порядке, установленном АПК РФ, если иное не предусмотрено международным договором РФ.

Арбитражные суды могут в порядке, установленном международным договором РФ или федеральным законом, обращаться к иностранным судам или компетентным органам иностранных государств с поручениями о выполнении отдельных процессуальных действий (ст. 256 АПК РФ).

2. В соответствии с Минской конвенцией 1993 г. и Кишиневской конвенцией 2002 г. компетентные учреждения юстиции государств - участников сносятся друг с другом через свои центральные органы, если только этими конвенциями не установлен иной порядок сношений. Протокол к Минской конвенции, который был подписан в Москве 28 марта 1997 г., предусмотрел, что компетентные учреждения юстиции государств-участников могут сноситься друг с другом не только через центральные, но и через территориальные и другие органы, если только этой Конвенцией не установлен иной способ сношений. Стороны определяют перечень своих центральных, территориальных и других органов, уполномоченных на осуществление непосредственных сношений, о чем уведомляют депозитария.

В Минской конвенции 1993 г., так же как и в Кишиневской конвенции 2002 г., подробным образом регулируются вопросы, касающиеся содержания и формы поручений об оказании правовой помощи, порядка их исполнения, вызова

свидетелей, потерпевших, гражданских истцов и ответчиков, их представителей, экспертов.

3. Важную роль призваны сыграть две международные конвенции, предметом которых являются вопросы исполнения иностранных судебных решений: гаагские Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г. и Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским и торговым делам 1970 г.

В предисловии к русскому переводу третьего издания «Практического руководства по применению Гаагской конвенции от 15 ноября 1965 г.» отмечалось, что Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г. призвана обеспечить максимально эффективный механизм передачи и вручения таких документов иностранной стороне. Основной направленностью Конвенции является упрощение и ускорение процедуры передачи документов, подлежащих вручению за границей, а также обеспечение защиты интересов ответчиков посредством их уведомления о вручаемых документах в срок, позволяющий подготовить и представить возражения по иску (А. Н. Жильцов).

В этом же предисловии обращалось внимание на то, что в указанном практическом руководстве делается попытка рассмотрения традиционных концепций международного частного права в контексте новых реалий современной жизни, например возможности использования в рамках механизма Конвенции новых средств связи, включая электронную почту.

Обе конвенции предусматривают передачу документов из центрального органа одного государства в центральный орган другого, не используя при этом дипломатические каналы.

Рассматриваемая Конвенция продемонстрировала свою высокую эффективность, как отмечалось Постоянным бюро Гаагской конференции по международному частному праву, посредством, во-первых, ускорения и упрощения процедуры передачи документов, подлежащих вручению за границей; во-вторых, обеспечения в максимально возможной степени уведомления ответчика о подлежащих вручению

документах в срок, позволяющий ему представить свои возражения по иску; в-третьих, облегчения доказывания факта вручения документов. В обеих гаагских конвенциях участвует большинство европейских государств, США, а также такие страны, как, например, Кипр, Багамские Острова, где в последние годы были зарегистрированы компании с российским капиталом, с которыми возник ряд споров. В Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г. участвуют 52 государства, а в Конвенции о получении за границей доказательств по гражданским и торговым делам 1970 г. — 36. Россия присоединилась к ним в 2001 г.

Однако, несмотря на заключение ряда международных соглашений как по вопросам информации об иностранном праве, так и по оказанию других видов международной правовой помощи, практика оказания такой помощи остается неэффективной, на что неоднократно обращалось внимание в отечественной правовой литературе (Т. Н. Нешатаева). В российских условиях это связано с чрезмерной централизацией, длительностью рассмотрения поручений, недостаточным использованием современных технических средств в области информатики и рядом других причин.

### **Предварительные обеспечительные меры**

1. Под предварительными обеспечительными мерами в гражданском процессуальном законодательстве обычно понимаются временные меры, принимаемые по постановлению суда с целью обеспечить в будущем исполнение решения в случае его вынесения, или же меры, препятствующие стороне в споре уменьшить имущество, на которое может быть обращено взыскание, или же иным образом уклониться от выполнения своих обязательств.

В сфере международного гражданского процессуального права вопрос о применении обеспечительных мер возникает обычно в двух случаях:

во-первых, если необходимо принять такие меры в отношении иностранного имущества, под которым понимается имущество недвижимое и движимое (морские



суда, счета в банках и т.п.), право собственности на которое принадлежит иностранным гражданам, иностранным юридическим лицам или же иностранному государству, а иск предъявляется в суде страны, в которой это имущество или имущественные ценности находятся;

во-вторых, если иск предъявляется в одной стране, а такие меры нужно принимать в отношении имущества, находящегося в другой стране.

В современных условиях интенсификации торгового оборота, использования новейших технических средств коммуникаций в банковском деле, в кредитных отношениях, на транспорте должник может очень быстро перевести свои активы или переместить свое имущество из одной страны в другую, сделав тем самым исполнение решения вообще невозможным или во всяком случае усложнив его исполнение. В частности, в области охраны прав на интеллектуальную собственность только срочный характер таких мер может обеспечить эффективность борьбы с «пиратством» (см. гл. 14 учебника).

Таким образом, эти меры выполняют функцию двоякого характера. Они призваны, с одной стороны, обеспечить возможность исполнения решения, а с другой — способствовать сохранению отношений между сторонами, существовавших до начала процесса.

Именно этим объясняется то обстоятельство, что в международных соглашениях по процессуальным вопросам в понятие предварительных мер включаются охранительные меры (разд. 9 Брюссельской конвенции по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров 1968 г.).

В законодательстве и в судебной практике различных государств и само понятие «обеспечительные меры», и его содержание понимаются по-разному. Так, в германском процессуальном праве используется более широкое понятие предварительной судебной защиты прав (§ 916—945 ГПК ФРГ), при этом различаются два основных вида предварительных мер: наложение ареста на имущество, принадлежащее должнику, и предварительное распоряжение (*einstweilige*

Verfugung), которое применяется судом в том случае, если имеются опасения, что при изменении существующего состояния может быть затруднено или станет вообще невозможным осуществление права одной из сторон (например, запрет распоряжаться конкретным имуществом, предоставить права залога на имущество и т.п.).

В современном английском праве и в праве ряда стран «общего права» применяется так называемый запрет «Марева», получивший свое наименование от названия морского судна.

Суть дела, рассмотренного в Великобритании в 1975 г., состояла в следующем.

Истец — владелец судна «Марева» сдал судно ответчику внаем по чартеру. Платежи должны были вноситься частями в рассрочку, однако ответчик отказался выполнить третий платеж и объявил об аннулировании ранее заключенного контракта. Кредитор, зная, что у ответчика в одном из лондонских банков открыт счет, и опасаясь, что последний попытается перевести деньги с этого счета, обратился в суд с ходатайством ограничить должника в распоряжениях средствами счета в целях обеспечения будущего решения по делу. Суд удовлетворил просьбу кредитора.

В дальнейшей судебной практике запрет «Марева» стал применяться ко всему имуществу должника независимо от того, находится ли оно в Великобритании или в иностранном государстве.

Обеспечительные меры носят временный характер. Они обычно действуют в течение определенного ограниченного срока, установленного судом.

В последние десятилетия применение обеспечительных мер в аспекте международного гражданского процессуального права стало весьма актуальным.

В специальной литературе в этой области (Х. Шак) образно отмечалось, что в праве большинства государств, а также в европейском праве (праве ЕС) «ворота международной судебной компетенции по вынесению решений широко открыты для принятия срочных мер», однако соответствующие меры, предписанные иностранными судами, признаются за границей редко. Эти меры признаются в ряде многосторонних международных соглашений (в Международной конвенции об

унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов 1952 г., в Конвенции о компетенции и применимом праве в отношении защиты несовершеннолетних 1961 г., Приложении к КОТИФ (Конвенции о международных железнодорожных перевозках 1980 г., о которой говорилось в гл. 11 учебника).

Широкие возможности применения таких временных обеспечительных мер в отношении интеллектуальной собственности предусмотрены в ТРИПС (см. гл. 14 учебника). Согласно этому Соглашению, судебные органы стран-участниц имеют право выносить определения, предписывающие любой стороне воздержаться от правонарушений (ст. 44). В разделе третьем части III ТРИПС содержатся подробные правила о порядке принятия судами «незамедлительных и эффективных временных мер», направленных на предотвращение возникновения нарушения такого права интеллектуальной собственности, а также в целях сохранения соответствующих доказательств, относящихся к предполагаемым нарушениям.

В Европейском сообществе принятие предварительных мер было предусмотрено еще в Брюссельской конвенции по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров 1968 г. Согласно ст. 24 этой Конвенции в целях принятия предварительных, охранительных мер в суды страны — участницы Конвенции может быть принесено ходатайство, если такие меры допускаются по праву этого государства, даже если в соответствии с Конвенцией суды другого государства обладают юрисдикцией в отношении существа дела.

Во внутреннем законодательстве не только европейских стран (Австрии, Италии, Нидерландов, Франции, Швейцарии и др.), но и Японии, где специальный закон о средствах обеспечения исков был принят в 1989 г., предусмотрена возможность принятия таких мер в международном обороте. Для стран — участниц Конвенции о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам 1988 г. действуют положения этой Конвенции. После принятия Регламента ЕС «Брюссель I-bis» в ЕС применяются соответствующие правила о предварительных мерах этого Регламента.

2. В законодательстве различных государств к мерам по обеспечению иска применяются правила об исполнительном производстве. В ГПК РФ и АПК РФ применяется термин «обеспечительные меры». АПК РФ понимает под обеспечительными мерами срочные временные меры, направленные на обеспечение иска или имущественных интересов истца.

Общие положения об обеспечительных мерах, предусмотренные АПК РФ, распространяются на все случаи: каких-либо ограничений в отношении принятия таких мер в отношении имущества иностранной стороны, находящегося на территории РФ, не установлено. Более того, АПК РФ исходит из того, что обеспечительные меры должны применяться и в том случае, если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации.

Однако реальная возможность признания и применения таких мер за пределами России на основе постановлений российских судов будет зависеть от того, требуется ли в соответствующем иностранном государстве наличие взаимности или же и оно участвует в соответствующем международном договоре, в котором участвует и Россия.

Киевское соглашение 1992 г. и Минская конвенция 1993 г. не предусматривают положений о признании и исполнении в одной стране СНГ постановлений об обеспечительных мерах, принятых в другом государстве СНГ.

В ст. 54 Кишиневской конвенции 2002 г. было включено правило об исполнении решений судов о наложении ареста на имущество, включая денежные средства на банковских счетах, в целях обеспечения исков. Однако в литературе уже было высказано мнение, что на практике, в частности в Белоруссии, при применении этой нормы могут возникнуть определенные трудности (М. Чеботарев).

Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества 1998 г. предусматривает, что меры для обеспечения исполнения решения определяются законодательством государства, на территории которого производится взыскание (ст. 4). Кроме того, в этом Соглашении предусматривается, что соответствующие высшие

суды стран СНГ вправе давать на территориях своих государств обязательные указания по обеспечению исполнения решений компетентных судов.

### **Признание и исполнение решений иностранных судов**

1. Действие судебного решения, вынесенного судом одного государства, в принципе ограничено пределами территории этого государства. Допустимость признания и исполнения иностранного судебного решения определяется законодательством конкретной страны и международными соглашениями, в которых она участвует. Признание решения иностранного суда означает, что оно служит подтверждением гражданских и иных прав и обязанностей в такой же степени, что и решение отечественного суда. В ряде случаев достаточно, чтобы решение было только признано (например, о расторжении брака). В других же случаях решение должно быть еще и исполнено, т.е. подвергнуто специальной процедуре по разрешению исполнения (например, выдача экзекватуры или регистрация в специальном реестре). Таким образом, признание иностранного судебного решения является необходимой предпосылкой его принудительного исполнения; для принудительного исполнения обычно устанавливаются дополнительные требования сверх тех, которые необходимы для признания решения.

Законодательству государств известны различные системы исполнения решений иностранных судов. Предварительным условием для исполнения решения иностранного суда обычно является требование наличия взаимности в отношении решений отечественных судов.

В одних странах (например, в Италии) для исполнения судебного решения требуется проверка его правильности лишь с формальной точки зрения, а также установление непротиворечия его публичному порядку страны суда и выполнение ряда других условий. В других странах (например, в Бельгии, во Франции, в ФРГ и ряде других европейских государств) необходима выдача экзекватуры. Под экзекватурой

понимается вынесение судом после рассмотрения соответствующего ходатайства специального постановления о разрешении исполнения.

Наконец, в третьей группе стран для судебных решений, вынесенных в странах, которые предоставляют взаимность в отношении исполнения решений, требуется регистрация решения в особом реестре (например, в Великобритании — в суде по гражданским делам Высокого суда). Регистрация, в свою очередь, возможна при наличии ряда условий.

Согласно Гражданскому процессуальному кодексу Литвы 2002 г. в этой стране решения иностранных судов признаются и исполняются, если не имеется установленных в Кодексе общих оснований для отказа в таком признании и исполнении. Пересмотр решений, по существу, не допускается, и требование взаимности не устанавливается.

В КНР согласно Закону о гражданской процедуре 1991 г. во всех предусмотренных этим Законом случаях (исполнение решения суда КНР против стороны, которая не находится на территории КНР, исполнение решения международного арбитражного органа (третейского суда), когда сторона или ее имущество не находится на территории КНР, признание и исполнение в КНР решения, принятого иностранным судом) исполнение может иметь место в соответствии с международным договором или на основании принципа взаимности (ст. 266-269).

Процессы интеграции, миграции населения привели к заключению многосторонних и двусторонних конвенций об исполнении иностранных судебных решений, обычно устанавливающих обязательства договаривающихся государств исполнять решения при соблюдении ряда условий (вступление решения в законную силу, непротиворечие публичному порядку страны исполнения, участие обеих сторон в судебном разбирательстве и т.д.).

К региональным международным договорам, регулирующим признание и исполнение судебных решений, относятся прежде всего соглашения, заключенные между государствами с близкими правовыми системами (Кодекс Бустаманте, Конвенция между Данией, Финляндией, Исландией, Норвегией и Швецией 1932 г.,

Конвенция об исполнении судебных решений государств — членов Лиги арабских государств 1952 г., Афро-Малагасийская общая конвенция о сотрудничестве в области правосудия 1962 г.).

Как уже отмечалось в § 1 настоящей главы, страны — члены ЕС прошли путь от заключения региональных международных соглашений (Брюссельской конвенции по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров 1968 г.) до включения соответствующих положений этих конвенций в право ЕС путем принятия соответствующих регламентов ЕС, предусматривающих признание и исполнение решений. Что же касается Конвенции о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам 1988 г. (в специальной литературе ее называют «параллельной конвенцией», воспроизводящей положения Брюссельской конвенции), ее особенность состоит в том, что она четко предусматривает: ни при каких обстоятельствах иностранное судебное решение не может быть пересмотрено по существу. Другой особенностью этой Конвенции является то, что в ней конкретно указывается, в какой суд должно направляться ходатайство о признании или об исполнении этих решений. В ней участвуют 19 стран.

2. Признание и исполнение решений иностранных судов на территории РФ определяется ГПК РФ, АПК РФ, Федеральным законом «Об исполнительном производстве» и рядом других законов и нормативных актов, в том числе и Указом Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей» в части, не противоречащей АПК РФ.

Согласно ст. 409 ГПК РФ решения иностранных судов, в том числе решения об утверждении мировых соглашений, признаются и исполняются в Российской Федерации, если это предусмотрено международным договором РФ.

Под решениями иностранных судов понимаются решения по гражданским делам, за исключением дел по экономическим спорам и других дел, связанных с

осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, приговоры по делам в части возмещения ущерба, причиненного преступлением.

Решение иностранного суда может быть предъявлено к принудительному исполнению в течение трех лет со дня вступления в законную силу решения иностранного суда. Пропущенный по уважительной причине срок может быть восстановлен судом в Российской Федерации в порядке, предусмотренном ГПК РФ.

Согласно ч. 4 ст. 16 АПК РФ признание и обязательность исполнения на территории РФ судебных актов, принятых иностранными судами, иностранных арбитражных решений определяются международным договором РФ, федеральным законом.

В соответствии с положениями, установленными АПК РФ, в России признаются и приводятся в исполнение две категории решений: во-первых, решения судов иностранных государств, принятые ими по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, и, во-вторых, иностранные арбитражные решения, под которыми понимаются решения третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятые ими на территориях иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности.

Таким образом, действующее российское законодательство, как правило, при отсутствии международного соглашения не исходит из принципа взаимности. Из этого исходного положения имеются некоторые исключения. Так, согласно п. 4 ст. 1 Федерального закона от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)» решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории РФ в соответствии с международными договорами РФ. При отсутствии международных договоров РФ решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории РФ на началах взаимности, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Отсутствие в отличие от законодательства и практики других государств прямого признания действия принципа взаимности делает, как правило, невозможным исполнение решений российских судов за рубежом (за исключением стран СНГ и



незначительного числа других государств). Для того чтобы обеспечить исполнение решений за рубежом, российские истцы, как юридические, так и физические лица, должны предъявлять иски к иностранным ответчикам в соответствующих странах. Наличие в международных соглашениях универсального характера положений о свободном доступе в суды не влечет за собой автоматически признание и исполнение решений за пределами страны, где они были вынесены. Решения Европейского Суда по правам человека в Страсбурге должны исполняться странами — членами Европейского Совета, одним из которых является Россия.

Путем отсылки к международным договорам решен вопрос об исполнении иностранных решений в законодательстве Белоруссии, Киргизии, Молдавии, Узбекистана и Украины. Более широкий подход был проявлен в Хозяйственном процессуальном кодексе Республики Беларусь. Согласно ст. 314 этого Кодекса решения иностранных судов признаются и исполняются, «если это предусмотрено законодательством, в том числе международными договорами Республики Беларусь, либо на началах взаимности».

Из принципа взаимности в отношении исполнения решений иностранных судов исходит законодательство Грузии. Согласно Закону о международном частном праве 1998 г. принятие определения об исполнении решения отнесено к компетенции Верховного суда Грузии (ст. 70). Предпосылкой для принятия такого определения является наличие признания решения, поскольку должно быть установлено, соблюдены или нет условия, которые предусмотрены в отношении признания. Грузия не признает решения судов иностранных государств при наличии ряда условий, основным из которых является условие о том, что иностранное государство не признает решений судов Грузии.

3. Российское процессуальное законодательство устанавливает следующий порядок принудительного исполнения решений иностранного суда. Ходатайство взыскателя о принудительном исполнении решения иностранного суда рассматривается верховным судом республики, краевым, областным судом, судом города федерального значения, судом автономной области или судом автономного округа по

месту жительства или месту нахождения должника в Российской Федерации, а в случае, если должник не имеет места жительства или места нахождения в Российской Федерации либо место его нахождения неизвестно, — по месту нахождения его имущества (ст. 410 ГПК РФ).

Ходатайство о принудительном исполнении решения иностранного суда должно содержать:

- наименование взыскателя, его представителя, если ходатайство подается представителем, указание их места жительства, а в случае, если взыскателем является организация, указание места ее нахождения;
- наименование должника, указание его места жительства, а если должником является организация, указание места ее нахождения;
- просьбу взыскателя о разрешении принудительного исполнения решения и об указании, с какого момента требуется его исполнение.

В ходатайстве могут быть указаны и иные сведения, в том числе номера телефонов, факсов, адреса электронной почты, если они необходимы для правильного и своевременного рассмотрения дела.

К ходатайству прилагаются документы, предусмотренные международным договором РФ, а если это не предусмотрено международным договором, прилагаются следующие документы:

- заверенная иностранным судом копия решения иностранного суда, о разрешении принудительного исполнения которого возбуждено ходатайство;
- официальный документ о том, что решение вступило в законную силу, если это не вытекает из текста самого решения;
- документ об исполнении решения, если оно ранее исполнялось на территории соответствующего иностранного государства;
- документ, из которого следует, что сторона, против которой принято решение, которая не принимала участие в процессе, была своевременно и в надлежащем порядке извещена о времени и месте рассмотрения дела;
- заверенный перевод части документов на русский язык.

Ходатайство о принудительном исполнении решения иностранного суда рассматривается в открытом судебном заседании с извещением должника о времени и месте рассмотрения ходатайства. Неявка без уважительной причины должника, относительно которого суду известно, что повестка ему была вручена, не является препятствием к рассмотрению ходатайства. В случае если должник обратился в суд с просьбой о переносе времени рассмотрения ходатайства, и эта просьба признана судом уважительной, суд переносит время рассмотрения и извещает об этом должника.

Выслушав объяснения должника и рассмотрев представленные доказательства, суд выносит определение о принудительном исполнении решения иностранного суда или об отказе в этом.

На основании решения иностранного суда и вступившего в законную силу определения суда о принудительном исполнении этого решения выдается исполнительный лист, который направляется в суд по месту исполнения решения иностранного суда.

В случае если у суда при решении вопроса о принудительном исполнении возникнут сомнения, он может запросить у лица, возбудившего ходатайство о принудительном исполнении решения иностранного суда, объяснение, а также опросить должника по существу ходатайства и в случае необходимости затребовать разъяснение иностранного суда, принявшего решение.

4. Вопрос о признании иностранных судебных решений обладает определенной спецификой. В одних случаях признание решений суда одной страны на территории другой страны — это необходимая предпосылка для его принудительного исполнения. В других признание носит самостоятельный характер. Признание в России решения иностранного суда означает, что оно обладает такой же юридической силой, какую имеют решения российских судов. Поэтому вынесение иностранным судом решения, подлежащего признанию в России, является основанием либо для отказа в принятии в России искового заявления по спору между теми же сторонами, по тому же основанию и о том же предмете, либо для прекращения дела.

В ГПК РФ содержится перечень оснований для отказа в принудительном исполнении решения иностранного суда, причем этот перечень является исчерпывающим.

Отказ в принудительном исполнении решения иностранного суда допускается в случае, если:

- решение по праву страны, на территории которой оно принято, не вступило в законную силу или не подлежит исполнению;
- сторона, против которой принято решение, была лишена возможности принять участие в процессе вследствие того, что ей не было своевременно и надлежащим образом вручено извещение о времени и месте рассмотрения дела;
- рассмотрение дела относится к исключительной подсудности судов в Российской Федерации;
- имеется вступившее в законную силу решение суда в Российской Федерации, принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям, или в производстве суда в Российской Федерации имеется дело, возбужденное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям до возбуждения дела в иностранном суде;
- исполнение решения может нанести ущерб суверенитету Российской Федерации или угрожает безопасности Российской Федерации либо противоречит публичному порядку Российской Федерации;
- истек срок предъявления решения к принудительному исполнению и этот срок не восстановлен судом в Российской Федерации по ходатайству взыскателя (ст. 412 ГПК РФ).

В свою очередь, в отношении признания решений иностранных судов российское законодательство признает две категории в зависимости от содержания решения. К первой категории отнесены случаи, когда для признания решения иностранного суда вообще не требуется дальнейшего производства. Согласно ст. 415 ГПК РФ в Российской Федерации признаются не требующие вследствие своего содержания дальнейшего производства решения иностранных судов:

- относительно статуса гражданина государства, суд которого принял решение;

- о расторжении или признании недействительным брака между российским гражданином и иностранным гражданином, если в момент рассмотрения дела хотя бы один из супругов проживал вне пределов Российской Федерации;
- о расторжении или признании недействительным брака между российскими гражданами, если оба супруга в момент рассмотрения дела проживали вне пределов Российской Федерации;
- в других предусмотренных федеральным законом случаях.

В соответствии со ст. 160 СК РФ признается решение иностранного суда о расторжении брака между российскими и иностранными гражданами, если оно было вынесено с соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства о компетенции органов, принимавших решение о расторжении брака, и о подлежащем применению законодательстве при расторжении брака.

Признание иностранных решений такого рода не ставится в зависимость от наличия международного договора; не выдвигается требование взаимности.

Ко второй категории следует отнести случаи, когда возникает необходимость вынести решение о признании.

Российское гражданское процессуальное законодательство в отношении признания решений иностранных судов предусматривает следующие основные правила:

- решения иностранных судов, которые не требуют принудительного исполнения, признаются без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступят возражения относительно этого;
- заинтересованное лицо по месту его жительства или месту нахождения в течение месяца после того, как ему стало известно о поступлении решения иностранного суда, может заявить в верховный суд республики, краевой, областной суд, суд города федерального значения, суд автономной области или суд автономного округа возражения относительно признания этого решения;
- возражения заинтересованного лица относительно признания решения иностранного суда рассматриваются в открытом судебном заседании с извещением этого лица о времени и месте рассмотрения возражений. Неявка без уважительной

причины заинтересованного лица, относительно которого суду известно, что повестка ему была вручена, не является препятствием к рассмотрению возражений;

- после рассмотрения судом возражений относительно признания решения иностранного суда выносится соответствующее определение;
- определение суда может быть обжаловано в вышестоящий суд в порядке и в сроки, которые установлены ГПК РФ.

Отказ в признании решения иностранного суда, которое не подлежит принудительному исполнению, допускается при наличии оснований, предусмотренных ГПК РФ в отношении отказа в принудительном исполнении решения иностранного суда. Однако в данном случае истечение срока предъявления решения к принудительному исполнению в качестве основания для отказа в признании решения применяться не должно.

5. В отношении производства в российских арбитражных судах по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений действуют следующие правила:

- признание и приведение в исполнение решения разрешаются арбитражным судом по заявлению стороны в споре, рассмотренному иностранным судом, или стороны третейского разбирательства;
- заявление о признании и приведении в исполнение решения подается взыскателем, под которым понимается сторона в споре, в пользу которой состоялось решение, в арбитражный суд субъекта РФ по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства должника неизвестно, по месту нахождения имущества должника;
- заявление о признании и приведении в исполнение решения подается в письменной форме и должно быть подписано взыскателем или его представителем.

К заявлению о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда прилагаются:

- удостоверенная надлежащим образом копия решения, о признании и приведении в исполнение которого ходатайствует взыскатель;

- документ, удостоверенный надлежащим образом и подтверждающий вступление решения иностранного суда в законную силу, если это не указано в тексте самого решения;
- документ, удостоверенный надлежащим образом и подтверждающий, что должник был своевременно и в надлежащей форме извещен о разбирательстве дела в иностранном суде, о признании и приведении в исполнение решения которого ходатайствует взыскатель;
- доверенность или иной документ, удостоверенные надлежащим образом и подтверждающие полномочия лица, подписавшего заявление в арбитражный суд;
- документ, подтверждающий направление должнику копии заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда;
- заверенный надлежащим образом перевод соответствующих документов на русский язык.

Заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения рассматривается в судебном заседании судьей единолично в срок, не превышающий месяца со дня его поступления в арбитражный суд.

При рассмотрении дела арбитражный суд в судебном заседании устанавливает наличие или отсутствие оснований для признания и приведения в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения, предусмотренных АПК РФ, путем исследования представленных в арбитражный суд доказательств, обоснования заявленных требований и возражений.

Принципиально важное положение содержится в ч. 4 ст. 243 АПК РФ, согласно которой при рассмотрении дела арбитражный суд не вправе пересматривать решение иностранного суда по существу.

Арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда полностью или в части в случае, если:

- решение по закону государства, на территории которого оно принято, не вступило в законную силу;

- сторона, против которой принято решение, не была своевременно и надлежащим образом извещена о времени и месте рассмотрения дела или по другим причинам не могла представить в суд свои объяснения;
- рассмотрение дела в соответствии с международным договором РФ или федеральным законом относится к исключительной компетенции суда в Российской Федерации;
- имеется вступившее в законную силу решение суда в Российской Федерации, принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям;
- на рассмотрении суда в Российской Федерации находится дело по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, производство по которому возбуждено до возбуждения производства по делу в иностранном суде, или суд в Российской Федерации первым принял к своему производству заявление по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям;
- истек срок давности приведения решения иностранного суда к принудительному исполнению и этот срок не восстановлен арбитражным судом;
- исполнение решения иностранного суда противоречило бы публичному порядку Российской Федерации (ст. 244 АПК РФ).

По результатам рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения арбитражный суд выносит определение по правилам, установленным в АПК РФ для принятия решения. Определение арбитражного суда по делу о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца со дня вынесения определения.

Принудительное исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения производится на основании исполнительного листа, выдаваемого арбитражным судом, вынесшим определение о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения,



в порядке, предусмотренном АПК РФ и Федеральным законом «Об исполнительном производстве».

Решение иностранного суда или иностранное арбитражное решение может быть предъявлено к принудительному исполнению в срок, не превышающий трех лет со дня вступления его в законную силу. В случае пропуска указанного срока он может быть восстановлен арбитражным судом по ходатайству взыскателя по правилам, предусмотренным АПК РФ.

6. Страны СНГ пошли по пути создания в пределах СНГ упрощенного механизма исполнения решений как судов общей юрисдикции, так и арбитражных (хозяйственных, экономических) судов.

Согласно Киевскому соглашению 1992 г. государства — участники СНГ взаимно признают и исполняют вступившие в законную силу решения компетентных судов. Решения, вынесенные компетентными судами одного государства — участника СНГ, подлежат исполнению на территории других государств — участников СНГ. Решения, вынесенные компетентным судом одного государства — участника СНГ в части обращения взыскания на имущество ответчика, подлежат исполнению на территории другого государства — участника СНГ органами, назначенными судом либо определенными законодательством этого государства (ст. 7 Соглашения).

В приведении в исполнение решения может быть отказано по просьбе стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентному суду по месту, где испрашивается приведение в исполнение, доказательства того, что:

- 1) судом запрашиваемого государства — участника СНГ ранее вынесено вступившее в силу решение по делу между теми же сторонами в споре, о том же предмете и по тому же основанию; 2) имеется признанное решение компетентного суда третьего государства-участника либо государства, не являющегося членом Содружества, по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию; 3) спор в соответствии с названным Соглашением разрешен некомпетентным судом; 4) другая сторона не была извещена о процессе; 5) истек трехгодичный срок давности предъявления решения к принудительному исполнению (ст. 8). В некоторых

государствах — участниках СНГ по-разному стали решаться вопросы о том, кому взыскатель должен направлять предусмотренные ст. 8 Соглашения документы для приведения в исполнение судебного решения и в каком порядке должны приводиться в исполнение судебные решения других государств.

В целях единообразного решения этих вопросов 6 марта 1998 г. в Москве было заключено Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества. Соглашение подписали Азербайджан, Армения, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан. Распоряжением Правительства РФ от 31 октября 2013 г. было принято предложение Минюста России о направлении уведомления Исполнительному комитету Содружества Независимых Государств о намерении Российской Федерации не становиться участником данного Соглашения.

Согласно положениям указанного Соглашения ходатайство об исполнении решения взыскатель должен адресовать в соответствующий арбитражный (хозяйственный или экономический) суд, определяемый в соответствии с законодательством государства местонахождения должника. Вступившее в законную силу решение суда одного государства исполняется на территории другого государства в бесспорном порядке. Упрощенная процедура исполнения судебных актов стран СНГ на территории каждой из этих стран заключается в следующем. Во-первых, соответствующие суды государств — участников Киевского соглашения 1992 г. при оказании правовой помощи сносятся друг с другом непосредственно, минуя центральные органы юстиции государств. Во-вторых, при обращении за правовой помощью представляемые документы могут излагаться на общедоступном для стран СНГ русском языке. В-третьих, основанием для исполнения судебного акта суда одного государства — участника Соглашения на территории другого является непосредственно исполнительный документ, данный иностранным судом на основании вынесенного им судебного акта.

С 29 июля 2002 г. вступило в силу двустороннее Соглашение между Российской Федерацией и Белоруссией о порядке взаимного исполнения судебных актов

арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь от 17 января 2001 г.

В Минской конвенции 1993 г. и в Кишиневской конвенции 2002 г. большое внимание уделено вопросам признания и исполнения решений. К числу объектов признания и исполнения отнесены вынесенные на территории других участников конвенций решения учреждений юстиции по гражданским и семейным делам, включая утвержденные судом мировые соглашения по таким делам, нотариальные акты в отношении денежных обязательств, а также решения судов по уголовным делам о возмещении ущерба. Имеются в конвенциях правила, посвященные признанию не нуждающихся в исполнении решений, в том числе и решений о расторжении брака, и по ряду других вопросов.

Ходатайство о разрешении принудительного исполнения решений подается в компетентный суд страны, где решение подлежит исполнению. Оно может быть подано и в суд, который вынес решение по делу в первой инстанции. Суд не пересматривает дело по существу, а ограничивается установлением того, что условия, предусмотренные соответствующей конвенцией, соблюдены. Порядок принудительного исполнения определяется по законодательству страны, на территории которой должно быть осуществлено принудительное исполнение.

В исполнении решения может быть отказано в следующих случаях:

- если оно не вступило в законную силу или не подлежит исполнению в соответствии с законодательством страны, на территории которой вынесено решение, за исключением случаев, когда решение подлежит исполнению до вступления в законную силу;
- ответчик не принял участия в процессе вследствие того, что ему или его уполномоченному не был своевременно и надлежаще вручен вызов в суд;
- по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию на территории страны, где должно быть признано и исполнено решение, было уже ранее вынесено вступившее в законную силу решение или имеется признанное решение

суда третьего государства либо учреждением этой договаривающейся стороны было ранее возбуждено производство по данному делу;

- согласно положениям соответствующей конвенции, а в случаях, не предусмотренных ими, согласно законодательству страны, на территории которой решение должно быть признано и исполнено, дело относится к исключительной компетенции учреждения этой страны;
- отсутствует документ, подтверждающий соглашение сторон по делу договорной подсудности;
- истек срок давности принудительного исполнения, предусмотренный законодательством страны, суд которой исполняет решение.

Признание и исполнение решений в настоящее время в Российской Федерации допускается в соответствии с многосторонними соглашениями стран СНГ и с двусторонними договорами о правовой помощи, заключенными с государствами — участниками СНГ и другими зарубежными государствами.

Признание и исполнение решений по отдельным категориям дел могут иметь место в соответствии и с некоторыми многосторонними международными соглашениями.

### **Трансграничная несостоятельность**

1. Интернационализация производства, широкий выход капиталов за пределы государства породили ряд проблем, связанных с так называемой трансграничной несостоятельностью.

В процессе объявления несостоятельности в любой стране делается попытка поставить несостоятельного должника, неспособного оплатить свои расходы или обремененного долгами, опять на ноги или в случае, если это сделать не удастся, осуществить ликвидацию его имущества, для того чтобы удовлетворить претензии всех его кредиторов в равной степени. На международной арене на пути решения этой цели возникают существенные трудности. Имущество должника может находиться в различных государствах, однако государство, в котором начался процесс объявления

должника несостоятельным, не может осуществлять свою власть за пределами его границ; должники из различных стран пытаются спасти при конкурсе то, что еще можно спасти. Обычно кредиторы считают, что отечественное законодательство о несостоятельности защитит должника и тогда, когда основное место его деятельности находится за рубежом.

При несостоятельности (банкротстве) могут возникать следующие ситуации, которые будут регулироваться нормами международного частного права, и прежде всего международного гражданского процессуального права:

- кредиторы являются иностранными лицами;
- часть имущества или все имущество несостоятельного лица находится за рубежом и может быть даже не в одной стране, а в нескольких странах;
- процедура несостоятельности в отношении одного и того же лица может быть возбуждена в нескольких государствах;
- судебное решение о банкротстве должно быть исполнено за пределами страны, в которой оно было вынесено.

В специальной литературе (В. В. Степанов) отмечалось, что на практике применяются два основных метода регулирования трансграничной несостоятельности. Первый метод исходит из принципа универсальности (единого производства). Во всяком случае, первоначальное производство об объявлении несостоятельности начинается в одном месте (в стране места жительства, или места основной деятельности, или места нахождения всего имущества лица, которое должно быть объявлено несостоятельным). При применении второго метода, исходящего из принципа территориальности, производство в отношении одного субъекта осуществляется как независимое территориальное производство в одной стране или параллельно в нескольких странах.

В отечественной литературе по международному частному праву под трансграничным банкротством (несостоятельностью) понимается самостоятельный правовой институт, обладающий как материально-правовыми, так и процессуальными характеристиками (Л. П. Ануфриева).

Несмотря на многочисленные попытки решить сложные проблемы трансграничной несостоятельности на международном уровне, основную роль в этой области продолжают играть национальные системы. В каждой стране (Великобритания, Германия, США, Франция, Япония и др.) применяются свои правила.

Так, в Великобритании возбуждение производства может быть осуществлено против любой компании, учрежденной в любой стране.

В ФРГ, если на ее территории имеются активы должника, ничто не препятствует открытию самостоятельного производства, которое будет ограничиваться этими активами. В ФРГ главное или первоначальное производство может быть открыто, если в этой стране находится место жительства или место нахождения должника. Производство по немецкому праву должно распространяться на все имущество. Поэтому конкурсный управляющий должен попытаться включить в конкурсную массу также имущество, находящееся за границей, но это может быть сделано только в отношении отдельных государств. Само производство по несостоятельности осуществляется по праву государства, в котором оно открывается (*lex fori concursus*). В законе ФРГ содержится перечень вопросов, которые должны регулироваться правом страны нахождения производства. Предусматривается также, что иностранное производство распространяется на имущество, находящееся в Германии. Таким образом, немецкий закон признает принцип универсальности.

Что же касается международного регулирования, то практически его удалось осуществить на региональном уровне (прежде всего в ЕС). Так, в рамках Совета Европы 5 июня 1990 г. в Стамбуле была заключена Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства (так называемая Стамбульская конвенция). В ней предусмотрено взаимное признание полномочий ликвидатора. Такое признание призвано способствовать сохранению активов, находящихся на территории других стран.

В 1995 г. был разработан проект Европейской конвенции о процедурах несостоятельности. Цель ее не создание единообразных правовых норм, а решение вопросов юрисдикции, применимого права и признания процедур по делам о

несостоятельности в странах ЕС. Эта Конвенция так и не вступила в силу. Новый вариант Европейской конвенции 1995 г. для стран ЕС был осуществлен путем принятия Регламента ЕС № 1346/2000 от 29 мая 2000 г. о процедурах несостоятельности (датой вступления в силу является 31 мая 2002 г.).

Была принята также Директива 2000/24 от 4 апреля 2001 г. о санировании и ликвидации кредитных учреждений и Директива 2001/17 от 19 марта 2001 г. о санировании и ликвидации страховых учреждений (в ФРГ эти директивы были реализованы путем принятия закона о новом регулировании международного права банкротства).

Наряду с европейскими конвенциями имеется Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности от 30 мая 1997 г., рекомендованный государствам Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 52/158 от 15 декабря 1997 г. для инкорпорации его в национальное законодательство.

Государствами — участниками СНГ были разработаны два модельных закона о несостоятельности. Однако в них не содержится положения о трансграничной несостоятельности. Был подготовлен также проект соглашения «О трансграничной несостоятельности (банкротстве)».

2. Согласно ГК РФ основания признания судом юридического лица банкротом либо объявления им о своей несостоятельности, а также порядок ликвидации такого юридического лица устанавливаются Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)». Соответствующее производство осуществляется государственными арбитражными судебными органами (арбитражными судами). Дела о банкротстве иностранного юридического лица в России по действующему законодательству не могут быть возбуждены. В качестве кредиторов вправе выступать и иностранные лица.

В п. 5 ст. 1 этого Закона установлено, что к регулируемым им отношениям с участием иностранных лиц в качестве кредиторов применяются положения этого Закона, если иное не предусмотрено международным договором РФ. Таким образом, Закон исходит из принципа *lex loci concursus*.

Согласно АПК РФ к компетенции арбитражных судов РФ отнесены дела о несостоятельности. Заявления о признании должника банкротом должны подаваться в арбитражный суд по месту нахождения должника (ч. 4 ст. 38). В обратной ситуации при осуществлении конкурсного производства в России иностранные кредиторы ставятся в одинаковое положение с российскими. На практике обычно в качестве таких иностранных кредиторов выступают российские компании или граждане, зарегистрировавшие свои компании в офшорных зонах.

Поскольку Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» распространяется на юридические лица, которые могут быть признаны несостоятельными (банкротами) в соответствии с ГК РФ (п. 2 ст. 1), конкурсное производство может осуществляться и в отношении иностранных должников.

3. Специального рассмотрения требует вопрос о признании и исполнении решений иностранных судов в этой области. Согласно Закону решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории РФ в соответствии с международными договорами РФ. При отсутствии международных договоров РФ решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории РФ на началах взаимности, если иное не предусмотрено федеральным законом (п. 6 ст. 1).

В комментариях к Закону (В. В. Витрянский) отмечалось, что, когда на территории РФ имеется имущество иностранного юридического лица (его представительства), в отношении которого состоялось решение суда иностранного государства о несостоятельности (банкротстве), и данное имущество включено в конкурсную массу должника, при наличии международного договора обращение взыскания на это имущество будет производиться в порядке, установленном договором, а при отсутствии такого договора данный вопрос должен решаться на началах взаимности. Так, в каком-либо государстве может быть осуществлено конкурсное производство в отношении юридического лица, в состав имущества которого входило также имущество, находящееся на территории РФ. В соответствии с законодательством этого государства фирма была объявлена банкротом. Состоялось решение суда этого



иностранного государства о банкротстве, и все имущество фирмы, в том числе и находящееся на территории РФ, было включено в конкурсную массу.

В соответствии с германским законодательством производство, возбужденное в России, должно признаваться в ФРГ. Наложение российским судом ареста на имущество должника охватывает и то, которое находится в Германии. Назначенный управляющий может осуществлять свои полномочия и за рубежом. Поскольку российский закон следует принципу взаимности согласно п. 6 ст. 1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», то, в свою очередь, последствия возбуждения производства в Германии распространяются и на имущество, находящееся в России.

При отсутствии общего договора о признании и исполнении судебных решений (например, договора о правовой помощи) по требованию иностранного кредитора взыскание может быть обращено на имущество, находящееся в Российской Федерации. При этом в России в данном случае могут быть удовлетворены требования российских кредиторов, которые не заявили о своих требованиях в процессе рассмотрения дела о банкротстве в иностранном государстве.

### **Нотариальные действия и легализация документов**

1. Для обеспечения прав и защиты интересов российских граждан и организаций за рубежом, точно так же, как и для реализации прав иностранных лиц в России, существенное практическое значение имеет деятельность нотариата. Развитие отношений, регулируемых нормами международного частного права, привело в последние годы к значительному расширению объема нотариальных действий (засвидетельствование документов всякого рода, оформление доверенностей и др.). Основным нормативным актом, регулирующим деятельность нотариальных органов в России, являются Основы законодательства РФ о нотариате. Каких-либо ограничений для иностранных граждан и юридических лиц при их обращении к нотариусам не имеется.

В функции нотариальных контор входят: удостоверение документов, предназначенных для их действия за границей (в частности, доверенностей); принятие документов, составленных за границей; осуществление действий, связанных с охраной находящегося на территории РФ имущества, оставшегося после смерти иностранного гражданина, или имущества, причитающегося иностранному гражданину после смерти гражданина России; обеспечение доказательств, требующихся для ведения дел в органах иностранных государств, и т.д.

В Основах законодательства РФ о нотариате предусмотрена возможность применения нотариусами норм иностранного права. Нотариусы принимают документы, составленные в соответствии с требованиями международных договоров, а также совершают удостоверительные надписи в форме, предусмотренной законодательством других государств, если это не противоречит международным договорам РФ (ст. 104).

Данное положение включено в Основы законодательства РФ о нотариате в интересах развития международного делового сотрудничества, так как принимаемый нотариусом в соответствии с указанной нормой документ, а также порядок совершения им соответствующих удостоверительных надписей могут существенно отличаться по форме и содержанию от документов и порядка, используемых в России. Таким образом, нотариусы осуществляют существенные функции в области наследования, поскольку они выдают свидетельства о праве на наследство, принимают меры по охране наследственного имущества, что особенно важно в случаях, когда наследодателем или наследником является иностранец.

Действия, связанные с охраной находящегося на территории РФ имущества, оставшегося после смерти иностранного гражданина, или имущества, причитающегося иностранному гражданину после смерти гражданина России, а также с выдачей свидетельства о праве на наследство в отношении такого имущества, осуществляются в соответствии с законодательством РФ.

Другое направление деятельности нотариусов связано с ведением дел в судах и в иных органах за рубежом. На нотариуса возложено обеспечение доказательств,

необходимых для ведения дел в органах других государств. Совершение данных нотариальных действий должно осуществляться по правилам, действующим в России. Основы законодательства РФ о нотариате не устанавливают каких-либо ограничений в отношении вида иностранного органа, который ведет дело. Поэтому речь в данном случае может идти не только об учреждениях юстиции или арбитражных судах, но и об административных, валютных, финансовых, налоговых, таможенных или иных органах иностранного государства. Не играет роли и существо дела, ведущегося за границей. Оно может касаться наследственных вопросов, продажи недвижимости, находящейся за границей, расторжения брака и др. Доказательства обеспечиваются независимо от стадии рассмотрения дела: до его возбуждения, во время его рассмотрения, во время обжалования решения и т.д.

Порядок сношения российских нотариусов с органами юстиции зарубежных государств определяется законодательством и международными договорами РФ. В соответствии с нормами указанных документов нотариусы обращаются к иностранным органам юстиции с поручениями о производстве отдельных нотариальных действий и исполняют аналогичные поручения, передаваемые им в установленном порядке (как правило, через Министерство иностранных дел РФ) из-за рубежа.

На территории иностранных государств нотариальные действия от имени Российской Федерации осуществляют уполномоченные должностные лица консульских учреждений России.

2. Документы, составленные за границей с участием должностных лиц компетентных органов других государств или от них исходящие, принимаются нотариусами и другими российскими органами при условии их легализации органом Министерства иностранных дел РФ.

Легализация может, например, состоять в том, что консул РФ в соответствующем иностранном государстве делает на документе специальную надпись, которая удостоверяет подлинность подписи должностного лица иностранного государства. Консульские легализации заключаются не только в установлении и

засвидетельствовании подлинности подписей, но и в удостоверении соответствия документов и актов законам государства пребывания. Легализация может требоваться и при направлении за границу документов, выданных российскими органами.

Под легализацией, таким образом, понимается удостоверение составленного в России документа определенным компетентным органом, точно так же, как удостоверение документа, составленного в иностранном государстве компетентным органом этого государства. Например, предназначенная для действия за границей составленная в России доверенность должна быть оформлена надлежащим образом (подписана уполномоченным на это лицом от имени юридического лица, снабжена печатью, засвидетельствована нотариусом, легализована Министерством юстиции, а затем Консульским департаментом Министерства иностранных дел); имеющая акции в акционерном обществе в России, но учрежденная в другом государстве, выдает доверенность для совершения действий своему представителю на территории России для участия в собрании акционеров и совершении иных действий от имени компании. В этих случаях действует правило Основ законодательства РФ о нотариате, согласно которому документы, составленные за границей с участием должностных лиц компетентных органов других государств или от них исходящие, принимаются нотариусом при условии их легализации органом Министерства иностранных дел РФ. Без легализации такие документы принимаются нотариусом в тех случаях, когда это предусмотрено законодательством РФ и международными договорами РФ.

Если такой представитель, имеющий право передоверия, уполномочивает в свою очередь на совершение определенных действий другое лицо, он должен представить свою доверенность и засвидетельствовать ее при наличии легализации. Требование легализации предъявляется не только к документам, нуждающимся в совершении определенных нотариальных действий, но и к ряду других актов государственных органов: свидетельствам о регистрации актов гражданского состояния, судебным решениям, архивным справкам, административным документам и т.д.

Предназначенные для использования на территории России иностранные документы могут быть легализованы как в соответствующем иностранном государстве, так и в России. В первом случае действия по легализации осуществляются работниками консульских учреждений России. В соответствии с Положением о Консульском учреждении РФ 1998 г. эти учреждения легализуют документы. На территории РФ консульская легализация производится Консульским департаментом Министерства иностранных дел РФ.

Акт консульской легализации имеет два основных последствия. Во-первых, он представляет собой установление и засвидетельствование подлинности подписей иностранных должностных лиц на документе или акте. Во-вторых, легализуя документ или акт, консул устанавливает и свидетельствует его соответствие законам соответствующего иностранного государства.

Консульская легализация заключается в совершении на документе специальной надписи. Во многих случаях такой акт уже несет на себе различные удостоверительные надписи, совершенные властями иностранного государства (судебного работника, мэра города, губернатора штата, префекта округа и т.п.). Однако при рассмотрении российскими властями вопроса о принятии иностранного документа обращается внимание только на легализационную надпись российского консула.

Отмена требования консульской легализации возможна, в частности, в соответствии с предписаниями международных договоров. Наиболее важной является Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов, 1961 г. В настоящее время участниками этого международно-правового соглашения являются 92 государства мира, включая Россию и другие государства СНГ.

Смысл Конвенции заключается в освобождении от легализации официальных документов, которые были совершены на территории одного из договаривающихся государств и должны быть представлены на территории другого договаривающегося государства. К таким документам согласно ст. 1 Конвенции относятся:

- документы, исходящие от органа или должностного лица, подчиняющихся юрисдикции государства, включая документы, исходящие от прокуратуры, секретаря суда или судебного исполнителя;
- административные документы;
- нотариальные акты;
- официальные пометки, такие как отметки о регистрации; визы, подтверждающие определенную дату; заверения подписи на документе, не засвидетельствованном у нотариуса.

Вместе с тем Конвенция не распространяется на документы, совершенные дипломатическими или консульскими агентами, а также на административные документы, имеющие прямое отношение к коммерческой или таможенной деятельности.

В соответствии с названной Конвенцией единственной формальностью, которая может быть потребована для удостоверения подлинности подписи, качества, в котором выступало лицо, подписавшее документ, и в надлежащем случае подлинности печати или штампа, которыми скреплен этот документ, является проставление специальной удостоверительной отметки — апостиля (ст. 3). Таким образом, вместо последовательных операций по оформлению легализации предусматривается выполнение единственной формальности — проставления органами государства, выдавшего документ, апостиля, являющегося своего рода удостоверительной надписью на документе, единой по форме для всех государств-участников. В Российской Федерации апостиль проставляется Министерством юстиции (приказ Министерства юстиции РФ от 3 июля 2012 г.), Министерством внутренних дел (приказ Министерства внутренних дел РФ от 14 августа 2013 г.), Министерством обороны (постановление Правительства РФ от 14 июля 2008 г.), Управлением записи актов гражданского состояния города Москвы (постановление Правительства Москвы от 17 апреля 2012 г.), Федеральным архивным агентством (приказ Министерства культуры РФ от 31 мая 2012 г.), органами, уполномоченными на предоставление государственной услуги — подтверждение документов

государственного образца об образовании, об ученых степенях и ученых званиях (приказ Министерства образования и науки РФ от 13 июня 2012 г.), на самом документе или на отдельном листе, скрепляемом с документом.

Значение Конвенции состоит в том, что она облегчает и упрощает процедуру оформления тех документов, касающихся прав граждан, которые должны представляться в зарубежные организации.

Без легализации документы, составленные за границей, принимаются нотариусом и иными органами в тех случаях, когда это предусмотрено законодательством РФ и международными договорами РФ.

Апостиль проставляется по ходатайству подписавшего лица или любого предъявителя документа на самом документе или на отдельном листе, скрепляемом с документом. Образец апостиля, приложенный к Конвенции, представляет собой оттиск специального штампа в форме квадрата со стороной не менее 9 см, текстом из 10 пунктов, а также заголовком на французском языке: «Apostille (Convention de la Haye du 5 octobre 1961)».

Проставление апостиля отнесено Конвенцией к компетенции органов страны места составления документа. В соответствии со ст. 6 Конвенции каждое государство-участник определяет перечень таких органов и уведомляет об этом Министерство иностранных дел Нидерландов.

Как указывается в ст. 3 Конвенции, проставление апостиля не может быть потребовано, если законы, правила или обычаи, действующие в государстве, в котором представлен документ, либо договоренность между двумя или несколькими договаривающимися государствами отменяют или упрощают эту процедуру или освобождают документ от легализации. Поэтому, например, не требуется легализации документов, передаваемых из одного государства в другое в соответствии с процедурой большинства двусторонних договоров о правовой помощи, заключенных СССР и Российской Федерацией с другими государствами, а также ряда многосторонних соглашений.

Так, в Минской конвенции 1993 г. и в Кишиневской конвенции 2002 г. предусмотрено правило о том, что документы, которые на территории одной из договаривающихся сторон изготовлены или засвидетельствованы учреждением или специально на то уполномоченным лицом в пределах их компетенции и по установленной форме и скреплены гербовой печатью, принимаются на территориях других договаривающихся сторон без какого-либо специального удостоверения.

Согласно заключенному странами СНГ многостороннему Соглашению о гарантиях прав граждан в области выплаты социальных пособий, компенсационных выплат семьям с детьми и алиментов от 9 сентября 1994 г. (вступило в силу для Российской Федерации 12 апреля 1995 г.) соответствующие документы, выданные на территории одной стороны, или их заверенные копии принимаются на территории другой стороны без легализации.

Образец апостиля APOSTILLE (CONVENTION DE LA HAYE DU 5 OCTOBRE 1961)

1. СТРАНА

2. НАСТОЯЩИЙ ОФИЦИАЛЬНЫЙ ДОКУМЕНТ ПОДПИСАН

(фамилия)

3. ВЫСТУПАЮЩИМ В КАЧЕСТВЕ

(должность)

4. СКРЕПЛЕН ПЕЧАТЬЮ/ШТАМПОМ

(официальное название учреждения) УДОСТОВЕРЕНО

5. В ГОРОДЕ

6. \_

(дата цифрами)

7.

(фамилия, должность лица, название удостоверяющего органа)

8. ЗА № \_

9. МЕСТО ПЕЧАТИ 10. ПОДПИСЬ



## **Глава 19. Международный коммерческий арбитраж**

### **Понятие арбитражного разбирательства и виды третейских судов**

1. В условиях интернационализации хозяйственного оборота организации и фирмы различных государств в случаях возникновения споров стали часто обращаться к международным коммерческим арбитражным судам, а не к государственным судам страны ответчика. В большинстве контрактов, заключаемых российскими юридическими лицами с фирмами других стран, предусматривается, что споры будут рассматриваться в порядке арбитража (в третейских судах). Под арбитражным разбирательством в международном частном праве понимается рассмотрение споров в третейских судах, избираемых или специально создаваемых сторонами внешнеэкономических контрактов для рассмотрения возникающих между ними споров. Из этого следует, что международный коммерческий арбитражный суд — это орган, предназначенный для разрешения споров с участием иностранных фирм и организаций. По своей юридической природе это третейский суд, т.е. суд, избираемый или создаваемый самими сторонами и исключительно по их усмотрению. Применение в названии этих третейских судов термина «арбитраж» требует разъяснения.

Во-первых, и это особенно важно подчеркнуть, речь идет не о государственных арбитражных судах, образующих в соответствии с Конституцией РФ вместе с судами общей юрисдикции судебную систему РФ и призванных рассматривать споры в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности (экономические споры). В России и в некоторых других государствах СНГ термином «арбитраж» обозначается суд как государственный орган. Именно поэтому во избежание смешения с другими арбитражными судами в отношении третейских (арбитражных) судов, специально предназначенных для рассмотрения споров с иностранными фирмами, обычно применяется понятие «международный коммерческий арбитраж» (или аналогичное понятие «международный торговый арбитраж»). Термин

«международный коммерческий арбитраж» используется как для обозначения в целом этого специфического механизма рассмотрения споров, так и для обозначения конкретного органа, созданного для рассмотрения таких споров (например, такой орган при Торгово-промышленной палате РФ именуется «Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ»). Он может означать состав арбитров или единоличного арбитра, рассматривающих конкретный спор.

Во-вторых, учитывая исторические традиции как в России, так и в ряде стран на постсоветском пространстве, международные коммерческие арбитражные суды как третейские суды следует отличать от обычных третейских судов как альтернативной формы судебного разбирательства, рассматривающих как споры в области предпринимательской деятельности, так и иные споры между соседями в области землепользования, семейные споры, а также споры в отношении незначительных денежных сумм. В случаях такого рода спорящие стороны готовы без государственного принуждения признать решение авторитетного лица, рассматривающего спор. Международные коммерческие арбитражные суды отличаются от обычных третейских судов не только тем, что они не могут рассматриваться в качестве альтернативной формы разрешения споров в досудебной стадии, но и тем, что при обращении к таким судам исключается возможность обращения в принципе к государственному правосудию. (Об альтернативных способах разрешения споров см. § 7 настоящей главы.)

В российском законодательстве проводится различие между третейскими судами общего характера и международными коммерческими арбитражными судами. В ст. 1 Федерального закона от 24 июля 2002 г. «О третейских судах в Российской Федерации» прямо предусмотрено, что он «не распространяется на международный коммерческий арбитраж». Из этого исходит и АПК РФ. Следует также иметь в виду, что в российском законодательстве, в частности в АПК РФ, под понятием «иностранное арбитражное решение» понимаются не решения судов иностранных государств, а решения третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятые ими на территориях иностранных государств по спорам и

иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (ст. 32, ч. 9 ст. 38, ч. 5 ст. 230, ст. 241-246 АПК РФ).

В-третьих, международные коммерческие арбитражные суды, к которым прибегают юридические лица различных государств для рассмотрения их споров, отличаются от третейских судов, рассматривающих споры, сторонами в которых являются государства и международные организации. К разряду таких судов относятся Постоянная палата третейского суда в Гааге, различные арбитражи, создаваемые для рассмотрения конкретных споров между государствами, специальные арбитражи, предусмотренные Конвенцией ООН по морскому праву 1982 г., Договором о Всемирной торговой организации (ВТО), в рамках Всемирной организации по интеллектуальной собственности (ВОИС) и др.

Обращение сторон не к государственному, а к третейскому суду в области международных экономических связей объясняется тем, что одна из сторон не верит в объективность судопроизводства в другой стране. Это может быть связано и с языковым барьером, и с трудностью ознакомления с чуждыми ей правовыми, в том числе и процессуальными, традициями и правилами.

Делая выбор в пользу третейского суда, стороны исходят из следующих соображений:

- срок рассмотрения дел в третейском суде, как правило, короче, чем в обычном суде;
- профессиональная компетентность арбитров, которые должны рассматривать спор, обычно выше, чем судей в государственных судах, поскольку последние не обладают специальными знаниями и опытом ведения операций в области международной торговли, валютного регулирования, торгового мореплавания и в других аналогичных сферах;
- решение арбитража, как правило, не подлежит обжалованию;
- предусматривается возможность согласования между сторонами языка, на котором будет вестись разбирательство дела в арбитраже;
- для фирм, ведущих споры, важно соблюдение конфиденциальности, а третейский суд обычно заседает негласно, его решения обычно не публикуются, а если и

публикуются, то без указания наименований спорящих сторон и уж во всяком случае без приведения сведений о суммах исковых требований. Эти преимущества третейского разбирательства представляются бесспорными.

Хотя, как свидетельствует практика, эти ожидания сторон не всегда оправдываются, тем не менее в большинстве случаев при заключении контрактов стороны предусматривают обращение все-таки не к государственному суду, а к арбитражу, в формировании состава которого они участвуют и которому больше доверяют.

Необходимо также учитывать, что судебное производство в каждой зарубежной стране ведется в соответствии с ее весьма сложным процессуальным законодательством, которое надо специально изучать, а производство дел в международном коммерческом арбитраже осуществляется на основе процедурных правил, заранее известных сторонам и не отличающихся большой сложностью.

Главное же преимущество арбитражного способа рассмотрения споров перед судебным для российских организаций и их партнеров состоит в том, что решение иностранного суда, как правило, в отличие от решения иностранного арбитража нельзя будет реализовать, исполнить в другой стране. Придется заново начинать все рассмотрение по существу дела в суде страны исполнения решения.

Если иностранная фирма предъявляет иск к российской организации только в случае арбитражного разбирательства, имеется возможность при удовлетворении исковых требований осуществить признание и исполнение решений. В отношении судебных решений это возможно только в тех странах (а их число, как следует из данных, приведенных в гл. 18 учебника, весьма невелико), с которыми Россия заключила соответствующие соглашения.

Возможность признания и исполнения иностранных арбитражных решений была создана благодаря участию широкого круга государств в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Поскольку среди некоторой части практических работников в России было распространено ошибочное понимание сферы применения этой Конвенции как охватывающей признание и исполнение не только решений третейских судов, но и решений арбитражных судов, входящих в государственную судебную систему,

Высший Арбитражный Суд РФ в своем информационном письме от 1 марта 1996 г. разъяснил, что эта Конвенция регулирует вопросы взаимного признания и исполнения на территории государств — участников Конвенции не судебных, а арбитражных решений, т.е. решений, принятых на территории другого государства арбитражами, избираемыми сторонами в международном коммерческом споре или назначенными органами коммерческого арбитража. Эти органы, отмечается далее в информационном письме, именуются по терминологии, принятой в нашей стране, третейскими судами.

2. В международной практике известны два вида третейских судов: так называемые изолированные и постоянно действующие (институционные). Изолированный третейский суд создается сторонами специально для рассмотрения конкретного спора. Стороны сами определяют порядок создания третейского суда и правила рассмотрения в нем дела. После вынесения решения по делу такой суд прекращает свое существование. Он получил также название третейского суда *ad hoc* (буквально — «для этого», т.е. для рассмотрения данного дела).

В отличие от третейских судов *ad hoc* постоянно действующие третейские суды создаются при различных организациях и ассоциациях, при торгово-промышленных и торговых палатах. Их часто называют арбитражными центрами. Характерным для постоянно действующих арбитражей является то, что каждый из них имеет положение (или устав), свой регламент или правила производства дел, список арбитров, из которых стороны выбирают арбитров для конкретного разбирательства. Существует более 100 постоянно действующих арбитражей. В Европе наибольшим авторитетом пользуются арбитражный суд при Международной торговой палате в Париже, Арбитражный институт Торговой палаты в Стокгольме, арбитражные суды в Лондоне и Цюрихе.

Необходимо обратить внимание на наличие тесной связи между конкретными постоянно действующими арбитражными центрами и арбитражами *ad hoc*.

Одним из проявлений взаимодействия этих двух различных видов арбитража является получившая довольно широкое распространение практика содействия

арбитражам *ad hoc* со стороны постоянно действующих арбитражных центров. Суть данной практики состоит в том, что при намерении сторон передать свои разногласия на рассмотрение арбитража *ad hoc* соответствующие арбитражные центры нередко оказывают помощь в назначении арбитров, принятии решений по вопросу об отводе арбитров или прекращении их полномочий по иным основаниям, организации слушания дела, включая предоставление для этой цели помещений, услуг переводчиков, современных технических средств связи и размножения материалов. В отличие от государственной судебной системы создание третейских судов в области международной торговли не может быть связано с существующим в каждой стране административным делением и с наличием определенных ведомственных структур. Не нужно в каждой стране или в каждом регионе создавать свой постоянно действующий международный третейский суд. Учредить формально такой суд можно, но в литературе обращалось внимание на то, что необходимы определенные предпосылки и длительное время, для того чтобы такой третейский суд смог реально осуществлять свои функции. Известные арбитражные центры обладают определенными преимуществами для сторон. Организация процесса и выбор состава арбитражного суда в каждом случае зависят лишь от желания самих сторон, которые могут в рамках механизма какого-либо международного арбитража, например при МТП в Париже, свободно назначить место и язык разбирательства, а также определить процедуру разбирательства. Хотя штаб-квартира суда находится во Франции, более 80% всех заседаний по рассмотрению конкретных споров проводится в других странах.

В дальнейшем прогнозируется расширение предметной компетенции третейских судов, прежде всего постоянно действующих так называемых институционных.

Широкое привлечение в экономику различных государств иностранных инвестиций привело к созданию специальных международных третейских судов по инвестиционным спорам (Международный центр по урегулированию инвестиционных споров при Международном банке реконструкции и развития) или включению в состав споров, подлежащих рассмотрению в третейском суде, споров

предприятий с иностранными инвестициями, созданных в данной стране (например, в России).

3. Международная практика свидетельствует о том, что в последние годы возросло число рассматриваемых в порядке арбитражного разбирательства споров, одной из сторон, в которых выступает иностранное государство. Так, 30% всех дел, рассматриваемых в соответствии с арбитражными правилами Международной торговой палаты в Париже, приходится на споры с участием государства.

Если государство заключило арбитражное соглашение с иностранным юридическим или физическим лицом в отношении возможных споров по какому-либо контракту (коммерческой сделке), то это означает, что оно не сможет ссылаться на иммунитет при рассмотрении спора не только в арбитраже, но и в суде другого государства, если этот суд в соответствии со своей компетенцией будет рассматривать спор о действительности арбитражного соглашения. В ст. 17 Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. говорится, что такое государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства в отношении: а) действительности, толкования или применения арбитражного соглашения; б) арбитражной процедуры; в) подтверждения или отмены арбитражного решения при условии, что в арбитражном соглашении не предусмотрено иное. Иностранное государство не будет обладать иммунитетом в отношении надзорной и контрольной функции государственного суда другого государства. В отношении исполнительных действий иностранное государство не пользуется иммунитетом, если оно согласилось на это в арбитражном соглашении. Наличие арбитражного соглашения не означает само по себе, что государство отказалось в отношении иммунитета от предварительного обеспечения или принудительного исполнения решения арбитража, осуществляемого с помощью суда.

4. Как и в других областях международного частного права, существенное значение для регулирования соответствующих отношений, касающихся арбитража, имеют многосторонние конвенции. К ним относится Нью-Йоркская конвенция 1958 г. В ней участвуют 143 государства, в том числе Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия,

Казахстан, Киргизия, Латвия, Литва, Молдавия, Монголия, Россия, Туркмения, Узбекистан, Украина, Эстония. В Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. участвуют более 30 государств, в том числе и Россия. Большое практическое значение имеет использование регламентов для арбитражных судов — наибольшее распространение получили регламенты, разработанные в рамках ООН: Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 г., Арбитражный регламент Европейской экономической комиссии ООН 1966 г., Правила международного торгового арбитража Экономической комиссии ООН для Азии и Дальнего Востока 1966 г. Учитывая практическую разницу между согласительной процедурой и арбитражем, ЮНСИТРАЛ подготовила и приняла также Согласительный регламент. Он был рекомендован Генеральной Ассамблеей ООН в 1980 г. В 2002 г. ЮНСИТРАЛ завершила разработку типового закона о международной коммерческой согласительной процедуре, а также Правил осуществления согласительной процедуры. Все эти акты имеют факультативный характер и применяются только в том случае, если стороны сделали на них ссылку в контракте. При этом участники соглашения вправе договориться о внесении любых изменений в положения регламентов.

В России были приняты Правила по оказанию содействия Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации арбитражу в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (Правила МКАС по содействию арбитражу *ad hoc*). Они вступили в силу с 1 января 2000 г.

Приказом президента ТПП РФ от 1 июня 2001 г. был утвержден Согласительный регламент МКАС, применяемый для согласительного регулирования споров, которые могут передаваться на разрешение МКАС.

В 1966 г. Европейская экономическая комиссия приняла Арбитражный регламент, представляющий собой рекомендации о процедуре арбитражного разбирательства, которые могут применяться, если стороны договорятся о том, что споры будут разрешаться арбитражем в соответствии с этим Регламентом. В том же году



Экономической комиссией ООН для Азии и Дальнего Востока были приняты Правила международного торгового арбитража.

Принятый в 1976 г. (затем в 1982 г.) Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ также применяется только в том случае, если стороны в договоре в письменной форме согласились на это, причем этот Регламент может применяться и с изменениями, о которых стороны договорились.

Вопросы урегулирования споров в российско-американской торговле предусмотрены в международном договоре — Соглашении о торговых отношениях между СССР и США от 1 июня 1990 г. Статья XII этого Соглашения касается применения арбитража для разрешения коммерческих споров. В ней, в частности, говорится, что стороны (договаривающиеся государства) будут поощрять применение арбитража для урегулирования споров, возникающих из торговых сделок, заключенных между организациями нашей страны и гражданами, и компаниями США. Такой арбитраж может быть предусмотрен соглашениями, содержащимися в контрактах или в отдельных соглашениях; стороны отдельных сделок могут предусматривать проведение арбитража по любым международно-признанным правилам арбитража, включая Регламент ЮНСИТРАЛ, причем в этом случае стороны должны в соответствии с данным Регламентом указать компетентный орган в иной стране, нежели Россия или США.

Если стороны не договорятся об ином, то им нужно указать местом проведения арбитража страну иную, нежели Россия или США, являющуюся участницей Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Ничто в этой статье Соглашения 1990 г. не будет толковаться таким образом, чтобы помешать, а стороны Соглашения не будут запрещать сторонам контрактов договариваться о какой-либо иной форме арбитража или урегулирования спора, которую они взаимно предпочтут и которая, по их мнению, наилучшим образом будет отвечать их конкретным потребностям.

Каждая сторона (договаривающаяся сторона) обеспечит, чтобы на ее территории имелись эффективные средства по признанию и приведению в исполнение арбитражных решений.

Для развития национального законодательства в области арбитража и обеспечения определенного разнообразия в выборе сторонами контракта процедуры арбитражного разбирательства существенное значение имеет Типовой закон о международном торговом арбитраже, принятый в 1985 г. ЮНСИТРАЛ. На основе этого Типового закона уже приняты национальные акты более чем в 40 странах: Австралии, Бахрейне, Бирме, Болгарии, Венгрии, Египте, Зимбабве, Канаде (для отдельных провинций), на Кипре, в Латвии, Литве, Мексике, Нигерии, Новой Зеландии, Перу, Сингапуре, четырех штатах США (Калифорния, Коннектикут, Орегон, Техас), Тунисе, Финляндии, ФРГ, Чехии и других государствах. В ФРГ положения Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г. нашли в 1998 г. свое отражение в Гражданском процессуальном уложении (§ 1023—1066).

5. Основным внутренним источником регулирования в России является Закон о международном коммерческом арбитраже 1993 г. Приложение к Закону содержит положения о двух постоянно действующих в России третейских судах — МКАС и МАК. МКАС (до 1987 г. он назывался ВТАК) и МАК состоят при ТПП РФ и представляют собой общественные (а не государственные) арбитражные организации.

Наряду с Законом о международном коммерческом арбитраже 1993 г. нормы, касающиеся международного коммерческого арбитража, содержатся в АПК РФ, ГПК РФ и других актах.

Названный Закон составлен на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ. Он распространяется как на изолированный арбитраж, так и на постоянно действующий. Законы о международном коммерческом арбитраже были приняты и в ряде других государств СНГ (Азербайджан, Белоруссия, Казахстан, Украина); в Армении, Молдавии и Киргизии были приняты законы о третейских судах. Так, в Армении

Закон о третейских судах и третейском судопроизводстве был принят в 1998 г., в Киргизии — в 2002 г.

В Белоруссии, Казахстане, Туркмении, Украине такие суды были созданы при торгово-промышленных палатах.

Международный коммерческий арбитражный суд (ВТАК) существует с 1932 г. Число рассматриваемых им споров в 90-е гг. XX в. резко возросло. В середине 90-х гг. в производстве на разных стадиях процесса находилось около 2000 дел. В последующие годы в МКАС число рассматриваемых дел снизилось. Как отмечалось в литературе (А. С. Комаров), это произошло, в частности, в результате повышения профессионального уровня российских предпринимателей, выступающих на международной арене, проявления большой тщательности в оформлении внешнеторговых документов, накопления необходимого опыта. Свидетельством высокого авторитета и независимости этого арбитражного органа является то, что при заключении контрактов стороны продолжают включать в свои контракты условие о рассмотрении споров в МКАС в случае их возникновения.

Согласно Положению о МКАС, в Международный коммерческий арбитражный суд могут по соглашению сторон передаваться:

- споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находится за границей;

- споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории РФ, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

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), научно-техническому обмену, обмену другими результатами

творческой деятельности, сооружению промышленных и иных объектов, лицензионным операциям, инвестициям, кредитно-расчетным операциям, страхованию, совместному предпринимательству и другим формам промышленной и предпринимательской кооперации.

Морская арбитражная комиссия была создана в 1930 г. В соответствии с Положением о МАК этот постоянно действующий третейский суд разрешает споры по фрахтованию судов, морской перевозке грузов, морской буксировке судов, спасанию судов; споры, связанные с подъемом затонувших в море судов и иного имущества; споры, связанные со столкновением судов, с причинением судами повреждений портовым сооружениям, и иные 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 либо только российского или только иностранного права.

### **Арбитражное соглашение и определение компетенции арбитража**

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, независимо от того, носило оно договорный характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде условия в контракте, получившего название арбитражной оговорки, или в виде отдельного соглашения, которое часто называется третейской записью. В большинстве стран, в том числе и в России, предусмотрен единый правовой режим для арбитражной оговорки и для третейской записи. Такое соглашение выражает волю сторон, направленную на исключение подсудности спора государственным судам, в пределах, допускаемых законодательством соответствующего государства. В литературе обращалось внимание на то, что арбитражное соглашение обладает определенной спецификой, состоящей в том, что, являясь гражданско-правовой сделкой, оно имеет процессуальные последствия. Действительность соглашения как

гражданско-правовой сделки определяется гражданским законодательством, что же касается исключения государственного суда, т.е. изъятия того или иного спора из его ведения и допустимости арбитражного соглашения, то эти вопросы решаются на основании гражданского процессуального законодательства соответствующей страны.

Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон подтверждает наличие соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора (ст. 7 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г.).

На практике часто применяются типовые арбитражные оговорки, которые обязательны для сторон лишь в случае их прямо выраженного согласия на это.

Приведем в качестве примера арбитражную оговорку, рекомендуемую МКАС для включения во внешнеэкономические договоры (соглашения). «Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора (соглашения) или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его Регламентом».

Особенность заключенного арбитражного соглашения состоит в том, что оно обязательно для сторон и уклониться от передачи спора арбитражу они не могут. Обычный суд, как правило, не вправе ни отменить арбитражное соглашение, ни пересмотреть, по существу, решение арбитража. Это положение получило признание в законодательстве и судебной практике различных государств.

Российский Закон о международном коммерческом арбитраже 1993 г. решает вопрос о возможности предъявления иска по существу спора в обычном суде при наличии арбитражного соглашения следующим образом.

Суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, прекратить производство и направить стороны в арбитраж, если не найдет, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 1 ст. 8 названного Закона).

Для рассмотрения спора в порядке арбитража в МКАС (или в МАК) необходимо, во-первых, чтобы этот спор относился к тем категориям споров, рассмотрение которых входит в компетенцию этого арбитража, и, во-вторых, чтобы имелось соглашение сторон о передаче спора на рассмотрение данного арбитража.

Как отмечалось выше, в большинстве стран юридическая сила арбитражного соглашения обеспечивается тем, что в случае, если одна сторона, невзирая на арбитражное соглашение, обратится в обычный суд, другая сторона имеет право требовать отвода суда, а суд должен прекратить производство по такому делу. Несколько иначе этот вопрос решен в российском законодательстве. На основании соответствующих положений ГПК РФ (например, ст. 135) судья должен возвращать исковое заявление, если в производстве третейского суда имеется дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям.

На практике часто возникает вопрос о юридической силе арбитражного соглашения, на основании которого дело в порядке арбитража должно рассматриваться за границей.

Во Франции, например, признаются арбитражные соглашения, причем такое соглашение дает основание сделать в суде возражение, направленное на прекращение судебного рассмотрения дела. Для принудительного исполнения иностранного арбитражного решения требуется распоряжение председателя гражданского суда по месту его исполнения, который рассматривает лишь формальную правильность

решения и допустимость исполнения с точки зрения французского публичного порядка. Аналогичным образом решается этот вопрос в ФРГ.

В Великобритании по Актам об арбитраже 1979 и 1996 гг. значение арбитражного соглашения возросло. Иностранное арбитражное решение, если оно состоялось на основе действительного арбитражного соглашения, подлежит принудительному исполнению в Великобритании. На содержание Акта об арбитраже 1996 г. оказал влияние Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

В США принцип признания юридической силы арбитражных соглашений был реализован лишь во второй половине XX в. Особенно неопределенным до 50-х гг. было решение вопроса о юридической силе соглашений, предусматривающих рассмотрение спора за рубежом, хотя в судебной практике США бывали случаи, когда соглашение о подведомственности спора внешнеторговому арбитражу в Москве служило основанием для отказа в рассмотрении иска в суде.

Для современной практики США характерно повсеместное признание арбитражных соглашений.

2. Российское законодательство признает силу соглашения об арбитраже, заключенного между сторонами. Как уже отмечалось, согласно Закону о международном коммерческом арбитраже 1993 г. в международный арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории России, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации. Из этого положения Закона следует сделать вывод, что российская организация по соглашению об арбитраже со своим иностранным контрагентом может передать спор как на разрешение постоянно действующих в России арбитражных организаций, так и на рассмотрение любого иного постоянного или изолированного арбитража. В то же

время Закон не содержит каких-либо ограничений в отношении места такого арбитража. Свобода выбора сторонами места проведения арбитража не ограничивается.

Этот принцип нашел отражение и в ряде международных соглашений, например в Соглашении между СССР и ФРГ по общим вопросам торговли и мореплавания от 25 апреля 1958 г. В ст. 8 Соглашения прямо предусматривается обязательство договаривающихся государств давать исполнение на своей территории арбитражным решениям «независимо от того, были ли они вынесены на территории одного из обоих государств или же на территории третьего государства». В Соглашении принцип свободы выбора места проведения арбитража выражен прямо, а из других договоров и соглашений с иностранными государствами этот принцип с несомненностью вытекает.

Помочь сторонам договора решить вопрос о том, в каком порядке будет разрешен спор, может типовая арбитражная оговорка. В соответствии с международной практикой ТПП РФ заключила с торговыми палатами и арбитражными ассоциациями ряда стран соглашения, в которых рекомендуется применять типовую арбитражную оговорку. Такие соглашения были заключены с организациями Японии (1956), Италии (1974), США (1977 и 1992), Индии (1980), Австрии (1982), Бельгии (1983), Кореи (1994). Эти соглашения применяются и в настоящее время.

Рекомендуемая арбитражная оговорка обычно устанавливает, что арбитражное рассмотрение будет проводиться в определенном, постоянно действующем третейском суде по месту нахождения ответчика или же в ином арбитраже, созданном для рассмотрения спора в стране ответчика.

3. Арбитражное соглашение, в том числе и арбитражная оговорка, обладает юридической самостоятельностью, автономностью. Это означает, что действительность арбитражного соглашения не зависит от действительности того контракта, в связи с которым оно было заключено. Закон о международном коммерческом арбитраже 1993 г. исходит из того, что арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна рассматриваться как соглашение сторон, не



зависящее от других условий договора. Даже в случае принятия третейским судом решения о ничтожности договора арбитражная оговорка продолжает действовать. С этим связано действие принципа (или доктрины) так называемой компетенции компетенции, согласно которому вопрос о компетенции должен решаться самим арбитражем, а не государственным судом. Название общепринятого принципа «доктрина «компе - тенс-компетенс» в нашей литературе (Е. В. Брунцева) предлагалось перевести как «компетенция по поводу компетенции».

В соответствии с п. 1 ст. 16 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г. третейский суд может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия действительности арбитражного соглашения. Данный принцип закреплен в арбитражных регламентах и предусмотрен в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, а также в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. В соответствии с п. 3 ст. V Конвенции арбитражный суд, против которого заявлен отвод о неподсудности, не должен отказываться от разбирательства дела и имеет право сам вынести решение по вопросу о своей компетенции либо о наличии или действительности арбитражного соглашения или сделки, составной частью которой это соглашение является, с тем, однако, что указанное решение арбитражного суда может быть впоследствии обжаловано в компетентном государственном суде в соответствии с законом страны суда.

Таким образом, арбитражное соглашение — это самостоятельное соглашение со своим собственным предметом. По своему содержанию оно не связано с другими условиями контракта. Автономность арбитражной оговорки признана и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, и в национальном законодательстве.

Признание автономности арбитражной оговорки приводит к выводу о необходимости самостоятельного определения права, подлежащего применению именно к этой оговорке (или вообще к арбитражному соглашению). Согласно российскому Закону о международном коммерческом арбитраже 1993 г. недействительность арбитражного соглашения может быть определена по закону, которому стороны его

подчинили (т.е. в этом случае действует принцип автономии воли сторон), а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение было вынесено.

При рассмотрении споров положение об автономности приобретает решающее значение.

В качестве примера сошлемся на известное решение ВТАК от 9 июля 1984 г. по делу по иску В/О «Союзнефтеэкспорт» к фирме «Джок ойл». Советское объединение подписало с фирмой контракт на поставку истцом ответчику значительного количества нефти и нефтепродуктов. Ввиду прекращения фирмой, находившейся на Бермудских островах, оплаты части поставленного ей товара дальнейшие поставки были приостановлены. Затем истец на основании арбитражной оговорки контракта, предусматривавшей, что все споры будут рассматриваться во ВТАК в Москве, обратился с иском в этот постоянно действующий арбитражный суд. Ответчик прежде всего ссылаясь на недействительность контракта, поскольку он был подписан со стороны истца только председателем объединения, что являлось нарушением действовавшего тогда советского законодательства (см. гл. 9 учебника), согласно которому договоры должны подписываться двумя лицами. Недействительность же контракта, по мнению ответчика, влечет за собой и недействительность арбитражной оговорки, устраняя тем самым компетенцию ВТАК по возникшему спору. ВТАК признала контракт недействительным с момента его подписания, но в то же время отклонила возражение ответчика в части, касающейся арбитражной оговорки, и разрешила спор, по существу. ВТАК исходила из самостоятельности арбитражной оговорки. «Арбитражное соглашение, — указывалось в решении, — может быть признано недействительным лишь в том случае, если в нем будут обнаружены пороки воли (заблуждение, обман и др.), нарушения требований закона, относящихся к содержанию и форме заключенного арбитражного соглашения. Таких обстоятельств, приводящих к недействительности арбитражного соглашения, нет, и ни одна из сторон не заявляла о его недействительности, ссылаясь на такие обстоятельства». В итоге ВТАК признала, что арбитражное соглашение «является процессуальным договором, независимым от материально-правового договора» и что поэтому «вопрос

о действительности или недействительности этого договора не затрагивает соглашения сторон о подчинении возникшего спора юрисдикции ВТАК», а последнее само по себе в данном случае юридически действительно.

В состав арбитража по этому делу входили В. С. Поздняков (председатель), арбитры Р. Л. Нарышкина и С. Н. Братусь. Это решение представляет собой классический акт, утвердивший принцип автономности арбитражного соглашения даже в случае признания недействительной сделки, в которую это арбитражное соглашение включено.

В основных многосторонних конвенциях по вопросам арбитража — Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. — под арбитражным соглашением понимаются как оговорка в письменном договоре, так и отдельное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами, телеграммами и т.п. Эти конвенции устанавливают независимо от закона, применимого к основному контракту, специальные коллизионные правила для определения действительности арбитражного соглашения.

На практике часто недооценивается значение оговорки, она составляется небрежно. В случае обращения к постоянно действующему арбитражу должно быть точно указано его название. Если в арбитражной оговорке говорится, что споры будут рассматриваться в арбитраже, а не в суде или же, например, в арбитраже страны ответчика, но не говорится, в каком именно, то такая оговорка не будет признаваться действительной.

4. Определение компетенции МКАС дается в Законе о международном коммерческом арбитраже 1993 г. и в Регламенте МКАС. В Регламенте МКАС, утвержденном Президиумом ТПП РФ в декабре 1994 г., учтены положения названного Закона. Регламент вступил в силу с 1 мая 1995 г. МКАС правомочен разрешать споры, которые вытекают из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих между сторонами при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находится за границей, а также споры предприятий с

иностранными инвестициями между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

По иску кипрской фирмы к трем организациям Казахстана (дело № 167/2003, решение от 28 июня 2004 г.) было признано, что ответчик, заявивший в государственном суде своей страны о неподсудности ему спора между истцом и ответчиком в связи с наличием в контракте истца с третьим лицом арбитражного соглашения, предусматривающего разрешение данного спора в третейском суде, тем самым признал обязательность для своих отношений с истцом указанного арбитражного соглашения.

В другом деле иск был предъявлен организацией из Казахстана к кипрской фирме на основании двух договоров о предоставлении транспортно-экспедиторских услуг. Один договор был заключен сторонами 23 мая 2000 г., а другой — 27 августа 2002 г. Поскольку в договоре от 23 мая 2000 г. отсутствовала арбитражная оговорка, разбирательство по делу в части требований из этого договора было прекращено.

Следует обратить внимание на то, что в практике МКАС имели место случаи, когда ответчик пытался всякого рода действиями не допустить рассмотрения спора в МКАС, несмотря на наличие арбитражной оговорки в заключенном им контракте. Приведем пример.

В 2008 г. в МКАС рассматривался спор между российской организацией и канадской фирмой.

Суть дела, как отмечал М. Г. Розенберг, состояла в том, что канадская фирма (продавец), заключившая контракт с российской организацией (покупатель) на поставку племенного скота и получившая от покупателя предоплату, не полностью поставила первую партию товара, притом часть этой партии не соответствовала требованиям контракта. С учетом заявления продавца о бесперспективности продолжения переговоров о выполнении контракта покупатель расторг контракт. В предъявленном иске он требовал возврата суммы предоплаты за непоставленный товар, а также возмещения стоимости скота, не соответствующего требованиям контракта, и расходов (убытков), вызванных этим. Предъявлены им были и

требования об уплате договорных штрафов (за недопоставку скота и просрочку возврата суммы предоплаты), а также об уплате процентов за пользование его денежными средствами.

Продавец объяснений по иску не представил и обратился в канадский суд с заявлением об издании судебного запрета на проведение разбирательства по данному делу в МКАС.

В разделе 12 заключенного 19 августа 2006 г. контракта стороны договорились, что «все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего контракта или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его Регламентом». Приведенная арбитражная оговорка соответствует требованиям п. 2 ст. 7 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г. и п. 2 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ и предусматривает передачу любых споров по контракту на рассмотрение в МКАС, что подтверждено истцом в разделе 7 искового заявления («Обоснование компетенции МКАС») и в заседаниях 13 ноября 2007 г., 17 января и 17 апреля 2008 г.

Поступившие в Секретариат МКАС 7 и 12 ноября 2007 г., а также 16 января 2008 г. факсимильные сообщения и письма свидетельствуют о том, что ответчик оспаривает компетенцию МКАС на рассмотрение настоящего спора в государственном суде Канады (далее — Канадский суд) и добивается издания судебного запрета на проведение настоящего разбирательства в МКАС в г. Москве. Указанные письма поступили от канадской адвокатской фирмы, которая позиционирует себя как представитель ответчика в разбирательстве против истца и российского гражданина в Канадском суде. Из указанных факсимильных сообщений и писем также следует, что решением Канадского суда от 28 ноября 2007 г. ответчику было отказано в удовлетворении его требования и что данное решение обжаловано ответчиком, в связи с чем указанная адвокатская фирма обратилась в Секретариат МКАС с просьбой об отложении или приостановлении разбирательства.

Поскольку место арбитража находится на территории РФ, процедура проведения разбирательства регулируется Законом о международном коммерческом арбитраже 1993 г., основанным, как следует из его преамбулы, на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, принятом в 1985 г. Комиссией ООН по праву международной торговли и одобренном Генеральной Ассамблеей ООН.

В соответствии с п. 2 ст. 8 названного Закона РФ (такое же положение содержится в п. 2 ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ) в случае предъявления в государственный суд иска по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, арбитражное разбирательство может быть тем не менее начато или продолжено, и арбитражное решение — вынесено, пока пререкания о подсудности ожидают разрешения в суде. Таким образом, согласно нормам процессуального права, действующим в России, предъявление иска в государственный суд не является основанием для приостановления разбирательства в МКАС.

Состав арбитража обратил внимание на то, что и в Канаде действует законодательство о международном коммерческом арбитраже — Commercial Arbitration Code, принятый Актом 1986 г., основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ 1985 г. о международном торговом арбитраже и предусматривающий по этому вопросу положения, совпадающие по содержанию с положениями Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г. и Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г.

Принцип, лежащий в основе указанных норм, подкрепляется и Рекомендациями по *lis pendens* (далее — Рекомендации), утвержденными Резолюцией № 1/2006, принятой на 72-й Конференции Ассоциации международного права (Торонто, Канада, 4—8 июня 2006 г.) (*Recommendations on Lis Pendens and Res Judicata and Arbitration. Lis pendens* — иск, находящийся на рассмотрении по существу (юрисдикция суда в период рассмотрения иска в отношении имущества, являющегося его предметом)). Согласно п. 4 данных Рекомендаций в условиях, когда в суде другого государства возбуждено параллельное разбирательство, третейский суд должен продолжить арбитражное разбирательство и решить вопрос о собственной компетенции, если

сторона, инициировавшая арбитражное разбирательство, не откажется от своих прав по арбитражному соглашению или не возникнут иные исключительные обстоятельства.

Документов от ответчика не поступало. Согласно имеющимся в деле накладным курьерской службы ООО «Юнайтед парсел сервис (РУС)» все документы МКАС, а также документы, полученные МКАС от истца, были своевременно доставлены ответчику: постановление МКАС от 17 января 2008 г. доставлено 25 января 2008 г., заявление истца об изменении исковых требований от 5 февраля 2008 г. получено ответчиком 20 февраля 2008 г., повестка о назначении слушания дела на 17 апреля 2008 г. и Отдельное решение от 6 марта 2008 г. вручены ответчику 13 марта 2008 г. Таким образом, МКАС пришел к выводу, что ни в установленный законом срок, ни по его истечении заявление об отсутствии у МКАС компетенции по рассмотрению данного спора ответчиком сделано не было.

Исходя из изложенного и на основании п. 1 ст. 16 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г. и § 2 Регламента состав арбитража признал компетенцию МКАС по рассмотрению настоящего спора и не нашел оснований, препятствующих арбитражному разбирательству и вынесению решения.

Сторонами в споре могут быть любые лица, в том числе и субъекты права одного и того же государства (например, в споре российского предприятия и предприятия с иностранными инвестициями, учрежденного в России).

Арбитражный суд принимает к рассмотрению споры при наличии письменного соглашения между сторонами о передаче на его разрешение уже возникшего или могущего возникнуть спора, причем соглашение об этом со стороны истца может быть выражено предъявлением иска, а со стороны ответчика — совершением действий, свидетельствующих о его добровольном подчинении юрисдикции арбитражного суда, в частности путем сообщения в ответ на запрос суда о согласии подчиниться его юрисдикции.

Также суд принимает к рассмотрению споры, подлежащие его юрисдикции в силу международных соглашений. Соглашения сторон о передаче спора на рассмотрение

арбитражного суда не требуется, если он принимает к рассмотрению споры, которые стороны обязаны передать на его рассмотрение в силу международных договоров.

5. Наряду с арбитражами, рассматривающими споры в области международной торговли и торгового мореплавания, действуют третейские суды для разрешения споров, представляющих собой комбинацию спортивных и коммерческих вопросов (Р. М. Ходыкин). Роль спортивных арбитражных судов трудно переоценить. Еще в 1984 г. был создан Международный спортивный арбитражный суд в Лозанне (Швейцария). В редакцию Олимпийской хартии Международного олимпийского комитета были включены положения об арбитраже. Согласно правилу 74 Олимпийской хартии споры, возникшие во время или в связи с Олимпийскими играми, разрешаются этим международным спортивным арбитражным судом.

Арбитражные центры были созданы в Австралии, Бельгии, Италии и других странах. В октябре 2003 г. был образован Спортивный арбитраж при ТПП РФ. В его компетенцию входит наряду с рассмотрением других споров внутреннего характера в области спорта также разрешение споров, возникающих в международной спортивной практике. В том случае, если хотя бы одна из сторон третейского разбирательства находится за границей, а также при рассмотрении споров предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории РФ, между собой, споров между их участниками, а равно их споров с другими субъектами права Российской Федерации такие споры рассматриваются в этом арбитраже. Спортивный арбитраж осуществляет свою деятельность в соответствии с Законом о международном коммерческом арбитраже 1993 г.

Порядок организации и деятельности Спортивного арбитража, правила третейского разбирательства определяются наряду с названным Законом также Положением о Спортивном арбитраже и Регламентом Спортивного арбитража, утвержденными ТПП РФ 24 октября 2003 г. В литературе (С. В. Алексеев) обращалось внимание на преимущество третейского разбирательства в Спортивном арбитраже при ТПП РФ



(возможность рассмотрения споров с участием не только российских предприятий и физических лиц, но и иностранных, а также соблюдение конфиденциальности).

6. Другой областью, в которой в последнее время стали обращаться к арбитражному рассмотрению споров, стали вопросы возвращения культурных ценностей. Сошлемся прежде всего на Конвенцию УНИДРУА по похищенным или незаконно вывезенным культурным ценностям 1995 г. (Россия подписала, но еще не ратифицировала эту Конвенцию). В п. 2 ст. 8 (гл. IV) этой Конвенции прямо предусмотрено, что в спорах о возвращении таких ценностей «стороны могут договориться передать их спор в суд или другой компетентный орган либо в арбитраж».

В отношении правового положения культурных ценностей, изъятых у жертв нацизма, приведем пример из практики Австрии. По судебному решению, вынесенному Верховным судом Австрии, в июне 2004 г. был создан третейский суд (в составе трех арбитров), который в январе 2006 г. принял решение о безвозмездном возврате наследникам пяти из шести картин кисти известного австрийского художника Г. Климта.

### **Процедура арбитражного разбирательства**

1. Порядок обращения сторон в институционный арбитраж, формирование состава арбитража и порядок рассмотрения спора в таком арбитраже определяются внутренним законодательством страны, на территории которой он находится, международными соглашениями и соответствующим Регламентом или правилами, установленными этим арбитражем. В случае рассмотрения спора в арбитраже *ad hoc* эти вопросы определяются прежде всего самим арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой, а также рядом международных соглашений и иных актов. Так, согласно ст. VI Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. предусматривается право сторон в арбитражном соглашении обуславливать, что:

- споры подлежат передаче в постоянно действующий арбитраж, и тогда арбитражное производство должно состояться в соответствии с правилами этого арбитража;

- их споры подлежат передаче в арбитраж ad hoc; в таком случае стороны могут, в частности: а) назначить арбитров или определить порядок, в котором они должны быть назначены; б) определить место проведения арбитража; в) обусловить правила арбитражного разбирательства.

Конвенция предусматривает также определенный порядок формирования состава арбитража ad hoc, определение места и правил производства, если стороны не договорились по этому вопросу или если одна из сторон уклоняется от участия в образовании состава арбитража (участие в решении этих вопросов представителей торговых палат, создание специального комитета и т.д.).

В приведенной выше типовой арбитражной оговорке, рекомендованной МКАС, содержится отсылка к Регламенту МКАС.

В оговорке, рекомендованной Арбитражным институтом в Стокгольме, наряду с отсылкой к Правилам этого арбитражного суда сторонам рекомендуется: в случае необходимости дополнительно указать число арбитров, которые будут рассматривать спор, место арбитражного производства и язык, на котором будет такое производство осуществляться. Кроме того, Арбитражный институт рекомендует сторонам предусмотреть, какое материальное право подлежит применению к их договору.

В отличие от арбитражей ad hoc в постоянно действующих арбитражных судах обычно имеется список арбитров, из которых формируется состав арбитража, рассматривающий конкретный спор. Рассмотрим порядок формирования этого состава и процедуру арбитражного разбирательства на примере МКАС.

Каждое дело рассматривается в этом арбитражном суде арбитражем в составе трех арбитров или единоличным арбитром. Образование состава арбитража, а также избрание сторонами единоличного арбитра или назначение его осуществляются в соответствии с Регламентом МКАС.

С 1 марта 2006 г. действует Регламент, утвержденный ТПП РФ 18 октября 2005 г. Этот Регламент заменил аналогичный Регламент, принятый в 1995 г.

Согласно п. 4 § 3 Регламента 2005 г. функции арбитров могут выполнять лица, не включенные в список арбитров, если иное не предусмотрено Регламентом. Так,

председателем состава арбитража и единоличным арбитром может быть только лицо, состоящее в списке.

Случаи назначения арбитров не из списка, утвержденного Президиумом ТПП РФ, немногочисленны, но само установление такой возможности для сторон соответствует международной практике.

В литературе (Е. А. Васильев) обращалось внимание на то, что в Законе о международном коммерческом арбитраже 1993 г. и Регламенте сформулирован ряд критериев, которым должны отвечать лица, избираемые или назначаемые арбитрами. Такими критериями являются профессиональная квалификация арбитра, его независимость и беспристрастность в разрешении данного спора.

Ранее в список арбитров включались только граждане СССР (России). Согласно Закону о международном коммерческом арбитраже 1993 г. «ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его гражданства, если стороны не договорились об ином» (п. 1 ст. 11). Приведенное положение сделало возможным избрание в качестве арбитров лиц, не являющихся гражданами РФ. Это позволило включить в список арбитров известных зарубежных специалистов (из стран СНГ, США, ФРГ, Швеции и других государств), число которых составляет более одной трети всего списочного состава.

В соответствии с Регламентом МКАС формирование состава арбитража, рассматривающего конкретный спор, осуществляется следующим образом: как правило, споры рассматриваются тремя арбитрами, хотя возможность рассмотрения спора одним арбитром предусмотрена. При формировании арбитража в составе трех арбитров истец в срок не позднее 15 дней после получения уведомления МКАС сообщает об избранном им арбитра и запасном арбитра, если такое избрание не было осуществлено истцом ранее. Если истец не изберет арбитра и запасного арбитра в этот срок, арбитра и запасного арбитра за него назначает президиум МКАС. Ответчик должен также в срок не позднее 15 дней сообщить об избранном им арбитра и запасном арбитра. При формировании арбитража в составе трех арбитров

председатель состава арбитража и запасной председатель назначаются президиумом МКАС из списка арбитров.

Иным образом происходит формирование состава арбитража в Арбитражном институте в Стокгольме. Арбитров в этом арбитражном суде назначают стороны, но председателя состава назначает Арбитражный институт, если стороны не договорились об ином. Списка арбитров не имеется. Стороны могут в качестве арбитра избрать любого гражданина любой страны. Обязательным условием является независимость и беспристрастность арбитра. Таким образом, в большинстве случаев контроль над назначением председателей практически осуществляется институтом. Число арбитров, которые будут рассматривать спор, определяется сторонами. Если стороны не определили число арбитров, арбитраж формируется из трех арбитров или институт предусматривает, что спор будет рассматриваться единоличным арбитром. Такая система формирования состава арбитража, которая была изложена выше на примере МКАС и Арбитражного института в Стокгольме, призвана исключить саму возможность для недобросовестной стороны уклониться от рассмотрения спора в арбитраже, который она сама выбрала, заключив арбитражные соглашения или включив в свой контракт с другой стороной арбитражную оговорку.

При принятии на себя функции арбитра он делает письменное заявление о том, что он независим и беспристрастен в отношении сторон спора и что ему неизвестны какие-либо обстоятельства, которые могли бы вызвать сомнения в его независимости или беспристрастности. Имеется в виду отсутствие зависимости одного арбитра от других арбитров или от сторон, участвующих в деле (например, личного, служебного или материального характера). Регламентом МКАС предусмотрено, что лицо, принимающее на себя функции арбитра, обязано сообщить МКАС о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости в связи со спором.

2. Согласно Регламенту МКАС арбитражное разбирательство ведется на русском языке. По согласованию сторон МКАС может провести арбитражное разбирательство и на другом языке по просьбе стороны и за ее счет.

Стороны могут вести свои дела в МКАС непосредственно или через должным образом, уполномоченных представителей, назначаемых сторонами по их усмотрению, в том числе из иностранных организаций и граждан. Любая сторона до окончания устного слушания дела может без необоснованной задержки изменить или дополнить свои исковые требования или возражения по иску.

Допускается мировое соглашение. Если в ходе арбитражного разбирательства стороны об этом договорятся, то разбирательство прекращается. По просьбе сторон состав арбитража может зафиксировать это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях (§ 41 Регламента).

Несколько иначе вопросы процедуры рассмотрения спора регулируются Правилами Арбитражного института в Стокгольме. На первой стадии истец представляет в Арбитражный институт ходатайство о возбуждении арбитражного производства и назначает арбитра. Ответчик в свою очередь направляет свои возражения по ходатайству и назначает своего арбитра. После назначения суперарбитра (председателя состава арбитража), определения расходов по ведению дела и уплаты их Институт передает спор на рассмотрение арбитража. После этого истец передает свое исковое заявление, а ответчик направляет свои возражения по иску, затем уже осуществляется устное производство и вынесение решения.

3. В случае если выбор материального права самими сторонами не сделан, решение этого вопроса в значительной степени зависит от места рассмотрения спора. Однако из сказанного не следует, что к сделке будет применено право места нахождения арбитража.

В ряде сделок, заключенных нашими предприятиями и организациями с западноевропейскими фирмами, предусматривается рассмотрение возможных споров в порядке арбитража в Стокгольме. В контрактах оговаривается, что третейский суд выносит решение большинством голосов в соответствии с условиями контракта, действующими международными торговыми обычаями и внутригосударственными правовыми нормами, подлежащими применению согласно принципам международного частного права. Шведское коллизионное право исходит из принципа

применения права государства, с которым договорное обязательство имеет наиболее тесную связь. Аналогичный подход характерен для рассмотрения споров в арбитраже *ad hoc*.

Таким образом, рассматривая дело по существу, арбитры обязаны исходить из условий контрактов и учитывать торговые обычаи. Они должны применять право, избранное сторонами, а если стороны не сделали такого выбора — право, подлежащее применению в соответствии с коллизионной нормой, из которой в данном случае будут исходить арбитры. Следует обратить внимание на то, что новый Регламент МКАС предусматривает, что в исковом заявлении необходимо, помимо прочего, привести обоснование исковых требований с учетом применимых норм права (§ 9); это должно быть сделано также ответчиком в отзыве на исковое заявление (§ 2).

В Регламенте Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма, вступившего в силу с 1 апреля 1999 г. и заменившего ранее действовавшие Правила Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма от 1 января 1988 г., предусмотрено, что:

- арбитражный суд решает споры в соответствии с правом, применение которого определили стороны. При отсутствии такого согласия арбитражный суд применяет право, которое он считает наиболее подходящим для применения;
- отсылка к праву определенного государства понимается как отсылка к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам;
- арбитражный суд может разрешить спор по справедливости (*ex aequo et bono*) только в том случае, если стороны его прямо на это уполномочили.

Таким образом, в современной международной практике международный коммерческий арбитраж при определении подлежащего применению права не обязан руководствоваться коллизионными нормами государства, на территории которого осуществляется рассмотрение спора. С учетом этого в разд. VI части третьей ГК РФ установлено, что «особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже» (п. 1 ст. 1186). В ст. 28 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г., а также в п. 2 § 26 Регламента

МКАС предусмотрено, что этот арбитраж будет разрешать споры в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться судом как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.

При отсутствии какого-либо указания сторон третейский суд будет применять право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

Во всех случаях третейский суд будет принимать решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

К процедуре ведения разбирательства МКАС применяет в соответствии с его Регламентом положения этого Регламента. Пункт 2 § 26 Регламента МКАС предусматривает, что при решении вопросов, не урегулированных ни Регламентом, ни соглашением сторон, арбитры МКАС ведут разбирательство таким образом, какой считают надлежащим, с соблюдением положений применимого законодательства о международном коммерческом арбитраже, соблюдая равное отношение к сторонам и предоставляя каждой стороне необходимые возможности для защиты своих интересов.

В отношении возможности применения положений российского процессуального законодательства РФ следует обратить внимание на то, что согласно Федеральному конституционному закону от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации» международный коммерческий арбитраж не входит в правовую систему РФ. Как отмечалось в учебной литературе, ни российское законодательство о судопроизводстве, ни процессуальное законодательство к международному коммерческому арбитражу не применяются.

Приведем пример из практики МКАС. Украинская организация (подрядчик) предъявила иск к российской организации (заказчик) в связи с неоплатой ремонтных работ, выполненных подрядчиком на основании договора, заключенного сторонами 25 декабря 2003 г. В обоснование своего ходатайства о приостановлении

производства ответчик ссылался на нормы АПК РФ, а затем на нормы ГПК РФ. В решении по этому делу было обращено внимание на то, что процессуальная деятельность МКАС регулируется его Регламентом и российским законодательством о международном коммерческом арбитраже, на нее не распространяется действие норм АПК РФ и ГПК РФ.

### **Связь и взаимодействие между международным коммерческим арбитражем и государственными судами**

Хотя третейские суды, рассматривающие споры в области международной торговли, и не входят в судебную систему государства, они не могут осуществлять свою деятельность вне контроля государства и без взаимодействия с государственными судами. Рамки осуществления такого контроля определяются международными соглашениями, в которых участвуют государства (прежде всего Нью-Йоркская конвенция 1958 г.), и национальным законодательством. Контроль и взаимодействие могут осуществляться по различным направлениям.

Во-первых, согласно АПК РФ, государственные арбитражные суды могут рассматривать заявления по вопросу компетенции третейского суда (ст. 235).

В случаях, предусмотренных международным договором РФ и федеральным законом, любая сторона третейского разбирательства может обратиться в арбитражный суд с заявлением об отмене постановления третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции.

В литературе (А. С. Комаров) обращалось внимание на то, что под «законом» в данном случае следует понимать право, которое регулировало процесс арбитражного разбирательства, а не материальное право, применявшееся международным арбитражным судом при разрешении спора. Вопросы применения материального права относятся к существу спора и поэтому находятся вне компетенции государственного суда, рассматривающего заявление об отмене решения международного арбитража.



Во-вторых, в компетенцию государственного суда входит определение действительности арбитражного соглашения. Суд может признать, что соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 1 ст. 8 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г.). Эта формулировка российского законодательства соответствует положениям Нью-Йоркской конвенции 1958 г., согласно которой суд государства — участника Конвенции обязан в случае обращения к нему стороны, оспаривающей вынесенное арбитражем решение, направить стороны в согласованный арбитраж, «если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено». Таким образом, при определенных условиях государственные суды могут контролировать действительность арбитражной оговорки.

В-третьих, в компетенцию государственного суда входит решение вопросов предварительного обеспечения исков, предъявленных в порядке арбитражного производства (ст. 9 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г.). Функцию такого рода может осуществлять только государственный суд, поскольку только он, а не третейский суд обладает соответствующими властными полномочиями.

В-четвертых, в компетенцию государственного суда входит рассмотрение ходатайства об отмене арбитражного решения. Согласно ст. 34 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г. ходатайство об отмене рассматривается этим Законом как исключительное средство оспаривания арбитражного решения.

На вопросе об оспаривании решений третейских судов следует остановиться более подробно. Законодательство проводит различие между оспариванием решений международных коммерческих арбитражей, принятых на территории РФ, и оспариванием иностранных арбитражных решений.

В первом случае, согласно АПК РФ, заявление об отмене решения такого третейского суда подается в арбитражный суд субъекта РФ, на территории которого принято решение третейского суда, в срок, не превышающий трех месяцев со дня получения

оспариваемого решения стороной, обратившейся с заявлением, если иное не установлено международным договором РФ или федеральным законом (ч. 3 ст. 230). В отношении второго случая в АПК РФ установлено, что в предусмотренных международным договором РФ случаях может быть оспорено иностранное арбитражное решение, при принятии которого применены нормы законодательства РФ, путем подачи заявления об отмене такого решения в арбитражный суд субъекта РФ по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства должника неизвестно, по месту нахождения имущества должника — стороны третейского разбирательства (ч. 5 ст. 230).

Решение международного коммерческого арбитража может быть отменено государственным арбитражным судом по основаниям, предусмотренным международным договором РФ и федеральным законом о международном коммерческом арбитраже (ч. 4 ст. 233 АПК РФ).

В нашей литературе, связанной с анализом практики арбитражных судов относительно третейского разбирательства, высказывалось мнение об оценке юридической силы третейского соглашения, исключающего рассмотрение спора в государственном суде, с позиции соответствия конституционному праву на судебную защиту или аналогичным правам, предусмотренным международными соглашениями, в частности ст. 6 (1) Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.

Конституционный Суд РФ однозначно выразил мнение, что третейское (арбитражное) соглашение не противоречит конституционному праву на судебную защиту. Так же определенно в официальной практике применения Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. формулируется позиция об отсутствии противоречий между заключением арбитражного соглашения, исключающего юрисдикцию государственного суда, и положением Конвенции о доступе к правосудию, поскольку арбитражное соглашение означает добровольный отказ от обращения в государственный суд для разрешения споров.

Законом о международном коммерческом арбитраже 1993 г. установлен следующий перечень оснований для отмены решения, подлежащих доказыванию стороной, заявляющей ходатайство об отмене:

- арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону РФ;
- одна из сторон в арбитражном соглашении была в какой-либо мере недееспособна;
- одна из сторон не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам не могла представить свои объяснения;
- решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением;
- состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон.

В литературе (А. С. Комаров) обращалось внимание на то, что эти основания предельно ограничены и включают обстоятельства, связанные с нарушением процессуальных аспектов арбитражного разбирательства, которые должны быть доказаны стороной, ходатайствующей об отмене решения международного арбитража. Иными словами, не допускается оспаривание решения третейского суда по основаниям, относящимся к существу спора.

Отмена арбитражного решения может последовать также в случае, если суд по своей инициативе сам определит, что:

- объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону;
- арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации (ст. 6 и 16 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г.).

Далее следует обратить внимание на следующее. Поскольку третейский суд не обладает властными полномочиями, он не может осуществлять принудительное исполнение в отношении вынесенного им решения. В соответствии с положениями Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и законодательством РФ государственный суд может отказать в признании и исполнении арбитражного решения, вынесенного как в России, так и за рубежом по тем же основаниям, которые установлены для отмены арбитражного решения. Конвенция и Закон о международном коммерческом арбитраже 1993 г. устанавливают ограниченный перечень оснований для отказа в признании и исполнении решений, не подлежащий расширительному толкованию. Установление такой возможности неисполнения в определенных случаях решений следует рассматривать как изъятие из основополагающего положения о том, что решения третейского суда являются окончательными и не подлежащими обжалованию и пересмотру. В соответствии с международной практикой государственный суд призван обеспечивать независимость арбитражного разбирательства и только в крайних случаях прибегать к осуществлению контрольных функций в отношении третейского разбирательства в точном соответствии с международными соглашениями, участником которых является российское государство.

Согласно АПК РФ, дела о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений по спорам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, подведомственны государственным арбитражным судам (ст. 32).

### **Арбитражное рассмотрение инвестиционных споров**

1. В двусторонних международных договорах о поощрении и взаимной защите инвестиций, действующих для России, предусматриваются специальные положения о рассмотрении в арбитражном порядке так называемых инвестиционных споров, под которыми понимаются споры между инвесторами и государством, в котором сделаны

инвестиции. В эту категорию входят споры, относящиеся к размеру и порядку выплаты компенсации в качестве возмещения за ущерб, причиненный инвестициям в результате какого-либо вооруженного конфликта, введения чрезвычайного положения или гражданских беспорядков (ст. 4 Соглашения с Великобританией, п. 5 ст. 4 Договора с ФРГ). Это споры, относящиеся к размеру и порядку выплаты компенсации в случае национализации, экспроприации или мер, имеющих аналогичные национализации или экспроприации последствия (ст. 5 Соглашения с Великобританией, п. 1—3 ст. 4 Договора с ФРГ, ст. 6 Соглашения со Швейцарией), а также касающиеся последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по переводу капиталовложений и доходов от них в страну постоянного места пребывания инвестора (ст. 6 Соглашения с Великобританией, ст. 5, подп. «а» п. 2 ст. 8 Соглашения со Швейцарией), иные споры (подп. «б» п. 2 ст. 8 Соглашения со Швейцарией).

В доктрине международного частного права все эти споры отнесены к категории инвестиционных споров, понимаемых в узком смысле. Если же иметь в виду не только споры с государством, принимающим частные инвестиции, но и споры между участниками предприятия с иностранными инвестициями или же такого предприятия с одним из участников, то тогда применяется понятие инвестиционного спора в широком смысле. Выше уже отмечалось, что в соответствии с Законом о международном коммерческом арбитраже 1993 г. в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры предприятий с иностранными инвестициями, созданных на территории России, между собой, споры между их участниками, а также их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

В отечественной литературе (С. И. Крупко) применялись и иные классификации инвестиционных споров, в частности классификация по критерию предмета спора. В соответствии с данной классификацией это споры, связанные с допуском инвестора к осуществлению инвестиционной деятельности, споры, связанные с осуществлением этой деятельности, и споры, связанные с прекращением инвестиционной

деятельности. Все эти споры при наличии определенных условий могут быть предметом рассмотрения арбитражных судов (международного коммерческого арбитража).

Рассмотрение споров в порядке арбитражного разбирательства между государством и иностранным инвестором может быть предусмотрено международным договором, как многосторонним, так и двусторонним. При наличии такого договора, как правило, для передачи спора на рассмотрение арбитража заключения арбитражного соглашения не требуется.

Основным многосторонним соглашением, предусматривающим арбитражное рассмотрение инвестиционных споров, является Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г. В Конвенции участвуют 152 государства. Она вступила в силу для Азербайджана, Армении, Белоруссии, Грузии, Казахстана, Латвии, Туркмении, Узбекистана, Украины. В число 15 государств, подписавших Конвенцию, но еще не ратифицировавших ее, входят Киргизия, Молдавия и Россия. Конвенция относит к инвестиционным споры, вытекающие из отношений между иностранным частным лицом и государством-реципиентом по поводу инвестиций частного лица. В соответствии с положениями Конвенции споры подлежат рассмотрению в специальном органе — Международном центре по урегулированию инвестиционных споров при Международном банке реконструкции и развития. Тем самым был введен универсальный механизм арбитражного рассмотрения таких споров. Предусмотрен единый контроль за рассмотрением споров, что призвано способствовать единообразию практики. Имеющаяся практика рассмотрения дел в Центре показала (было рассмотрено более 50 дел), что наиболее типичными являются споры, связанные с возмещением убытков, вызванных односторонним изменением соглашений, ненадлежащим исполнением обязательств, выплатой компенсации, связанной с национализацией или экспроприацией.

Основные положения Конвенции касаются определения юрисдикции Центра, соотношения национальной и международной процедуры рассмотрения спора,

введения примирительной процедуры, определения права, подлежащего применению, изменения и отмены решения арбитража, признания и исполнения решений арбитража.

В отношении юрисдикции Центра предусмотрены следующие возможности для передачи спора на рассмотрение Центра:

- наличие письменного соглашения сторон (стороны, достигшие соглашения, отказаться от него в одностороннем порядке не могут);
- наличие соответствующего положения в двустороннем международном договоре (такая возможность предусмотрена более чем в 1000 двусторонних соглашений о поощрении и защите инвестиций, пять из них были заключены Россией);
- наличие правила о передаче спора на альтернативной основе в многостороннем соглашении, в частности в Договоре к Энергетической хартии 1994 г.;
- наличие правила о передаче спора во внутреннем инвестиционном законодательстве (такое правило установлено в законах 20 стран).

Соотношение национальной и международной процедуры рассмотрения споров определяется тем, что любое договаривающееся государство, согласно названной Конвенции 1965 г., вправе требовать первоначального обращения к национальным административным или судебным средствам разрешения споров в качестве условия согласия о передаче спора для арбитражного рассмотрения в Центр.

Однако независимо от решения судов страны-реципиента у инвестора остается возможность обращаться в Центр в том случае, если он считает, что решение национального суда было несправедливым. Конвенция устанавливает возможности использования примирительной процедуры и предусматривает подробные правила ее проведения. В отношении определения права, подлежащего применению при рассмотрении спора, предусмотрено, что арбитраж рассматривает спор:

- согласно нормам права в соответствии с соглашением сторон. В случае отсутствия такого соглашения — в соответствии с правом государства стороны спора, а также теми нормами международного права, которые могут быть применимы;

- на основании «справедливости и доброй совести» (*ex aequo et bono*), если стороны договорятся об этом.

В отношении всех решений предусмотрена единая процедура изменения и отмены решения арбитража, которая осуществляется без обращения к каким-либо национальным структурам. Все эти вопросы входят в компетенцию Центра и его генерального секретаря.

Одним из достоинств Конвенции обычно признается установление правил о признании и исполнении решения, согласно которым введена обязательность для сторон вынесенного решения.

Каждое государство — участник Конвенции признает обязательность решения. В соответствии со ст. 54 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г. «каждое Договаривающееся государство признает решение Арбитража, вынесенное в соответствии с настоящей Конвенцией, в качестве обязывающего обеспечить исполнение денежных обязательств, налагаемых решением Арбитража, в пределах своей территории, таким же образом, как если бы это было окончательное решение судебного органа этого государства». Таким образом, названная Конвенция содержит международно-правовое обязательство каждого государства — участника Конвенции обеспечить исполнение арбитражного решения.

Чтобы расширить юрисдикцию Центра, в 1978 г. им были приняты «Дополнительные средства механизма разрешения спора и процедуры по установлению фактов». Правила о дополнительных средствах делают возможным или арбитражное рассмотрение, или применение примирительной процедуры для непредусмотренных Конвенцией споров между государствами и иностранными инвесторами, в частности споров с участием стороны, не являющейся или не относящейся к государству, подписавшему указанную Конвенцию, или споров, не связанных с инвестициями.

Правила о дополнительных средствах позволяют инвесторам, осуществляющим капиталовложения в страну, не присоединившуюся к названной Конвенции, обращаться к юрисдикции Центра в случае возникновения инвестиционного спора.



Эта возможность была, в частности, использована инвесторами при предъявлении иска к Украине еще до того, как она стала участницей Конвенции (в 2003 г. спор был решен в пользу Украины).

2. Во всех двусторонних международных соглашениях о поощрении и взаимной защите инвестиций, действующих для России, предусмотрены правила о рассмотрении в арбитражном порядке инвестиционных споров.

В любом таком двустороннем международном договоре, действующем для России, например в Договоре между СССР и ФРГ о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 13 июня 1989 г., предусматривается порядок рассмотрения споров двух категорий: во-первых, это споры о толковании и применении договора между обеими договаривающимися сторонами (в данном случае это Федеративная Республика Германия и Советский Союз, соответственно Российская Федерация), т.е. между двумя государствами, заключившими договор (ст. 9); во-вторых, это споры относительно капиталовложений между одной договаривающейся стороной и гражданином или компанией другой договаривающейся стороны, т.е. между государством и инвестором (частным лицом) (ст. 10).

Содержащиеся в ряде соглашений положения в отношении этих двух категорий тесно связаны между собой. Так, в Договоре с ФРГ (ст. 10) предусматривается, что в случае недостижения договоренности сторон спор будет рассматриваться в том же арбитраже (третейском суде) в соответствии со ст. 9 Договора.

В отношении споров между государством и инвестором в каждом международном соглашении, действующем для России, часто предусматривается на альтернативной основе возможность выбора инвестором органа, в котором должен рассматриваться спор. Возможно рассмотрение спора:

- в Арбитражном институте Торговой палаты Стокгольма (в соглашениях с Австрией, Бельгией, Великобританией, Испанией, Литвой и др.);
- Арбитражном суде при Международной торговой палате в Париже (в Соглашении с Литвой и др.);

- арбитраже *ad hoc*, создаваемом в соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ (в соглашениях с Австрией, Бельгией, Великобританией, Данией, Египтом, Испанией, Италией, Канадой, Республикой Кореей, Кувейтом, Литвой, Польшей, Турцией, Францией, Японией и др.);
- компетентном суде или арбитраже договаривающейся стороны (в соглашениях с Болгарией, Грецией, Египтом, Кубой, Литвой, Польшей и др.);
- Международном центре по урегулированию инвестиционных споров, в случае если оба государства станут участниками Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г. (в соглашениях с Японией, США (еще не вступило в силу), Румынией, Словакией, Чехией);
- Международном центре по урегулированию инвестиционных споров в соответствии с Дополнительными правилами (в соглашениях с Румынией, Словакией, США, Чехией, Японией).

Во многих соглашениях, действующих для России, предусматривающих обращение к арбитражу *ad hoc*, если арбитры не будут назначены сторонами в установленные сроки, они должны быть назначены Арбитражным институтом Торговой палаты Стокгольма, а по Соглашению со Швейцарией назначение арбитров должен осуществить председатель Международного Суда ООН; по Соглашению с Кувейтом — генеральный секретарь Международного центра по урегулированию инвестиционных споров.

В международной договорной практике встречаются и иные варианты. Так, по Соглашению Украины с ФРГ стороны предусмотрели обращение не к арбитражу *ad hoc*, а к Арбитражному суду при МТП в Париже, а по Соглашению Грузии с ФРГ при использовании процедуры обращения к арбитражу *ad hoc* предусмотрена возможность назначения суперарбитра президентом МТП.

Таким образом, в тех случаях, когда спор не может быть разрешен путем переговоров и когда в международном соглашении предусмотрена возможность рассмотрения споров в международном арбитраже, спор по требованию заинтересованного

инвестора передается (по его выбору) в один из таких арбитражей. При этом заключение специального арбитражного соглашения не обязательно. Арбитраж обязан принять такой спор между инвестором и принимающим инвестиции государством к рассмотрению на основании положений международного соглашения между государством, принимающим инвестиции, и государством — стороной этого международного соглашения.

Что же касается характера споров, подлежащих рассмотрению в арбитражном порядке, то, как правило, имеются в виду споры о размере и порядке выплаты компенсации в случае национализации (по соглашениям с Австрией, Великобританией, Германией, Канадой, Китаем, Финляндией, Швейцарией и др., действующим для России), споры, касающиеся неисполнения обязательств по переводу капиталовложений или доходов от них в страну инвестора (по соглашениям с Великобританией, Турцией, Францией, Швейцарией и др.). В отдельных соглашениях предусмотрена возможность рассмотрения в порядке арбитража любых споров по вопросам инвестиций (например, по Соглашению со Швецией).

Определенное практическое значение при необходимости обращения к арбитражу имеет определение надлежащего ответчика и порядка вручения искового заявления. В двусторонних соглашениях не дается определения термина «государство». Поэтому следует обратиться к другим универсальным международным соглашениям и к международной практике. Эта практика нашла отражение в Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г. В п. 1 ст. 25 предусмотрено, что компетенция по урегулированию инвестиционных споров распространяется на споры между договаривающимися государствами (или любым уполномоченным органом договаривающегося государства, о котором сообщено Центру этим государством). В п. 3 ст. 25 указанной Конвенции условие передачи спора в Центр сформулировано следующим образом: согласие, выраженное соответствующим уполномоченным органом договаривающегося государства, требует подтверждения со стороны этого

государства, если только государство не уведомит Центр, что такого одобрения не требуется.

Практика первых 40 дел, рассмотренных в Центре, свидетельствует о том, что, за редким исключением, в качестве ответчика примерно в половине случаев указывалось государство как таковое (например, Республика Индонезия) и в половине случаев — правительство. Только в двух случаях в качестве ответчиков указывалось правительство вместе с каким-либо государственным органом (например, Арабская Республика Египет и Генеральная дирекция свободной экономической зоны).

Из приведенных соображений следует сделать три вывода:

- во-первых, надлежащим ответчиком в споре с инвестором является само иностранное государство;
- во-вторых, ответчиком может быть орган власти государства, определяемый этим государством;
- в-третьих, в качестве представителя государства может выступать не любой государственный орган, а тот, кто уполномочен на это правительством.

Что же касается порядка вручения искового заявления, а без такого вручения арбитражное разбирательство не может начаться, международная практика учитывает особый характер ответчика, а именно то, что в данном случае речь идет о суверенном государстве. В международной практике обычно применяется направление искового заявления посольству государства-ответчика в стране, где должен рассматриваться спор, которое, в свою очередь, направляет его в министерство иностранных дел своей страны.

Такой же порядок обычно применяется и в других возможных случаях рассмотрения исков к государству, предъявляемых не в обычных государственных судах, а в арбитражных (третейских) судах. Чаще всего возможность рассмотрения спора с государством в третейском суде возникает тогда, когда в контракте государства с иностранной фирмой содержится арбитражная оговорка или когда заключено иное арбитражное соглашение. Результатом заключения такого соглашения с

иностранным юридическим или физическим лицом является то, что на него распространяются все последствия, о которых говорилось ранее. Государство не может уклониться от рассмотрения спора в порядке арбитража.

В отношении подчинения государства юрисдикции государственных судов наличие арбитражной оговорки, как и любого иного арбитражного соглашения, следует понимать таким образом, что государство дает согласие на рассмотрение в таких судах лишь вопросов о действительности или толковании арбитражного соглашения, применения арбитражной процедуры или отмены решения арбитража, если соответствующий государственный суд обладает компетенцией на рассмотрение вопросов такого рода.

Согласие иностранного государства на рассмотрение спора в третейском суде не означает также автоматически согласия на применение обеспечительных мер и согласия на принудительное исполнение арбитражного решения.

Заключение арбитражного соглашения государством само по себе уже означает, что государство отказалось от юрисдикционного (судебного) иммунитета, точно так же заключение международного соглашения о защите инвестиций, предусматривающее, что государство соглашается на рассмотрение возникшего инвестиционного спора в порядке арбитража, не означает само по себе, что оно тем самым согласилось на осуществление принудительных мер по исполнению решения.

Отказ от юрисдикционного иммунитета не влечет за собой отказа от иммунитета в отношении обращения взыскания на имущество государства.

Согласно вышеназванной Конвенции ни одно из ее положений об исполнении решений арбитража «не должно толковаться как отступление от действующего на территории договаривающегося государства законодательства, касающегося иммунитета такого государства или любого иностранного государства». Таким образом, принцип иммунитета государства сохраняет свое действие.

Все будет зависеть от законодательства и практики страны, в которой истец хочет осуществить исполнение. Арбитражное решение не может быть исполнено в государстве, законодательство которого хотя и основывается на концепции

функционального иммунитета, но признает иммунитет от принудительного исполнения решения в отношении имущества, которое не может быть объектом принудительных мер.

В комментариях к соответствующей статье Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств 1965 г. и в литературе обычно приводится решение суда Южного округа Нью-Йорка, вынесенное в 1986 г., о приведении в исполнение решения Международного центра по урегулированию инвестиционных споров по иску к правительству Либерии. В этом решении говорится, что истец просил обратить взыскание на активы правительства Либерии в США и на банковские счета посольства Либерии в США.

Суд постановил, что, несмотря на то, что Либерия, подписав названную Конвенцию, отказалась от иммунитета в судах США в отношении исполнения решений Центра, указанное решение не может быть исполнено в отношении активов Либерии, находящихся на территории США, если такие активы относятся к налоговым сборам в пользу правительства Либерии. В результате суд признал иммунитет в отношении денежных средств, относящихся к налогам и сборам с владельцев судов в пользу правительства Либерии. Суд также отказался обратить взыскание на банковские счета посольства Либерии в США, на которые истец также пытался наложить взыскание.

В заключение следует обратить внимание на то, что позиция российской стороны была сформулирована в Типовом соглашении, которое одобрено Правительством РФ 9 июня 2001 г. в качестве основы для переговоров с правительствами иностранных государств о заключении двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений.

В отношении разрешения споров между договаривающейся стороной и инвестором другой договаривающейся стороны предлагается исходить из следующих положений:

- во-первых, споры между одной договаривающейся стороной и инвестором другой договаривающейся стороны, возникающие в связи с капиталовложением данного

инвестора на территории первой договаривающейся стороны, включая споры, касающиеся размера, условий или порядка выплаты компенсации либо порядка перевода платежей, разрешаются по возможности путем переговоров;

- во-вторых, если спор не может быть разрешен путем переговоров в течение шести месяцев с даты просьбы любой из сторон спора о его разрешении путем переговоров, то он по выбору инвестора может быть передан на рассмотрение в компетентный суд или арбитраж договаривающейся стороны, на территории которой осуществлены капиталовложения, либо в арбитражный суд *ad hoc* в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, либо в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, созданный в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г., для разрешения спора в соответствии с положениями этой Конвенции (при условии, что она вступила в силу для обеих договаривающихся сторон) или в соответствии с Дополнительными правилами Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (в случае, если Конвенция не вступила в силу для обеих или одной из договаривающихся сторон);
- в-третьих, арбитражное решение является окончательным и обязательным для обеих сторон в споре. Каждая договаривающаяся сторона обязуется обеспечивать выполнение такого решения в соответствии со своим законодательством.

### **Признание и исполнение арбитражных решений**

1. Для истца независимо от того, идет ли речь об отечественном или иностранном юридическом лице, обращение не к государственному, а к третейскому суду имеет смысл только в том случае, если есть возможность как в стране местонахождения арбитража, так и в любой иной стране осуществить принудительное исполнение такого решения. Конечно, решение может быть исполнено ответчиком добровольно, точно так же, как и мировое соглашение, заключенное сторонами в ходе рассмотрения спора. Но не всегда это имеет место, поэтому вопрос о признании и

исполнении арбитражного решения так важен. Этот вопрос регулируется как международными соглашениями, так и национальным российским законодательством.

В отношении иностранных арбитражных решений действует Нью-Йоркская конвенция 1958 г.

В соответствии с п. 1 ст. I Конвенции она применяется к арбитражным решениям, вынесенным «на территории государства иного, чем то государство, где испрашивается признание и приведение в исполнение таких решений, по спорам, сторонами в которых могут быть как физические, так и юридические лица». Она применяется также к арбитражным решениям, «которые не считаются внутренними решениями в том государстве, где испрашивается их признание и приведение в исполнение». Под арбитражными решениями понимаются решения как изолированных, так и постоянных арбитражных органов (институционных арбитражей). Следует еще раз обратить внимание на то, что действие Конвенции не распространяется на признание и приведение в исполнение решений государственных арбитражных судов и иных судов, входящих в судебную систему государств (хозяйственных, экономических, торговых).

Каждое государство — участник Конвенции признает арбитражные решения как обязательные и исполняет их в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение арбитражных решений. К признанию и исполнению арбитражных решений, к которым применяется Конвенция, не должны применяться существенно более обременительные условия или более высокие пошлины и сборы, чем те, которые существуют для признания и приведения в исполнение внутренних арбитражных решений (ст. 111).

Нью-Йоркская конвенция 1958 г. устанавливает ограниченный перечень оснований для отказа в признании и исполнении иностранных арбитражных решений. Он является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию. Перечень включает две группы оснований для отказа: 1) применяемые судом только по просьбе



стороны в споре, против которой вынесено решение; 2) применяемые судом *ex officio*, т.е. по собственной инициативе.

Применительно к первой группе оснований в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения может быть отказано, если заинтересованная сторона представит компетентным органам соответствующего государства доказательства того, что:

- стороны арбитражного соглашения были в какой-либо мере недееспособны по применимому к ним закону;
- арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, и при отсутствии такого указания — по закону страны, где это решение было вынесено;
- 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;
- решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением;
- состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон либо закону той страны, где состоялся арбитраж;
- решение еще не стало окончательным для сторон либо было отменено или приостановлено исполнением компетентным органом страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется (в отношении России и других стран — участниц Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. это может иметь место в ограниченном числе случаев, предусмотренных п. 1 ст. IX Европейской конвенции).

Ко второй группе оснований для отказа в признании и исполнении иностранного арбитражного решения относятся случаи, когда компетентный орган государства, в котором испрашивается такое признание и исполнение, найдет, что:

- объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны;

- признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения противоречат публичному порядку этой страны (ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.).

Анализ положений Нью-Йоркской и Европейской конвенций показывает, что компетентный государственный орган страны, в которой испрашивается исполнение иностранного арбитражного решения, не может пересмотреть его, по существу.

2. Положения Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г. полностью соответствуют этим международным соглашениям, участником которых является Россия. Согласно п. 1 ст. 35 названного Закона арбитражное соглашение независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается «обязательным и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение». Для этого сторона, основывающаяся на арбитражном решении или ходатайствующая о приведении его в исполнение, должна представить в указанный орган: 1) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию этого решения; 2) подлинное арбитражное соглашение или его заверенную копию. Если арбитражное решение или соглашение изложены на иностранном языке, то сторона должна представить также заверенный перевод этих документов на русский язык.

Согласно этому Закону, в определённых строго ограниченных случаях может быть отказано в признании или приведении в исполнение арбитражного решения (недействительность арбитражного соглашения, недееспособность стороны в таком соглашении, неуведомление стороны о назначении арбитра и об арбитражном разбирательстве и др.). Кроме того, в признании и приведении в исполнение может быть отказано, если суд найдет, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону РФ или признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации.

Приведенные положения следует понимать таким образом, что речь идет о тех случаях, когда уже было вынесено арбитражное решение.

Необходимо обратить особое внимание на то, что нельзя считать нарушением публичного порядка любое несоответствие арбитражного решения или последствий его исполнения законодательству Российской Федерации (см. об этом подробнее в гл. 3 учебника).

Поскольку в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. суд не может пересматривать арбитражное решение по существу, его компетенция ограничена рассмотрением вопроса о том, может ли его исполнение привести к нарушению публичного порядка.

В ГПК РФ и АПК РФ содержатся подробные положения о признании и исполнении решений иностранных третейских судов (арбитражей). Согласно ч. 5 ст. 13 ГПК РФ признание и исполнение на территории РФ решений иностранных третейских судов (арбитражей) определяются международными договорами РФ и самим Кодексом. Что же касается АПК РФ, то основное правило по этому вопросу содержится в ст. 16, 32 и 241.

К компетенции государственных арбитражных судов в России отнесено рассмотрение дел о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений по спорам, возникающим при осуществлении предпринимательской и экономической деятельности. Иностранные арбитражные решения признаются и приводятся в исполнение в России, если это предусмотрено: а) международным договором РФ; б) федеральным законом. Эти же суды рассматривают вопросы о выдаче исполнительных листов по решениям международного коммерческого арбитража, находящегося на территории России.

К признанию и исполнению иностранных арбитражных решений принимаются, согласно ГПК РФ, те же правила, которые установлены в отношении признания решений иностранных судов, которые не требуют принудительного исполнения. В отношении ходатайства о принудительном исполнении применяются также правила, которые установлены в отношении того, что должно содержать ходатайство об исполнении судебного решения. Отказ в принудительном исполнении допускается в случае, если исполнение решения может нанести ущерб суверенитету Российской

Федерации или угрожает безопасности Российской Федерации либо противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Согласно правилам ГПК РФ сторона, ходатайствующая о признании или об исполнении решения иностранного третейского суда (арбитража), должна представить подлинное решение иностранного третейского суда (арбитража) или его должным образом заверенную копию, а также подлинное арбитражное соглашение или его должным образом заверенную копию. В случае если арбитражное решение или арбитражное соглашение изложено на иностранном языке, сторона должна представить заверенный перевод этих документов на русский язык.

Согласно положениям российского арбитражного процессуального законодательства заявление о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений подается стороной, в пользу которой состоялось решение иностранного суда, в арбитражный суд субъекта РФ по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства должника неизвестно, по месту нахождения имущества должника (ч. 9 ст. 38 АПК РФ).

Подробные правила о производстве по делам о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений содержатся в гл. 31 АПК РФ.

Заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения рассматривается в судебном заседании судьей единолично в срок, не превышающий месяца со дня его поступления в арбитражный суд (ст. 243 АПК РФ).

Установление такого срока вряд ли можно считать реальным, учитывая сложность и объем выносимых иностранными коммерческими арбитражными судами решений.

Согласно ст. 244 АПК РФ арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение полностью или в части иностранного арбитражного решения, если исполнение решения противоречило бы публичному порядку Российской Федерации, а также по основаниям, предусмотренным международным договором РФ и федеральным законом о международном коммерческом арбитраже (основания, приведенные Законом о международном коммерческом арбитраже 1993 г.,

рассмотрены нами выше). Определение суда по делу о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца со дня вынесения решения.

Согласно ст. 417 ГПК РФ в признании и исполнении решения иностранного третейского суда (арбитража) может быть отказано:

во-первых, по просьбе стороны, против которой оно направлено. Имеются в виду случаи, когда эта сторона представит компетентному суду, в котором испрашиваются признание и исполнение, доказательство того, что:

- одна из сторон арбитражного соглашения была в какой-либо мере недееспособна или это соглашение недействительно в соответствии с законом, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого доказательства — в соответствии с законом страны, в которой решение было принято;
- сторона, против которой принято решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве либо по другим причинам не могла представить доказательства, либо решение принято по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения. В случае если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от постановлений по вопросам, не охватываемым таким соглашением, часть решения суда, в которой содержатся постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, может быть признана и исполнена;
- состав третейского суда или арбитражное разбирательство не соответствовали арбитражному соглашению либо в отсутствие такового не соответствовали закону страны, в которой имел место иностранный третейский суд (арбитраж);
- решение еще не стало обязательным для сторон, или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в которой или в соответствии с законом которой оно было принято;

во-вторых, по инициативе суда, если суд установит, что спор не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом или признание и исполнение этого решения иностранного третейского суда (арбитража) противоречат публичному порядку Российской Федерации.

Приведенные положения ГПК РФ соответствуют положениям Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Принудительное исполнение производится на основании исполнительного листа арбитражным судом, вынесшим определение. Иностранное арбитражное решение может быть предъявлено к принудительному исполнению в срок, не превышающий трех лет со дня вступления в законную силу.

На основании решения иностранного арбитража и вступившего в законную силу определения компетентного российского суда выдается исполнительный лист, который направляется в суд по месту исполнения арбитражного решения. Конкретные действия по принудительному исполнению решения производятся судебным исполнителем в соответствии с законодательством Российской Федерации. Практика исполнения в России решений международных коммерческих арбитражных судов пока еще только складывается, хотя, например, Московский городской суд еще до принятия нового ГПК РФ 2002 г. уже вынес несколько решений о признании и принудительном исполнении решений арбитража в Стокгольме. Как свидетельствует известный шведский адвокат Х. Хобер, этот суд не признал обоснованными представленные ответчиками (российскими организациями) аргументы против приведения в исполнение арбитражных решений.

3. На любой стадии рассмотрения дела в третейском суде может возникать, так же как в ходе процесса в обычном суде, необходимость принятия обеспечительных мер (см. о них в гл. 18 учебника).

Может ли третейский суд выносить постановления о принятии таких мер и как реализовать их, если стороны заключили арбитражные соглашения, а арбитраж, как отмечалось выше, в отличие от государственного суда сам не может осуществить реализацию таких мер? Ответ на этот вопрос дал Типовой закон ЮНСИТРАЛ о

международном торговом арбитраже 1985 г. В ст. 17 этого Закона говорится следующее: «Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми. Арбитражный суд может потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами» (ст. 17). Это положение Типового закона было учтено в процессуальном законодательстве различных стран. Так, в Гражданском процессуальном кодексе ФРГ было предусмотрено, что, во-первых, государственные суды вправе принимать меры по предварительной защите прав до или после возбуждения производства в третейском суде (§ 1033) и, во-вторых, сам третейский суд вправе принять такие меры (§ 1041). Решения третейского суда о мерах такого рода исполняются судебным исполнителем в порядке, предусмотренном для исполнительного производства в отношении судебных решений (§ 799).

Согласно российскому Закону о международном коммерческом арбитраже 1993 г., если стороны не договорились об ином, третейский суд может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми (ст. 17).

Сторона может обратиться в обычный суд до или во время арбитражного разбирательства с просьбой о принятии мер по обеспечению иска. Закон о международном коммерческом арбитраже 1993 г. исходит из того, что обращение в такой суд и вынесение судом определения о принятии таких мер не являются несовместимыми с арбитражным соглашением (ст. 9).

Закон также предусмотрел возможность в случаях, когда решение еще не стало обязательным для сторон, было отменено или когда его исполнение было приостановлено судом страны, в которой оно было вынесено, по ходатайству стороны, которая просит о признании или приведении в исполнение арбитражного решения, обязать другую сторону предоставить надлежащее обеспечение (ст. 36).

В Регламенте МКАС определен порядок принятия решений об обеспечительных мерах: распоряжение о принятии какой-либо стороной обеспечительных мер в отношении предмета спора может по просьбе любой из сторон приниматься составом арбитража, рассматривающим спор. Согласно Регламенту, состав арбитража может потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами. «Такого рода обеспечительные меры могут приниматься составом арбитража в виде промежуточного решения» (§ 36 Регламента 2005 г.).

В Законе о международном коммерческом арбитраже 1993 г. не было определено, в какой суд должна обращаться сторона в отношении мер по предварительному обеспечению иска. Вопрос был решен в АПК РФ. Согласно ч. 3 ст. 90 АПК РФ обеспечительные меры могут быть приняты государственным арбитражным судом по заявлению стороны третейского разбирательства по месту нахождения третейского суда, либо по месту нахождения или месту жительства должника, либо месту нахождения имущества должника.

Особое значение приобретает решение вопроса об обеспечительных мерах, если предполагается, что исполнение решения должно быть осуществлено в будущем за пределами Российской Федерации. Постановление об обеспечительных мерах может быть принято арбитражем в одной стране, а осуществить его нужно в другой. Приведем примеры.

В одном деле суд Финляндии вынес решение об аресте счета российской организации в банке Финляндии в порядке предварительного обеспечения иска, предъявленного к ней в арбитражном суде при ТПП РФ. Более сложная ситуация возникла в другом случае. В 1992—1993 гг. в нидерландских судах рассматривалось дело по иску «Севрыбхолодфлот» (Мурманск) к компании «Гранойл инк.». Суть дела в следующем: российское предприятие сдало в аренду (тайм-чартер) голландской компании судно для перевозки растительного масла из Аргентины. Во время перевозки масло смешалось с дизельным топливом. В соответствии с контрактом спор должен был рассматриваться в арбитраже в Нью-Йорке. При прибытии судна в Роттердам на основании требования компании по решению нидерландского суда был



наложен арест на судно в порядке предварительного обеспечения иска. Требуя отмены решения, истец ссылаясь на п. 2 ст. 16 Договора о торговом судоходстве между СССР и Нидерландами от 28 мая 1969 г. В этом пункте предусматривалось, что на территории одной из договаривающихся сторон не будет налагаться арест на судно, принадлежащее другой договаривающейся стороне, в связи с любым гражданским делом, упомянутым в п. 1 ст. 16. В п. 1 говорится о том, что каждая из сторон (т.е. государств) обеспечит возмещение по претензиям на основании решения, вынесенного судом другой стороны. Суд не согласился с доводами истца и отказал в иске, в частности, потому, что речь шла не об обеспечении иска, подлежащего рассмотрению в суде Нидерландов, а о предварительном обеспечении иска, подлежащего рассмотрению в арбитраже в третьей стране.

4. В гл. 18 и в настоящей главе учебника изложены отдельно проблемы, связанные с рассмотрением дел в области международного частного права в государственных и третейских судах. Международная практика говорит о том, что в реальной жизни все эти проблемы тесно между собой связаны. Характерным примером такого рода является практика рассмотрения в судах ряда стран претензий швейцарской фирмы «Нога» (Noga) к Российскому государству и к российским организациям. Напомним суть этих дел.

Начиная с 1993 г. в Арбитражном суде Стокгольма, в МКАС, а также в государственных судах ряда стран стали рассматриваться иски сторон как по соглашению, так и по контрактам, заключенным с различными российскими организациями.

В решении МКАС от 4 октября 1999 г. так же, как и частично в решении от 19 января 1996 г., было четко определено, что МКАС компетентен рассматривать споры только из контракта от 29 января 1992 г. между спорящими сторонами, но не из кредитного соглашения от той же даты между Правительством РФ и фирмой *Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation S. A.*, в котором была предусмотрена юрисдикция арбитража в г. Стокгольме.

В заключенном кредитном соглашении содержалась ст. 15 «Право, юрисдикция и отказ». Согласно этой статье, к кредитному соглашению подлежит применению швейцарское право. Было также предусмотрено, что, если споры не будут решены мирным путем, они должны рассматриваться в арбитраже в Стокгольме. Далее было предусмотрено, что все споры должны решаться в соответствии со швейцарским правом. Вынесенное арбитражем решение является окончательным и обязательным для обеих сторон. Стороны обязуются отказываться от обжалования такого арбитражного решения и заемщик (получатель кредита) отказывается от любых прав иммунитета в отношении исполнения любого арбитражного решения, вынесенного против него, в связи с этим, кредитным соглашением.

В соответствии с предусмотренной в кредитном соглашении процедурой арбитраж был сформирован и в 1997 г. вынес решение, удовлетворив иск компании «Нога».

На основании этого решения арбитража в порядке принудительного его исполнения по решению судов ряда стран были арестованы счета некоторых российских организаций. Во Франции — банковские счета Посольства РФ, Торгпредства РФ, Представительства РФ при ЮНЕСКО и еще десятки банковских счетов, прежде всего в Парижском Евробанке (дочерней структуре Центрального банка РФ). Арест был также наложен в порту французского г. Бреста на российское парусное судно «Седов», находившееся там для участия в регате, и российские военные самолеты, выставленные на авиасалоне в Ле-Бурже. Такого рода действия судебных властей привели к тому, что Россия перестала участвовать в ряде крупнейших международных выставок в Германии, Великобритании и США.

Наложение арестов обосновывалось судами ссылкой на отказ российского государства от иммунитета. В отношении приведенного текста условия кредитного соглашения об отказе от иммунитета в отношении принудительного исполнения решения арбитража прежде всего возникает вопрос: в каком порядке и каким образом были уполномочены дать такое согласие лица, подписавшие это соглашение? Можно предположить, что представители обоих министерств, подписавших это кредитное соглашение (а до него было заключено первое соглашение еще в 1991 г.), были

уполномочены на заключение соглашения на основании распоряжения Правительства РФ. Было ли в этом распоряжении указание на отказ от иммунитета? Исходя из существовавшей тогда практики принятия распоряжений такого рода, вряд ли они были уполномочены на это. Имеются основания и для сомнений в отношении наличия полномочий и на заключение вообще этого кредитного соглашения и связанных с ним контрактов, подписанных в тот же день (29 января 1992 г.).

Что же касается толкования и применения приведенной формулировки ст. 15 об отказе от иммунитета, то следует высказать следующие соображения.

Во-первых, согласие государства на рассмотрение его спора в арбитраже не должно толковаться таким образом, что государство отказывается и от иммунитета от обеспечения иска, и от иммунитета от принудительного исполнения, поскольку это самостоятельные виды иммунитета. Наличие арбитражной оговорки должно в отношении подчинения государства юрисдикции общих судов пониматься таким образом, что оно дает согласие на рассмотрение в таких судах лишь вопросов о действительности или толковании арбитражного соглашения, арбитражной процедуры или отмены решения арбитража, если соответствующий суд обладает компетенцией на рассмотрение вопросов такого рода.

Во-вторых, применение сформулированного самым общим образом крайне неудачного, на мой взгляд, положения об отказе от иммунитета неизбежно должно войти в противоречие как с положениями обязательных для государств — участников международных соглашений (прежде всего Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г.), норм и принципов международного права, так и с законами об иммунитете (в тех странах, где они приняты) и прецедентами (обычной практикой судов по аналогичным делам в отношении иммунитета от принудительного исполнения решений). Конечно, эта практика различна в разных странах и не всегда совпадает.

Во Франции 10 августа 2000 г. апелляционный суд принял решение о снятии арестов со счета посольства и других представительств РФ и тем самым согласился с доводами адвоката посольства (г-на Д. Гийо) о том, что на эти счета распространяется

иммунитет. Что касается счета Внешэкономбанка в Евробанке, арест на который был наложен также по иску компании, то он был снят, как сообщала пресса, на том основании, что Внешэкономбанк является «российской независимой финансовой структурой». Следует отметить, что в отношении возможности принудительного исполнения исков к государству путем наложения арестов на счета центральных банков также в ряде случаев суды выносили решение о невозможности возложения на них ответственности по искам к государству. Правовой статус парусника «Седов» должен определяться на основе применения российского законодательства. Парусник принадлежит Мурманскому государственному техническому университету. Суд первой инстанции, исходя из применения права закона государства флага, т.е. России, сослался на п. 1 ст. 126 ГК РФ, согласно которому на имущество, закрепленное за юридическим лицом на праве оперативного управления, не может быть обращено взыскание по долгам Российской Федерации. Жалоба фирмы «Нога» на это решение 27 июня 2002 г. была отклонена апелляционным судом.

При рассмотрении требований фирмы «Нога» в США в октябре 2002 г. в США суд Южного округа Нью-Йорка вынес решение об отказе в исполнении решения арбитража в Стокгольме. Решение этого суда создало определенный прецедент для неудовлетворения исков фирмы «Нога» о наложении ареста на российское имущество в США. Одним из оснований для отказа явилось то, что швейцарская фирма предъявила иски к российским организациям — юридическим лицам, в то время как кредитное соглашение было заключено компанией с Правительством РФ. Однако фирма «Нога» не успокоилась. В ноябре 2005 г. по ее требованию был осуществлен возмутительный арест картин, привезенных в Швейцарию из Музея изобразительных искусств им. А. С. Пушкина. После проведения выставки «Французская живопись из коллекции Пушкинского музея Москвы» в Музее Фонда Пьера Джаннада г. Мартиньи (кантон Вале) швейцарская полиция и таможенные органы арестовали грузовики с 54 картинами французских художников-импрессионистов, которые на ней экспонировались. Это было сделано, несмотря на наличие гарантий. В соответствующем документе была предусмотрена гарантия

неприкосновенности и беспрепятственного возврата картин в том числе и «в случае претензии третьих лиц». Гарантии были даны канцлером государственной канцелярии кантона Вале. Арест картин был отменен на основе специального решения Федерального совета Швейцарии, т.е., иными словами, швейцарского правительства.

Таким образом, во всех случаях суды удовлетворяли жалобы российской стороны и снимали арест с имущества и соответствующих счетов в банках.

В мае 2008 г. российские власти подали встречный иск, потребовав от швейцарской компании возместить ущерб, нанесенный, по мнению России, репутации нашей страны в результате действий фирмы «Нога». Верховный суд Швейцарии подтвердил, что фирма «Нога» не имеет права претендовать на российское имущество.

Из приведенных примеров следует, что защита имущественных интересов как Российского государства, так и российских организаций должна начинаться не тогда, когда в иностранном государстве будут арестованы счета или наложены аресты на их имущество, а на стадии заключения контрактов. В случаях предъявления исков должны использоваться все возможности защиты, и прежде всего дипломатической защиты. Важно ни в коем случае не избегать участия в судебных заседаниях и привлекать квалифицированных юристов к ведению дел.

### **Альтернативные способы разрешения споров**

Альтернативные способы разрешения споров могут пониматься как в широком, так и в узком смысле. В широком смысле арбитражный способ, о котором говорилось выше, относится к числу альтернативных способов по отношению к государственным судам. В настоящем параграфе способы такого рода понимаются как альтернативные по отношению к рассмотрению споров в порядке арбитража. К числу такого рода альтернативных способов относятся: во-первых, переговоры между сторонами; во-вторых, так называемая медиация (посредничество); в-третьих, применение

примирительных процедур (консiliaция); в-четвертых, проведение так называемых мини-процессов. В российской литературе оспаривалась правомерность использования термина «альтернативные способы разрешения споров», однако обращалось внимание на то, что необходимо различать досудебный и внесудебный порядок разрешения споров (Л. Н. Галенская). В первом случае речь идет о способах разрешения споров, которые имеют примирительный характер; в случае недостижения согласия между сторонами последние могут обратиться в суд. Во втором случае спор между сторонами разрешается органом, который не входит в судебную систему государства, но его решение поддерживается силой государственного принуждения и исключает в дальнейшем возможность обращения в суд.

В АПК РФ вопросам примирительной процедуры и мирового соглашения сторон посвящена гл. 15. О возможном примирении сторон говорится и в других статьях АПК РФ (ч. 3 ст. 133). В ч. 2 ст. 138 АПК РФ говорится, что стороны могут урегулировать спор, заключив мировое соглашение или используя другие примирительные процедуры, если это не противоречит федеральному закону.

Рядом зарубежных организаций, в том числе и международными арбитражными судами (в Лондоне, Стокгольме и др.), были приняты правила по осуществлению посредничества.

По этому пути пошел и МКАС (1 июня 2001 г. вступил в силу Согласительный регламент МКАС, в котором были использованы правила примирительных процедур, предусмотренные Согласительным регламентом ЮНСИТРАЛ 1980 г.).

В отечественной литературе справедливо отмечалось, что согласительная процедура не является той альтернативой, которая полностью исключает другие способы разрешения разногласий (И. С. Зыкин).